

MİLLETLERARASI HAKEMLIK ALANINDA YARGITAY
XI. HUKUK DAİREMİZİN DEVRİM YARATAN SON KARARLARI

*Prof. Dr. Rabi KORAL**

— 1 —

Bilinmektedir ki, eskiden beri, yani Yargıtay Hukuk Genel Kurulumuzun 7.11.1951 tarihinde verdiği meşhur «Arjantin kararı» ve Yargıtay XV. Hukuk Dairemizin bunu doğrulayan 10.3.1976 tarihli (Lozan) kararından beri (bu sonuncuya Keban Kararı da denmektedir), yabancı hakem kararları Türkiye'de *yabancı mahkeme kararlarına kıyas edilmek suretiyle tenfiz* edilirdi. Ancak o zamanlarda yürürlükte olan HUMK. nun 540. maddesi hükmü tenfiz için mutlaka aktî karşılıklılığın gerçekleşmesini aradığı için de bu kararların o sırada tenfizi mümkün olmazdı.

MÖHUK'un (veya 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında kanunun) yürürlüğe girdiği 22.11.1982 tarihinden bugüne kadar olan devrede aynı durum devam etmiş, ezcümle MÖHUK 44/son delâletiyle atıfta bulunulan aynı kanunun 38/a maddesinin öngördüğü «*karşılıklılığın*» dar anlamda yorumlanmaya devam edilmesi dolayısıyla gerçekleşmediği düşünülmüş, neticede yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizine gene imkân görülmemiştir.

MÖHUK'un 38/a maddesi hükmünün öngördüğü *karşılıklılık* unsurunun dar bir zihniyetle değil geniş anlamda tefsir ve telâkki edilmesi gerektiğini memleket içinde ve dışında çeşitli sempozyum ve dergilerde müdafaa etmiş, hatta geniş bir tefsir yapıldığı takdirde bunun hakem kararlarının tenfizi konusundaki 1958 tarihli New York anlaşmasına katılmamanın sakıncalarını dahi bir hayli hafifletebileceğini ifade etmiştik. (Revue de l'Arbitrage, 1983, Paris, No. 1).

*) İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Öğretim Üyesi.

Bu vesile ile işaret edelim ki, pek yakında, kuvvetle muhtemel olduğu üzere Türkiye 1958 tarihli New York sözleşmesine katılsa bile, bu anlaşmaya henüz taraf olmayan devletler yönünden 2675 sayılı kanun ve bununun 44/son ve 38/a maddeleri hükümleri belki de mer'iyette kalacak, neticede karşılıklılık teriminin Yargıtayımızın bugün anladığı anlamda değerlendirilmesi devam edecektir. Bundan ötürüdür ki, İstanbul Asliye 3. Ticaret Mahkemesi ve onun kararını onayan Yargıtay XI. Hukuk Dairesi, son kararlarıyla çağımız ihtiyaçlarına olumlu bir tarzda cevap vermiş ve tenfizi desteklemiş olmakla milletlerarası hakemliğin icaplarına uygun hareket etmiştir.

Bahsettiğimiz kararlar İstanbul Asliye 3. Ticaret Mahkemesi'nin 983/367 E. 773 K. sayılı, 14.11.1984 tarihli kararı ile bunu onayan Yargıtay XI. Hukuk Dairesinin 985/3318 E. 985/4338 K. sayılı ve 9.07.1985 tarihli kararı ve aynı dairenin 1985/6511 E., 1985/6766 K. sayılı 6.12.1985 tarihli kararlarıdır ki bunlar gerek İstanbul Baro Mecmuasında, (1986 sayı, 60 c. sah. 140) gerekse MHB'de (6. yıl 1986, s. 211) neşredilmiştir. Gene bu kararlar gerçekte yabancı *mahkeme kararları* dolayısıyla verilmiş kararlardır. Ancak bunlar 2675 sayılı kanununun 44/son ve 38/a hükümleri delâletiyle yabancı *hakem kararlarının* tenfizinde de tatbik edilmek gerekir.

İşte bahsi geçen bu mahkemeler görüşümüze uygun şekilde eski Usul kanunumuzun kaldırılan 540. madde hükmüne dayanan dar anlamdaki «karşılıklılık» kavramını bir yana bırakıp MÖHUK'un 38/a maddesine dayanan «karşılıklılık» terimini geniş olarak kıymetlendirmek suretiyle «Zürih kararı»nın Türkiye'de tenfiz edilebileceğine hüküm vermişlerdir. Bu netice hem 38/a madde hükmüne, hem de öteden beri müdafaa ettiğimiz geniş tefsir tarzına uygun düşmektedir. Bununla mahkemelerimiz, özellikle Yargıtay XI. Hukuk Dairemiz, hakemlikle ilgili olmak üzere bir üçüncü kriteri ortaya koymuş sayılmak lâzımdır.

Denilebilir ki Yargıtay Genel Kurulumuzun hakemlik bahsinde benimsediği birinci büyük kriter «*otorite*» kanunu kriteri veya akit kriteridir, (*Arjantin* kararı için, bkz. *Koral*, IHFM., cilt XLII, s. 1 - 4.) Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin benimsediği, bizim tenkit ettiğimiz, ikinci büyük kriter «*mahal*» kanunu kriteridir (Lozan kararı veya Ke-ban kararı için, bkz. makalemiz, IHFM, 1979, Hıfzı Timur'a Armağan, sah. 431 ve m.). Bu kere Yargıtay XI. Hukuk Dairesi tarafından tesis edilen önemli yeni bir kriter ise karşılıklılık kriterininin «*geniş anlamda telâkkisi*» kriteridir, (*Koral*, Mukayeseli Hukuk Bülteni, İstanbul, 1982, s. 1 ve m.; nihayet *Koral*, Milletlerarası Hakemlikte Reformlar, IHFM, c. LI, sayı 1 - 4, İstanbul, 1986)

Kaldırılan dar anlamdaki eski 540. madde hükmü ile öteden beri üzerinde durduğumuz yeni MÖHUK 38/a madde hükümleri ise aynen şöyledir: «Mahkeme-i Asliye tenfiz kararını, ancak kanaati dairesinde verir. Şu kadar ki aşağıdaki hallerde talebi reddetmeye mecburdur: 1. Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmı ita eden devlet beyninde mukabelei bil-misil esasına müstenit *mukavele veya muahede bulunmaması.*»

Yeni MÖHUK 38/a madde hükmü ise aynen: «Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir. a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan *bir kanun hükmünün* veya fiilî uygulamanın bulunması.»

Mahkemelerimizin yukarıda anılan iki hüküm arasındaki farklılığı görerek ergeç böyle bir aşamaya ulaşacakları belli idi, zira eski, kaldırılmış HUMK. nunun 540. maddesine dayanan karşılıklılık terimi ile bugünkü karşılıklılık terimleri arasındaki farklılığı iki hükmün, yani kaldırılmış 540. madde hükmü ile bugünkü 2675 sayılı kanunun 38/a maddesi hükmünün karşılaştırılması suretiyle kendiliğinden meydana çıkacağı aşikârdı. Gerçekten eskiden HUMK. nun kaldırılmış hükmü sadece «aktî» karşılıklığa önem verirken bugünkü MÖHUK'un 38/a maddesi aktî karşılıklılıktan gayri hem *fiili* hem de asıl önemlisi *kanuni* karşılıklığa kıymet verir mahiyettedir.

Buradaki büyük yenilik yasal «karşılıklılık» teriminin lâyıkıyla kabulünde ve buna verilecek geniş anlamdadır. Acaba bir sistemde yasal karşılıklılık var demek için ne gibi hükümlerin bulunması gerekir? Başka bir ifade ile bir memleket kanununda ne gibi hükümlerin var olması halinde «yasal karşılıklılık» mevcut sayılır? Yargıtayımız bu noktayı halletmiyor.

İstanbul Asliye 3. Ticaret Mahkemesi tenfizi istenen kararın verildiği veya tâbi olduğu memleketin kanunlarına göre Türk mahkeme/hakem kararlarının tenfizi mümkün ise yasal karşılıklığın varlığı için bunu yeterli saymaktadır.

Örneğin kararın verildiği tarihteki Zürih mevzuatının (bugün Zürih hem iç hakemlik hukuku yönünden Concordat'ya iltihak etmiş hem de hakem kararlarının tenfizi yönünden 1958 New York sözleşmesinin hükümlerini kabul etmiş durumdadır), tenfiz konusu kararın, a) *özel hukukla ilgili olmasını*; b) *kararın verildiği veya tâbi olduğu memleketin hukukuna göre kesin hale gelmiş bulunmasını ve icra kabiliyetini elde etmiş olmasını*; c) *kararı veren mahkemenin İsviçre Federal hukukuna ve Zürih Kanton hukukuna göre yetkili bulunmasını*; d) *ka-*

rarın İsviçre hukuk nizamının temel prensiplerine veya âmme intizamı kaidelerine aykırı bulunmasını; e) nihayet tenfiz içinkarşılıklılık prensiplerini gözetmiş olmasını İstanbul Asliye 3. Ticaret mahkememiz olumlu karşılamış, İsviçre Kanunu'nda bu şartların varlığını Türk mahkeme (veya hakem) kararının icrasına engel teşkil etmeyen hükümler şeklinde telâkki etmiştir.

Kısaca, Asliye 3. Ticaret Mahkemesi İsviçre mevzuatının öngördüğü bu şartları yadırgamamış, bunları engel hükümler mahiyetinde görmemiş, aksine bu hükümleri 2675 sayılı MÖHUK'un 38/a maddesinin aradığı *yasal karşılıklılık* hükümleri şeklinde yahut da, o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların (hakem kararlarının) *tenfizini mümkün kılan «bir kanun hükmü» mahiyetinde* telâkki etmiş, neticede bu hükümleri Türk kararlarının İsviçre'de tenfiz edilmesini *mümkün kılan hükümler* olarak mütalâa etmiştir.

İstanbul Asliye 3. Ticaret Mahkemesi'nin bu geniş tefsiri sayesinde ulaştığı netice doğru ve gerek milletlerarası hakemliğin icaplarına gerekse yukarıda belirttiğimiz görüşümüze uygundur. MÖHUK'un 38/a maddesinde mevcut «yasal karşılıklılık» teriminin başka türlü isabetli bir şekilde değerlendirilmesinin mümkün olabileceğini de düşünmemekteyiz.

Kanaatimize göre bu vesile ile ihtiyatlı hareket etmek gerekir. Burada üzerinde durulması gereken husus mahkemenin «*karşılıklılık*» kriteri ile ilgili olan takdirinin ölçüsüz bir genişlemeye ulaşmasını önleyecek kriterin hangisi olabileceğini bulmaktır.

Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ ile birlikte ulaştığımız ortak görüşe göre ortada yasal karşılıklılığın var sayılması için ilgili yabancı memleket mevzuatının tenfize dair hükümlerinin en az memleketimizin tenfiz hükümleri kadar veya onlardan daha müsait olması gerekir.

İst. Asliye 3. Ticaret Mahkemesi, 2675 sayılı kanunun 38/a maddesinin bu şartlar altında mer'iyete girdiğini gördüğü ve bu madde hükmüne göre ilgili yabancı devletin (olayda Zürih mahkemesinin mensup olduğu devletin) mevzuatı arasında Türk kararlarının tenfiz edileceğine dair memnunluk verici bir hükmün (hükümlerin) bulunduğunu kabul ettiği için İsviçre mevzuatının tenfizi «*karşılıklılık*» kaydı altında kabul etmesinin karşılıklılık hukukunun inkârı ve neticede tenfiz talebinin reddini gerektiren bir hüküm mahiyetinde telâkki etmeyerek İsviçre mahkeme (hakem) kararının tenfizine karar vermiştir.

İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi ilâmının 4. sahifesinin baş tarafında yer alan «Türk devleti 2675 sayılı kanun ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizini kabul ettiğinden İsviçre Zürih kantonu HUMK

nun 302. maddesindeki istisnai hal (yani tenfiz'in İsviçre mercileri tarafından Türk hakem kararlarına karşı reddini gerektirecek şekilde karşılıklılık hukukunun tanınmadığı hal) burada söz konusu edilemez. Bu durumda 2675 sayılı kanunun 38/a maddesindeki (o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün bulunması) şartı gerçekleşmiş» sayılır şeklindeki hüküm fıkrası da yukarıda yürüttüğümüz düşünüş tarzına uygun düşer.

Hülâsa Asliye 3. Ticaret Mahkemesi, Türk hakem kararlarının, İsviçre hukuk nizamının esaslı prensiplerine, kamu nizamı hükümlerine, nihayet karşılıklılık hukuku hükümlerine aykırı olmaması halinde Zürih kantonunda *tenfiz edilebileceğine kanaat getirerek* Zürih kantonu kararının Türkiye'de tenfiz edilmesi hükmünü vermiştir.

Burada şunu da kaydedelim ki olayda o günkü duruma göre Zürih kanton mevzuatının, aynı tarihte bizde mer'î bulunan 2675 sayılı kanunun 45. maddesiyle 38/a maddeleri hükümlerinden, tenfiz bakımından, daha müsait olduğuna asla kuşku yoktur. İki memleket mevzuatının sadece karşılaştırılması bile bu hakikati meydana çıkarmaya yeterlidir.

Netice olarak, karşılıklılık unsurunun yorumu ve tatbiki yönünden yabancı hakem kararlarının tenfizi bahsinde İstanbul 3. Ticaret Mahkememizin ve Yargıtay XI. Hukuk Dairemizin attıkları, devrim yaratan bu adımı takdirle karşıladığımızı ifade etmek isteriz.

— II —

Bundan evvel çeşitli yazılarımızda hakemlik hukukunun esas görünüşlerinden biri olan *ex contractu* ifa davasının hakemliğin diğer benzer müesseselere nazaran *otonomisinin* elde edilmesine nasıl yarar sağladığını, hatta bu müessesenin gerek 1958 New York anlaşmasının gerek 1961 Cenevre anlaşmasının gerek MÖHUK'un tenfiz hükümlerinin şartlarını tespit etmeye nasıl ilham kaynağı teşkil ettiğini, hülâsa hakemlikte, gerekli hallerde *ex contractu* ifa davasını açma imkânının açık bulundurulmasının nasıl bir prensip meselesi olduğunu ifade etmiştik. (*Koral*, *ex contractu* ifa makalemiz, 2. Tahkim Haftası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1983, sah. 83, ayrıca sah. 106 ve 111 ve m.)

Kezalik Yargıtayımızın *ex contractu* ifa davalarının kabulü hakkındaki fikirlerinde zamanla nasıl bir yumuşama olduğunu, bunun ise gittikçe taraflar arasındaki ilişkinin (hakem hükmü dahil) aktî bir iliş-

ki olduğu hakkındaki Yargıtayımızın kanaatini zamanla nasıl kuvvetlendirdiğini deliller ile kanıtlamaya çalışmıştık. (Zikri geçen makale, 2. Tahkim Haftası sah. 96 m.)

Daha aşağıda Yargıtayımızın son kararları ile bu gevşemeyi nasıl son haddine vardırıldığını ve devamlı olarak savunmasını yaptığımız *ex contractu ifa davasının* artık bundan böyle Türk hukukunda nasıl tanınma mertebesine ulaştığını ifadeye çalışacağız. (Bu bapta eski çalışmalarımız için *Koral, Yabancı Kanunlara Tebean Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, Kısım I, İst. 1951 ve Kısım II, 1958, İstanbul*).

Gerçekten Yargıtay XI. Hukuk Dairemiz son zamanlara kadar (HUMK. eski 540 ve 2675 sayılı MÖHUK'un 38/a maddesi uyarınca) «karşılıklılık» unsurunun dar anlamda telâkkisi sebebiyle tenfiz imkânı tıkanan (yabancı) hakem kararlarına dayanılarak *ex contractu* bir ifa davasının açılmasını *şeklen kabul* etmemiş ise de, hakemliğin hakikatte (hakem kararı dahil) taraflar arasında *akti bir ilişki* meydana getirdiğinden *akti esaslara dayanılarak* açılacak *ex contractu* adı altındaki ifa davalarına göz yummuş, yakın zamanlarda ise bu tavrını son haddine ulaştırmıştır. (Bkz. 2. Tahkim Haftası, z.g.m. bilhassa s. 97 - 99).

Gerçekten yukarıda anılan yazılarımız içeriğine göre yabancı hakem kararları memleketimizde *şeklen* sadece birer delil niteliğinde kabul edildikleri halde (*esasta*) (*ex contractu*) ifa davasına dayalı birer ifa davası niteliğinde sayıldıkları ve bunun üç aşama geçirdiği anlaşılmaktadır.

İlk aşamada Yargıtay XI. Hukuk Dairemiz yabancı hakem kararlarını basit birer takdiri delil niteliğinde kabul etmiş, kararlarında bundan öteye gitmemiştir.

İfa davalarının Yargıtay XI. Hukuk Dairemiz görüşüne göre geçirdiği *ikinci aşamaya* gelince, bu aşamada Yargıtayımız yabancı hakem kararlarını en azından birer delil niteliğinde kabul etmekle beraber bunların bazı unsurlarını geriye yani adeta hakem kararlarının verildiği tarihe irca etmekle hakem kararlarının adeta ilk günden varlığını kabul etmiştir. Örneğin davalıyı aynen hakem kararı ile ödemeye mahkûm olduğu miktarı, dava tarihine kadar olan gecikme faizini, ayrıca % 15 icra inkâr tazminatını ve dava tarihinden itibaren hüküm tarihine kadar % 10 faizi ile birlikte ödemeye mahkûm etmiştir. (2. Tahkim Haftası sah. 95)

Burada asıl ileri atılan adım, Yargıtay XI. Hukuk Dairemizin ifa davaları dolayısıyla hakem kararının verildiği andan itibaren netice nü-

sule getirici, bu sebeple çeşitli mesuliyetler yükleyici, hasılı gerek muhteva gerek zaman bakımından hakem kararına ilk andan varlık ve özellik tanıyıcı hükümlerin kabulü ile olmuştur. Bunlar ex contractu ifa davasının ve bunun otonomisinin lehine atılmış kesin adımları yani *üçüncü aşamayı* teşkil eden adımlardır.

Örneğin Yargıtay XI. Hukuk Dairemizin onayladığı son bir milletlerarası hakemlik kararında hakem davalıyı 9.10.1984 tarihinde 9200 ABD dolarını zarar ve ziyan olarak ödemeye mahkûm etmiştir. Davalının hakem hükmünün gereğini yerine getirmemesi üzerine 25.10.1988 tarihinde ifa davası açılmış ve hakem kararında öngörülen aynı 9200 ABD doları fiat farkı ve tahkim masrafı olan 730 sterlin ile birlikte, 30.11.1984 tarihinden itibaren davalının temerrüde düşmesi dolayısıyla döviz kuru farkı olan 4.307.073,60 TL. ilâvesiyle ve bir de 30.11.1984'ten itibaren % 52 faiz ile birlikte ödenmesine karar vermiştir. İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin henüz yayınlanmamış 1986/433 sayılı ve 25.11.1987 tarihli yukarıda anılan kararını Yargıtay XI. Hukuk Dairemiz 1988/4216 Esas 1989/1924 karar sayısı ile 21.3.1989 tarihli kararıyla delillerin takdirinde bir isabetsizlik olmadığı nedeniyle yukarıda belirtildiği üzere oybirliği ile benimsemiş ve *onamıştır*.

Gene Yargıtay XI. Hukuk Dairemiz, henüz yayınlanmamış, tarih ve numarasını bildirdiğimiz diğer bir kararında da davacı lehine hakem tarafından hükmedilen 24.665.55 ABD doları, bundan maada bilirkişi raporu ile belirtilen surastaria alacağını ve hakem masraflarının dava tarihindeki kur üzerinden Türk lirasına çevrilmesi neticesi 19.783.754 TL. ile birlikte gene dava tarihinden itibaren % 45 faiz miktarının ilâvesiyle tahsiline karar vermiştir.

Bu davada asıl dikkati çeken ve açılan davanın verilen hakem kararına doğrudan doğruya dayanan bir ifa davası niteliğinde olduğunun kabulünü ifade eden husus ilâmda bahis konusu olan, «*yabancı hakem kararının tanınmasının ve kararın kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilmesinin mümkün bulunduğu*» dair olan hüküm fıkrasıdır.

Türk hukukunda bu hususta devrim yaratan bahis konusu karar İstanbul Asliye I. Ticaret Mahkemesinin 1987/1732 - 4746 sayı ve 9.12.1988 tarihli kararı ile bunu onayan Yargıtay XI. Hukuk Dairesinin E. 1989/721, K. 1989/1471 sayılı ve 9.03.1989 t. li kararıdır.

Hakem kararlarını bu tarzda, özel hukuktan ileri gelen temel vasıfları ile birlikte, kazaî kararlara (özel kazaya) yaklaştıran ve bu vesile ile *ex contractu ifa davasının* icaplarını isabetli bir şekilde ortaya koyan mahalli mahkemelerimizin ve Yargıtay XI. Hukuk Dairemizin teşhislerini takdirle karşıladığımızı ifade ederek etüdümüze son vermek isteriz.