

YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ'NİN 22.9.1989 TARİHLİ KARARININ ELEŞTİRİSİ

Dr. Günseli ÖZTEKİN*

A- OLAYIN ÖZETİ

Mahkemesi – Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi

Tarih – 22.9.1989

No – 1989/13 - 1989/537

Esas – 1992/1736

Karar – 1992/4425

Davacı – M.A.N. Bu Wdiesel Gmbh

Davalı – Özdemir İnşaat - Özdemir Emral ve Ortakları Kollektif Şirketi

Davacı Şirket Almanya'da yerleşik "M.A.N. Bu. Wdiesel Gmbh ile Davalı Özdemir İnşaat-Özdemir Emral ve Ortakları Kollektif Şirketi arasında 14 Nisan 1983 günü akd edilen sözleşmede; Davacı Şirket Suidi Arabistan'daki bir lojman inşaatına ait enerji santralının ekipman ve yedek parçalarını teslim etmeyi taahhüt etmiş, davalı ise açtırmış olduğu akreditif ile taksitle 8.960.000 Deutsche Mark (D.M.) ödeme borcu altına girmiştir.

Davalı şirket klima sisteminin Davacı şirketten sağlanacağını ileri sürüp son taksit olan 448.000 D.M'lık tutarı ödememiştir.

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Anabilim Dalı.

Bunun üzerine Davacı şirket yapmış oldukları sözleşmenin 12. md'si uyarınca M.T.O'nun Tahkim Divanı'na başvurmuştur. Hakemler 448.000 D.M'lık tutarın ve masrafların ödenmesine mukabil davanın da reddine karar vermişlerdir.

Bunun üzerine Davacı vekili hakem kararının 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 13, 14, 15. maddelerine göre tenfizini talep etmiştir.

Davalı savunmasında

– "Tenfizi istenen hakem kararının Cenevre Kantonu Usul Kuralları Gözetilerek Cenevre'de verilmiş olması nedeniyle Cenevre Kantonu'nun milliyetini taşıdığı ve netice itibariyle İsviçre hakem kararı olduğu ve Türkiye ile İsviçre arasında mütakabiliyet kaydının gerçekleşmediğini, zira Türkiye'nin gerek 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne, gerek 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne, gerekse 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne taraf olmadığına,

– MÖHUK 15/b maddesi gereğince "yabancı hakem kararının genel ahlâka ve kamu düzenine aykırı olmaması" gerekliliğine değinmiş. MTO Tahmin Divan Tüzüğü'nün 21. md'si gereğince hakem kararının sekreterlikçe şekli yönden tetkik edilmesi esas yönünden ise dikkat çekilmesi yönünde kontrolünü de Kamu düzenine aykırı" görmüştür.

"Hakemlerin de bakmakta oldukları davada yargı yetkisi kullandıkları ve bu nedenle, hakemlerin de hakimler gibi bağımsız olmalarının gerekeceği ve mahkemelerin kanunla öngörülen yetkileri dışında hiçbir organ, makam, merci ve kişinin hakemlere emir ve talimat vermemesi ve tavsiye ve telkinde bulunmamasının gerekeceğinin Anayasamızın amir hükmü olduğu (m. 138) ve bu sebeple de 21. md. gereğince müdahalenin kamu düzeninden olduğu" ifade edilmiştir.

– "Diğer yandan tarafların aralarında yapmış oldukları tahkim sözleşmesinin 12'nci maddesi hakem kararının kesin olacağını esas almıştır. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divan Tüzüğü'nün 24 (1) ve 24 (2) maddeleri de kararın kesin olduğunu ve Temyiz yoluna başvurulmamasının peşinen kabul edildiğinin amir hükmüdür.

Oysa ki Usul Kanunumuzun, temyizden iptidaen feragatı haiz şartının batıl olduğu ve bu şartı içeren sözleşmelerin keellemyekün, bulunacağı amir hükmü karşısında (HUMK 535) yapılmış olan tahkim yargılamasının ve buna dayanarak verilmiş olan hakem kararının bu sebeple de kamu düzenine aykırı olduğu" belirtilmiştir.

– "Ayrıca hakemlerin taraflara çağrıda bulunup, duruşma yapmadan tarafların iddia ve savunmalarını dinlemeden evrak üzerinde tek hakem olarak karar vermesini de kamu düzenine aykırı" bulmuştur.

4. Asliye Ticaret Mahkemesi

1. Hakem kararının verildiği Cenevre Kantonu'nun bağlı olduğu İsviçre ile Türkiye arasında MÖHUK 38/a'ya göre karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmanın olmadığını, buna mukabil Federal Kanununun 194. maddesi gereğince kanuni mütekabiliyetin olduğuna karar vermiştir. Federal Kanununun 194 md'sinde belirtilen koşullar çerçevesinde Türk hakem kararlarının Cenevre'de tenfizine imkan tanıdığından kanuni mütekabiliyet esasının sağlandığı belirtilmiştir.

2. a) "Hakem kararı Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divan Tüzüğü'ne göre tahkim divanından geçmesi, hakemin bağımlı olduğu şekilde yorumlanamayacağı gibi,

b) aksi halde T.C.'de de mahkemedен verilen kararların Yargıtay denetiminden geçmesinin de aynı şekilde yorumlanmasını icap ettireceği, tahkim sözleşmesinin 12. md'sinde hakem kararının kesin olacağı belirtilmekte ise de Türk HUMK'nun 535. md'sine göre muhakemelerin bu hükmü keelleyekün olduğuna göre davalının Temyiz yoluna başvurup, şayet inceleme makamı bu yönden incelemesi red etse idi, o zaman davalının itirazının yerinde görülebileceği kanun yoluna başvurmadan yok sayılan hususun kamu düzenine aykırılığından" bahisle bu talebi de red etmiştir.

c) Son olarak inceleme konusunun "hakemin şahsi bilgi ve becerisine dayanan bir husus olduğu, bu konuda bilirkişiye gitmenin zaruri olmadığını, üstelik davalı tarafın duruşmaya çağrıldığı halde duruşmaya katılmaması halinde zorla iştirakin sağlanamayacağını ve bu sebeple de hakem kararının kamu düzenine aykırı olmadığını" belirtip hakem kararının tenfizi kararını onaylamıştır.

B- GÖRÜŞÜMÜZ

Meseleyi 1958 New York Sözleşmesi'ne taraf olduğumuz halihazır durum içinde ve sözleşmeye taraf olmadan önceki MÖHUK hükümleri çerçevesinde değerlendirmekte yarar vardır.

Yargıtayın kararında tartışılan üç konuyu belirleyecek olursak:

- İlk mesele hakem kararlarının tenfizinde mütekabiliyettir.
- İkinci mesele hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığıdır.

Şöyle ki;

a) MTO'nun nezdinde verilen hakem kararlarının sekretarya tarafından şekli konularda tetkik edilmesi sonunda bu müdahale çerçevesinde verilmiş olan hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığı,

b) Yine MTO'nun nezdinde verilmiş olan hakem kararının 24. md. gereğince itiraz yollarından feragatın asıl olması halinde HMK'nun 585. md'sinin emredici düzen-

lemesine aykırılık teşkil eden bir karar olmasından ötürü kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi, hatta daha da ileri gidilerek yok sayılan bir hakem kararından bahsedilebileceği,

c) Son olarak savunma hakkının ihlali neticesinde ve gerekli deliller gözetilmeden verilmiş olan hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmayacağı meseleleridir.

I- HAKEM KARARLARINDA MÜTEKABİLİYET

Bilindiği üzere hakem kararlarında mütekabiliyetin aranıp aranmayacağı meselesi Türk Doktrinini epey üzerinde düşünmeye sevk etmiş bir husustur¹.

2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38 (a) maddesine atıf yapan 44. md'si problemi bir ölçüde açığa kavuşturmuştur. Bu çerçevede yabancı hakem kararlarının tenfizi için de akdî veya kanunî veya fiilî mütekabiliyetin gerçekleşmesi aranacaktır. Bu mütekabiliyet için 38 (a) md'sinde açıkça ifade edildiği üzere, üç durumdan birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 19.12.1985 Tarihli kararında² 38 (a) maddesini yıllardır Türk doktrininin kabul ettiği ve tanımladığı şekilde yorumlayıp³ - İsviçre ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizi açısından kanunî mütekabiliyetin gerçekleşmiş olduğuna kanaat getirmiştir. bu kararın hakem kararlarının tenfizinde de kıyasen uygulanacağı Türk doktrininde ifade edilmiştir⁴. Nitekim Yargıtay daha sonra 1991 tarihli bir başka kararında İngiltere ile Türkiye arasında bu sefer hakem kararları için konmuş mütekabiliyetin gerçekleştiğini açıkça ifade etmiştir⁵.

Olayımızda davacı tarafın da açıkça ifade ettiği üzere İsviçre ile Türkiye arasında kanunî mütekabiliyet şartı gerçekleşmiştir. Gerçekten İsviçre Federal Yasası'nın Yabancı

(1) ÇELİKEL, A; Milletlerarası Özel Hukuk, (4. Bası, 1992) 373. NOMER, E; Devletler Hususi Hukuku (7. Bası) 435-437. ŞANLI, C; Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu (II. Tahkim Haftası) 182-183. NOMER, E; Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi (Belik Armağanı) 292-296. BİRSEL, M; MTO Hükümleri ve Hakem Kararları (II. Tahkim Haftası) 154. KORAL, R; Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası (1958, İstanbul) 58. KORAL, R; Hakem Kararlarının Milliye-ti ve Milletlerarası Hakem Kararlarının Çift Anlamı (II. Tahkim Haftası) 53.

(2) Karar metni ve eleştirisi için, KORAL, Milletlerarası Hakemlikte "Karşılıklılık" Unsurunun Devrim Yaratan Yeni Kazai Tefsiri (M.H.B. S.I.Y.8.1988)" 44 vd. Ayrıca 11. H.D. 9.7.1985 E. 85/3318 - K. 85/14888 (I.B.D. 60-1986 s. 1-2-3) 140-145.

(3) Dipnot (1)

(4) KORAL, dipnot (2)'deki makale.

(5) XI. H.D. E. 1990/2296 K. 1991/4166 T. 18.6.1991 (M.K.D. C. 17 S. 11 Kasım 1991) 1670 vd. Yargıtayın Almanya'dan alınan mahkeme kararları ile ilgili kanunî mütekabiliyete ilişkin yorumu 38/a md'sinin izlediği amaca uygundur. Y.H.S.K. 13.6.1990 E. 1990/13-1 K. 1990/347 (Y.K.D. 16 (1990) 1282-1286.

Hakem Kararlarının tenfizine ilişkin 15. md'si 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ni aynen almıştır⁶. Sözleşmedeki tenfize ilişkin red sebepleri ile MÖHUK'un hakem kararlarının tenfizine ilişkin benzer hükümleri kanuni mütekabiliyetin gerçekleştiğini bize göstermektedir. MÖHUK hükümlerinin uygulandığı bu karar için bu açıdan herhangi bir engel mevcut değildir.

Türkiye bugün 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne taraftır. Bu gün için yine New York Sözleşmesi'ne taraf olan İsviçre ile Türkiye arasında akdî mütekabiliyet de gerçekleşmiştir.

Türkiye ve İsviçre Sözleşmesi'nin 1 (3) md'sine koymuş oldukları çekince ile mütekabiliyeti arayacaklarını kabul etmişlerdir.

Fakat kanaatimizce Sözleşmenin 1 (3) md'si bizim yukarıda bahsettiğimiz teknik anlamda mütekabiliyetle ilgili bir hüküm değildir. Sözleşmenin 1 (3) md'sine konulan çekince ile sözleşmenin uygulama alanı sınırlandırılmaktadır. Şöyle ki;

Kural olarak bu Sözleşme taraf olsun olmasın

- Tanınması ve tenfizi istenen devlet toprağından başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının, ayrıca
- Tenfiz istenen devlette "iç hakem kararı sayılmayan hakem kararlarının tenfizine uygulanır.

İşte Türkiye ve İsviçre gibi eğer bir devlet 1. maddenin (3). bendine ilişkin çekinceyi koyacak olursa Sözleşme ancak ve ancak diğer bir akit devletten alınan hakem kararlarının ve ayrıca tenfiz ülkesinde iç hakem kararı sayılmayan hakem kararlarının tanınması ve tenfizine uygulanacaktır.

Bu sebeple bu maddenin (3) bendine konulan kayıt Sözleşmenin uygulanırılık alanını belirleyecektir. İşte bu çerçevede mütekabiliyet çekincesi olarak yorumlanmamalıdır.

Gerek Türkiye için, gerek İsviçre için hakem kararının verildiği devletin Sözleşmeye taraf olması şartı aranır. Bunun dışında İsviçre ve Türkiye için kanuni mütekabiliyet Türkiye'nin Sözleşmeye taraf olmasından önce gerçekleşmiştir. Bu sözleşmeden önce İsviçre, New York hükümlerini iç kuralları olarak 154. md'sinin yaptığı atıfla kabul ettiğinden Türkiye ile İsviçre arasında kanunî mütekabiliyet şartı da belirttiğimiz üzere gerçekleşmişti.

(6) CRAIG, W.L., International Chamber of Commerce Arbitration (2nd Ed-1990 Paris ICC Publication) 541.

1- Milletlerarası Hakem Kararlarında Mütekabiliyet

Olayımızda tespit ettiğim üzere tüm bu tartışmalara bir ölçüde son verecek milletlerarası bir hakem kararının varlığını gözlemlemekteyim.

Şöyle ki; Taraflar yapmış oldukları Tahkim anlaşmasının 12. md'sinde ihtilafın MTO Tahkim Divan Tüzüğü'nün kuralları ve Cenevre Kantonu'nun yasalarına göre çözümleneceği konusunda anlaşmışlardır. MTO Tahkim Divan Tüzüğü'nün 11. md'si gereğince bu tüzükte düzenlenen usul kuralları yanında tarafların seçmiş olduğu prosedür yedek, tamamlayıcı kural olarak uygulanacaktır. Bu da gösteriyor ki, seçilen prosedür veya bir devletin usul kuralları MTO bünyesinde verilen hakem kararlarının milliyetini belirleyemeyecektir. Yargıtayımızın mustakar hale gelmiş içtihatlarında ifade ettiği üzere yabancılığı seçilen usul kuralları belirleyecektir⁽⁷⁾. Fakat MTO bünyesinde verilen bir hakem kararında seçilen usul kuralları tüzük hükümleri yanında ancak tamamlayıcı fonksiyona sahip olduğundan hakem kararına bir milliyet izafe edilemeyecektir. Bu çerçevede Yargıtay'ın daha sonraki uygulamasında sık sık müracaat ettiği gibi ikinci kriter olan toprak kriterinin uygulanması, buna göre milliyetin belirlenmesi nokta-i nazarına⁸ iltifat etmesini uygun görmüyorum. Bu noktada eğer milletlerarası hakem kararlarının varlığı gerçeğini benimserseniz MTO bünyesinde verilen hakem kararlarına bir milliyetin izafe edilmemesi gerekliliğini kabul etmiş oluruz.

Olayımızdaki karar hiç bir devletin usul hukukunun uygulanmadığı MTO Tahkim Divan Tüzüğü kurallarının uygulandığı Cenevre Kantonu'nun usul kurallarının ise ancak tamamlayıcı mahiyete uygulandığı bir milletlerarası hakem kararıdır.

Bu sebeple ancak devletler arasındaki ilişkilerde siyasi icaplar gereği aranan mütekabiliyetin bu nevi hakem kararlarında aranmasına ihtiyaç duyulmadığı kanaatindeyiz.

a- Milletlerarası Hakem Kararları ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun

2675 sayılı yasamız 44. md'sinde 38/a md'sine gönderdiği atıfla hakem kararlarında mütekabiliyeti aramıştır. Milli bir kanun otoritesi altında verilmeyen hiç bir devletin usul kurallarının uygulanmadığı, olayımızda gördüğümüz üzere MTO bünyesinde verilen milletlerarası bir hakem kararı söz konusu olduğunda mütekabiliyet

(7) Y.H.G.K. 7.11.1951 E. 126 K. 105 (Tatbikatla Yargıtay Kararları) 84-89 Y.T.D. 2.1.1952 (Hukuki İchtihatlar 9.10.1953) 87 Y.T.D. 18.2.1954 (Tatbikatta Yargıtay Kararları 60-1954) 150 Y.T.D. 8.12.1955 (Son İchtihatlar 125-1958) 3063 11. H.D. 28.2.1958 (Batıder 1-1979) 228.

(8) Yarg. 15. H.D. E. 1975/1617 K. 1976/1052 T. 10.3.1976 (İlmi ve Kazai İchtihatlar Dergisi, 1977) 5670. 11.I.D. E. 1985/7855 K. 1985/7099 T. 15.12.1985. Geniş bilgi NOMER (Belik Armağanı) 287, NOMER, a.g.e., 159.

kaydının aranmasının imkansızlığı karşısında bu hakem kararını 2675 sayılı yasa hükümlerine göre tenfiz etmeme neticesi ile mi karşı karşıya kalacağız?

2675 sayılı yasanın tenfiz hükümleri milletlerarası hakem kararlarının tenfizine imkân tanıyan New York Anlaşması ile benzerlik gösterir. Fakat ancak milli nitelikli hakem kararlarında aranabilen "kesinleşme" şartı (43 md 45 (i) md) milletlerarası hakem kararlarının 2675 sayılı yasa hükümlerine göre tenfizini engelleyecektir⁹. Biz nitelikleri icabı bu tip hakem kararlarında mütekabiliyet şartını uygulamasak bile 43 md 45 (i) md'sindeki "kesinlik" şartının aranması bu hakem kararlarının tenfizini engelleyecektir. Bu sebeple 2675 sayılı yasa hükümlerince MTO nezdinde verilmiş milletlerarası hakem kararının tenfizi imkân dahilinde değildir.

b- Milletlerarası Hakem Kararları ve 1958 Tarihli New York Sözleşmesi

Sözleşme milletlerarası nitelikli hakem kararlarının tanınması ve tenfizine imkân tanımıştır¹⁰. Sözleşmenin uygulanırlık alanını belirleyen 1. md'si tenfiz şartlarını düzenleyen (V) md'nin özellikle 1 (d) ve 1 (e) md'leri bunun bir kanıtıdır. Sözleşme millî ibaresini kullanmamış bu terim yerine iç ve dış anlamına gelen "domestic" "non-domestic" terimini tercih etmiştir.

Olayımıza dönecek olursak hiç bir usul hukuku otoritesi altında verilmeyen bu milletlerarası nitelikli hakem kararının tenfizine sözleşme açısından bir engel yoktur. Kaldı ki, İsviçre'nin Sözleşmeye taraf olması ve akdî mütekabiliyetin gerçekleşmiş olması bu karar açısından bir etki doğurmaz, zira bu karar bir yabancı karar değildir, milletlerarası bir karardır. Uygulanan usul MTO Divan Tüzüğü'nün kurallarıdır. Bu kararı bir devlet hukukuna bağlayamayız. Bu sebeple de devletlerarası siyasi icaplar gereği aranan mütekabiliyetin varlığı veya yokluğu bu kararda aramamıza gerek olmadığı görüşündeyiz.

II- HAKEM KARARLARININ KAMU DÜZENİNE AYKIRILIĞI

Olayda Hakem kararının kamu düzenine aykırılığı üç konu dahilinde tartışılmıştır.

(9) MÖHUK 43 md "Kesinleşmiş ve İcra kabiliyeti kazanmış yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir..... MÖHUK 45 (i) md "Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmiş yahut icra kabiliyeti kazanmış....."

(10) Sözleşmenin uygulanırlık alanını düzenleyen 1. md'sinin orijinal İngilizce metninde national (milli) terimi kullanılmaz domestic (iç) terimi kullanılır. Sözleşmenin milletlerarası hakem kararlarına uygulanırlığı açısından doktrin Samuel A; Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration (A. Study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, US and West Germany Law). (Zurich 1989), 253-256-295. Martinez R. Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958 (The Int Lawy, Summer 1990, Vol 24, N 2) 508 Sanders P; "Trends in the field of International Commercial Arbitration (Rec Des Court 1975 Vol II) 217. Lowenfeld, A.F.; Lex Mercatoria: An Arbitrator's View (Arb. Int, Vol 6, N. 2, 1990) 135.

İlki MTO Sekretaryasının hakem kararını şekli aykırılık açısından tetkik etmesi esasa mültelzim konularda yol gösterici mahiyette kararı kontrol etmesi hususunun kamu düzenine aykırılığı,

ikincisi MTO nezdinde verilmiş hakem kararının üst yerel makamların temyizen veya iptal yolu prosedürü ile tetkikinden feragatin asıl olması bu hususun MHK 535. md'sinin emredici düzenlemesine aykırılık teşkil etmesi sebebi ile kararını kamu düzenine aykırı olması.

Son olarak da savunma hakkının ihlâli ve gerekli delillerin gözetilmeden verilmesi sonucu hakem kararının kamu düzenine aykırı olması meselesidir.

1. Sekretaryanın Müdahalesi ve Kamu Düzeni

Bu mesele Türk doktrinde ve uygulamasında tartışılmıştır¹¹. Milletlerarası Ticaret Odasını sadece bir sekretarya görevini yüklenmiş organ olarak görürsek Sekretaryanın bu şekilde müdahalesini kamu düzeninden görebiliriz, hatta varlığını dahi kamu düzeninde kabul edip, bu bünyede verilen hakem kararının bir hakem kararı olmadığı neticesine dahi varabiliriz. Milletlerarası Ticaret Odasını hukuken milletlerarası kurum olduğu gerçeğini kabul edersek MTO'dan verilen hakem kararlarının da muteber varlığını kabullenmiş oluruz. Bu çerçevede kararın şekli denetimi kamu düzenine aykırılık neticesi doğurmaz. Esasa dayalı bir denetim 21. md. çerçevesinde kabul edilmemektedir. Sekretaryanın görevi esasa yönelik konularda yol gösterici olmasıdır. Bu yetki kararın objektif olarak kamu düzenine aykırı olması sonucunu doğurmaz. Fakat somut olayda sekretarya bu yetkiyi karara müdahale edecek genişlikte kullanırsa hakem kararının kamu düzenine aykırılığından bahsedilebilir. Olayımızda bu denli bir müdahaleye rastlanmadığı kanaatindeyiz. Tüm somut olaylar neticesinde kamu düzeninin ihlâl edilip edilmediği araştırılmalıdır. Fakat objektif olarak sekretaryanın kararın şekli üzerindeki denetimi esasa yönelik yol gösterici tutumu kamu düzenini bozan bir etkiye sahip olmadığı gibi hukuken muteber bir kararın varlığı için gereklidir.

2. İtiraz Yollarından Feragat ve Kamu Düzeni

Kural olarak milli bir usul hukuku otoritesi altında verilen hakem kararı o hukukun yetkili gördüğü itiraz mercilerinin denetimi altında olabilir. Temyizen tetkik veya o

(11) NOMER, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı (M.H.B. 1984, S. 154) 30-31. KALPSÜZ, T; Hakem Kararlarının Milliyeti (BATIDER 1978, C. IX) 625. KORAL; Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay IV. Hukuk Dairesi'nin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi (Hıfzı Timur Armağanı, 1979) 468. NOMER, Hakem Kararlarının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği (M.H.B. Özel Sayı, Özer Eski yurt Armağanı, 1990) 125-131. ÜSTÜNDAĞ, S. Yabancı Hakem Kararı Kavramı (II. Tahkim Haftası) 5-7 vd.

hukukun gösterdiği sebepler gerçekleşmişse iptal edilebilme neticesi ile karşı karşıyadır¹². Yine o hukuk sistemi kanun yollarından feragatı kabul etmişse o hukuk tarafından belirlenen şartlar ve usul dairesinde feragat gerçekleşebilir. Türk Hukuk sisteminde HUMK 535. md. gereğince üst kanun yolu olan temyizden feragat kabul edilmemiştir. Bu hüküm emredicidir, taraflar bunun aksine bir feragat sözleşmesi yapamazlar.

Fakat olayımızda bir Türk hakem kararı söz konusu değildir. Eğer bir Türk hakem kararı söz konusu olsaydı verilen hakem kararı kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabileceği gibi daha öncelikle usulün emredici bu kuralı ihmal edildiği gibi belki de muteber bir hakem kararının mevcudiyetinden bile bahsedilemeyecekti.

Olayımızda MTO'dan verilmiş, o kurumun usul kurallarının uygulandığı bir hakem kararı mevcuttur. MTO 24. md. gereğince de itiraz yollarından feragatın asıl olduğu kabul edilmiştir. Bu çerçevede Tahkim Divan Tüzüğü'nün kurallara uygun verilmiş bir hakem kararının kamu düzenine aykırılığı söz konusu edilemez. Kaldı ki, bu hakem kararı bir Türk hakem kararı olmadığı gibi yedek usul kuralı olarak Türk usul kuralları uygulanmış dahi olsaydı esas olan MTO'nun usul kuralları olduğundan feragat yine kabul edilecekti ve HUMK 585. md'sinin iç hukukta emredici mahiyette bir kural olması 24. md'nin aradığı hüküm dairesinde gözönüne alınmayacaktı.

Zira bu kuralın 24. md'de yer almasının ana gayesi milletlerarası hakem kararlarının verildikleri ve hakemlerce imza edildikleri anda bağlayıcı olması prensibidir¹³. Bu prensibin en önemli neticesi bu tip hakem kararlarının kural olarak yerel otorite makamlarının denetiminden ayırık tutulmasıdır¹⁴. Çünkü milletlerarası hakem kararları taraf iradesi ile bağlı oldukları kabul edilmiş kural olarak hiç bir denetim ve onaya ihtiyaç duyulmadan icra edilebilen kararlardır¹⁵. Bu prensip doğrultusunda milletlerarası bir kurum olan MTO, bünyesinde bu düzenlemeyi getirmiştir. Artık milletlerarası bir hakem kararı sözkonusu edildiğinde, olayımızda olduğu gibi, bir kurumsal düzenleme çerçevesinde prosedür belirleniyorsa, o düzenlemenin getirmiş olduğu esaslar çerçevesinde hakem kararının mevcudiyeti ve muteberiyeti tespit edilecektir.

(12) Birçok hukuk sisteminde istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. Genelde iptal prosedürü istirafı kabul etmiş olan hukuklarda, olan bir prosedürdür. Hukuk sistemlerindeki istinaf kanun yolu için; Feridun YENİSE; İstinaf, 13-29, 55 vd. 93-100 René David, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, 127-128. Tahkimde Hakem Kararlarının iptali sistemi birçok hukukta benimsenir. Van Den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, 234-335.

(13) Micheal Kerr, Arbitration and the Courts, The Uncitral Model Law (I. C. L. Q Jan, 1985, Vol. 34) 1-24. Duncan Wallace, Control by the Courts; A Plea for more not less (Arb Int. Vol. 6, N. 3 1990) 255-256.

(14) Steward Boyd, Arbitrators not to be bound by the law Clauses (Arb Int Vol 6 N. 2 1990) 124-127, 180 Gullarme Agullar Alvares, The Challenge of Arbitrators (Arb Int Vol 6 N. 8 1990) 208-211. Cuther-C. West; Award In Sorcement Povision of the World Bank Convention (Arb Int Vol 23 N. 1 1968) 37 vd.

(15) Sanders, a.g.m., 260. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration (1978 New York) 287-Lalive, Problems relatins a l'arbitrage International, (Rev. Arb. 1980) 575.

Türk Usul Kanunu'ndaki bu düzenleme emredici mahiyette olsa dahi verilen hakem kararı MTO bünyesinde, kurumun kuralları çerçevesinde muteber kabul edilmelidir. Bu hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini kabul etmek, Kurumun kurallarını göz ardı etmek olur ki, bu kamu düzenini sarsar.

3- Savunma Hakkının İhlâli ve Kamu Düzeni

Savunma hakkının ihlâli genel olarak birçok hukuki düzenlemede hakem kararının iptal sebebi olarak kabul edilmiştir¹⁶. Yine 2675 sayılı yasamızın düzenlemesine göre 45 (d) ve 45 (e) bendleri gereğince savunma hakkının ihlâli, tarafın usulüne göre temsil edilmemesi, usulüne göre tebliğat yapılmaması hakem kararının tenfizinin red sebebidir. 1958 tarihli New York Anlaşması'nın V (1) b md'si gereğince de savunma hakkının ihlâli, usulüne uygun yapılmayan tebliğat, usulüne uygun temsil edilmeme temyiz red sebebi kabul edilmektedir.

Bu husus o denli önemli bir noktaya ilişkindir ki, uygulanan usul kuralı çerçevesinde kabul edilen savunma yöntemi tenfiz ülkesinin kabul ettiği ölçülerin dışında ise Sözleşmenin V (1) b md'si gereğince tenfiz engellenebilecektir. Fakat bu ölçüyü çok ince ve olayın niteliğine uygun belirlemede fayda vardır¹⁷. Sözelimi seçilen prosedür kurallarında, tarafların hakemleri seçmeleri için belirlenen sürenin çok kısa olması seçilen prosedürde sorgulamanın objektif ölçülerin dışında olması hallerinde tenfiz ülkesince bir savunmanın ihlâli sözkonusudur. Fakat seçilen prosedürün çapraz sorgulama esasını getirmesi, buna mukabil aynı sistemin tenfiz ülkesinde kabul edilmemesi yine seçilen prosedürde posta ile tebliğatın olması fakat tenfiz ülkesinde bu yöntemin kabul edilmemesi savunma hakkının ihlâli olmamalıdır.

Savunma hakkının ihlâli bazı hallerde hükmün kamu düzenine aykırı olmasına sebebiyet verebilir. 1958 New York Anlaşması çerçevesinde savunma hakkının ihlâl edilmesi davalı tarafın itirazı ile tenfiz hakimince inceleme konusu yapılabilecektir. Oysa hakem kararı kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa tenfiz hakimi bunu bir itiraz olmadan dosya münderecatında görüp inceleyecektir. Savunma hakkının ihlâli hakem kararının kamu düzenine aykırı olmasına bazen sebep olabilir.

Genel olarak milletlerarası hukukun gerektirdiği şekilde doğal savunma hakkının ihlâli tenfiz devleti hukukunda sözleşmenin V (1) b md'si gereğince savunma hakkının ihlâli neticesine bağlanması bile geniş anlamda hakem kararının kamu düzenine aykırılık

(16) Bu husus İngiliz Hukukunda iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Craig a.g.e., 479-480. İsveç Tahkim Mevzuatında da aynı husus bir iptal sebebi olarak düzenlenir, Kolkey, Attaching Arbitral Awards Rights of Apacal and Review in International Arbitrations (The Lawy, Wall 1988 Vol 22 N. 8) 709.

(17) Von Den Berg, a.g.e. 309, Sanders, Consolidated, Commentary Yourbook Commercial Arbitration) 231-248.

doğurması neticesine de bağlanabilir. Fakat her somut olayda meseleyi değerlendirmekte yarar vardır. Çünkü her savunmanın ihlâli meselesi hakem kararını kamu düzenine aykırı kılamaz.

Olayımızda MTO Tahkim Divan Tüzüğü kurallarına uygun olarak savunma yapılmış ve deliller incelenmiştir. Eğer deliller hakemler tarafından incelenmeden gerekli sorgulama yapılmadan bir hakem kararı verilmiş olsaydı. Bu husus genel ve objektif olarak tarafların savunmalarının ağır ihlâli olacağından hakem kararı kamu düzenine aykırı olabilirdi.

SONUÇ

Olayımızda bir MTO hakem kararı mevcuttur. Verilen karar niteliği icabı milletlerarası bir hakem kararıdır. Yargıtayımızın 1951 tarihli Arjantin Kararından beri müstakar hale gelmiş içtihatları çerçevesinde bir hakem kararının milliyetini kural olarak uygulanan usul hukuku belirlemektedir. 1976 Keban ve daha sonraki kararlarında Yargıtay MTO'dan verilmiş hakem kararları için milletlerarası hakem kararı tanımını yapmayı yeğlemediğinden hakem kararının verildiği yer hukukunun toprak kriterini ikinci bir kriter olarak milliyetin belirlenmesinde kabul etmiştir. Oysa daha önce de ifade ettiğimiz gibi hiç bir devletin usul kurallarının uygulanmadığı hakem kararları milletlerarası hakem kararları kabul edilmelidir. Zira bu gün günümüz tahkim anlayışında milletlerarası tahkim ne denli kabul edilen bir gerçekse ona bağlı olarak hakem kararını bir toprak hukukuna bağlamak o denli red edilen bir olgu halini almıştır¹⁸.

2675 sayılı yasa çerçevesinde milletlerarası hakem kararlarını tanıyıp tenfiz etmek imkan dahilinde değildi. Yeni iltihak ettiğimiz 1958 tarihli New York Sözleşmesi bu hakem kararlarının tanınması ve tenfize imkan tanır niteliktedir.

Cenevre Usul Kurallarının MTO 11. md. gereğince tüzük kuralları yanında yedek uygulandığı bu hakem kararı milletlerarası bir hakem kararıdır.

Bu çerçevede mütekabiliyet kaydının aranması ancak devletlerarası mümkün olabileceğinden mütekabiliyetin tartışma konusu yapılmaması görüşünderiz. Zira İsviçre ile aramızda akdî ve kanunî mütekabiliyetin var olması bu kararın tenfizi açısından bir öneme haiz değildir. Zira bu hakem kararı İsviçre hakem kararı değildir.

Hakem kararının MTO'nun usul kuralları çerçevesinde sekretarya tarafından şeklen incelenmesi esasa yönelik görüş bildirilmesi objektif olarak kamu düzeni müdahalesini doğurmaz. Somut olayda esasa yönelik görüş bildirme hakem kararına

(18) William Park, *The lex loci Arbitri and International Commercial Arbitration*, (I.C.L.Q Vol 32 1983) 23-24. Lukas Brine, *The Appointment of Arbitrators by the Organisation Responsible for the Arbitration Court* (Sriess Essay on int Arb Lausanne 984) 4147 vd.

müdahaleye kadar varan bir neticeye yönelirse hakem kararı kamu düzenine aykırı olabilir.

Aynı şekilde MTO'nun usul kuralları çerçevesinde milletlerarası hakem kararlarının niteliğine uygun olarak muteberiyeti ve mevcudiyeti tesis olunan itiraz yollarından feragati, 24. md. gereği kabul etmiştir. Bu çerçevede HUMK 535. md'si gereği feragat anlaşması yasağının olması ve bu kuralın emredici mahiyette olması. Bu hakem kararını kamu düzenine aykırı hale getirmez.

Bu karar Türkiye'nin 1958 tarihli New York Anlaşması'na girmesinden önce verilmiş bir karardır. Yargıtay davalı tarafın incelediğimiz yönde itirazlarını geçerli görmeyip tenfiz kararını onamıştır. Hakem kararı 2675 sayılı yasa hükümlerine göre tenfiz edilecektir. O zaman için en önemli husus bu hakem kararına bir milliyet izafe etmek ve buna göre mütekabiliyeti aramaktır. Yargıtay kural olarak uygulanan Cenevre Kanton Usul Kurallarından ötürü bu kararı İsviçre milliyetli kabul edip İsviçre ile aramızda kanuni mütekabiliyetin var olduğunu karârında belirtmiştir. İlk defa 1976 Keban Kararı ile hakem kararının milliyetinin tespitinde uygulanan, "usul kurallarının tüm tamamlayıcı ve emredici kuralları ile uygulanması ilkesi"ne yargıtay bu karar ile kanaatimizce ters düşmüştür. Çünkü uygulanan yedek usul kuralları ile milliyeti tesis etmiştir.

Halbuki bu kararında daha önceki kararlarında olduğu gibi milletlerarası hakem kararlarının varlığını red etmiş olmasaydı bu tip bir çelişki ile karşı karşıya kalmayacaktı. Fakat 2675 sayılı yasal düzenleme çerçevesinde bu hakem kararının tenfizinde güçlükler çıkacaktı.

Bugün Türkiye 1958 tarihli New York Anlaşması'na taraftır. Bu anlaşma çerçevesinde milletlerarası hakem kararlarının tenfizine imkan tanınmıştır. Yargıtay 1976 tarihli Keban Kararında başlattığı kademeli kriter anlayışından vazgeçerse ve milletlerarası hakem kararlarının varlığını benimserse bu son kararında yapmış olduğu gibi daha önceki kararları ile çelişip yedek hukuk kurallarını kriter tesisinde kullanmayabilir.

2675 sayılı yasanın bünyesinde kabul etmediği milletlerarası hakem kararlarını ikinci imkanımız olan 1958 New York Anlaşması ile tanıyıp tenfiz edebiliriz. Bu çerçevede kanaatimizce bu karar milletlerarası bir hakem karardır ve eğer tenfiz şartları gerçekleşmişse 1958 New York Anlaşması'na göre tanınip tenfiz edilebilir.