

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİNDE HAKEM MAHKEMESİNİN BAĞIMSIZLIĞI

Prof. Dr. Ergin NOMER*

I. Yabancı hakem kararlarının "kamu düzenine" aykırı olması, tenfiz talebinin red sebeplerinden birini teşkil eder. (MÖHUK m. 45/b). Yabancı hakem kararları karşısında bir red sebebi olarak kamu düzeninin müdahalesi, devletler hususî hukukunda yabancı bir kanun hükmünün tatbikini önleyen genel kamu düzeninden esasta bir farklılık göstermez. Orada olduğu gibi, yabancı hakem kararlarının tenfizinde de, kamu düzeni kavramı ve müdahale sebepleri geniş ölçüde ayniyet içerisindedir. Ayrıca her ikisinde de kamu düzeni kavramının tayininde hakime ait takdir yetkisi önemli bir rol oynar.

Bununla beraber, yabancı mahkeme kararlarında olduğu gibi, yabancı hakem kararlarında da, bu kararların kendilerine has bazı niteliklerinden doğan belirli özellikler kamu düzeni bakımından üzerinde durulması gereken öneme sahiptirler. Eğer bir hukuk sistemi, normal adli makamlar yanında, özel şahıs veya şahıslar tarafından "hukukî" bir karar verilmesini kabul ediyor ve dolayısıyla bunun bir mahkeme kararı gibi tanınmasını ve gerekirse devlet zoruyla icrasını teminat altına alıyorsa, bu nitelikten zarurî olarak ortaya çıkan bazı şartlar söz konusu olur. Diğer bir ifade şekliyle, tahkim prosedürünün nihaî fiili olarak, hakem kararı bir mahkeme hükmünün etkisine sahip olabiliyorsa, tahkim de bütünü ile normal adli usulün tâbi olduğu usulî prensiplerin ve adaletin gerçekleşmesi için konulmuş bulunan usulî garantilerin dışında kalmaz. Bir hakem kararı da, normal adli makamlarınki gibi, bir hukukî karar sayıldığına göre, bir hukuk devletinde etkinliğini gösterebilmesi için, o ülkede mahkeme kararlarının yerine getirilebilmesi için konulmuş usulî prensip ve garantilere tâbi olmak mecburiyetindedir.

Sözü edilen usulî prensip ve garantiler arasında en önemlileri, normal adli mahke-

melerin veya hakem mahkemelerinin "tarafsızlığı" ve buna bağlı olarak tarafların mahkeme önünde eşitliği, yani hakim veya hakem tarafından farklı muameleye tâbi tutulmaması ile tarafların "savunma haklarının garanti altına alınması" esaslarıdır. Ancak bunlardan da önde gelen ve aslında bunların da bağlı bulunduğu esas usulî teminat, mahkemelerin "bağımsızlığı" prensibidir. Bu usulî teminat prensibi, yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve icrası usulünde pek dile getirilmez. Fakat aynı prensip hakem kararlarının icrasında öncelikle üzerinde durulması gereken bir öneme sahip olur.

II. 1. Bir hukuk devletinde adaletin (veya adliye teşkilatının) bağımsızlığı kamu düzenini yakından ilgilendirir. Hâkimin bağımsızlığı ve bununla bağlantılı olarak davada hâkimin tarafsızlığı, tarafların eşitliği ve aynı muameleye tâbi olmaları, her hukuk devletinde aynı ölçüde olmamakla beraber, prensip olarak daima ön safta yer alır. Bu usulî prensiplerin ihlâlî kamu düzenini esastan sarsıcı niteliktedir. Nitekim hâkim doktrininde bu nevi usul prensiplerini kamu düzeninde kabul eder ve yabancı bir mahkeme kararının değerlendirilmesinde kamu düzenine aykırılık açısından bir ölçü olarak dikkate almak ister. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken nokta şudur: yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve icrası için bir takım "pozitif" nitelikteki şartlar aranır. Buna mukabil kamu düzeninin müdahalesi daima ve münhasıran "negatif" bir fonksiyona sahiptir. Diğer bir söyleyişle yabancı mahkeme kararının "muhtevası" sebebiyle ortaya çıkan bir müdahale söz konusudur.

2. Tahkimde de bir hukukî karar verme fonksiyonu mevcuttur. Hakem de bu anlam-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

da bir hakim olarak faaliyet gösterir. Bu bakımdan karar organı olarak hakem de bağımsız olmak mecburiyetindedir. Hakimin bağımsızlığı gereğinin hakem için de ifade edilmesi, hakem kararlarının bu bakımdan kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması sonucunu da birlikte getirir.

Tahkimin taraf iradelerine dayandığından hareketle, hakemlerin bağımsızlığı prensibinden ayrılmak mümkün değildir. Tahkimin hukukî karakteri hakemin bağımsızlığı prensibinde taraf iradelerinin rolünü ortadan kaldırır. Zira hakem de icra ettiği yargı fonksiyonu gereği bir hâkimdir ve ancak bağımsızlığı varsa gerçek anlamda böyle bir fonksiyonu icra edebilir. Bu sebeple hakem usulünde de bağımsızlık, kendisinden vazgeçilemeyen ve taraf iradelerinin üzerinde etkili olamayacakları bir prensiptir. Bu bakımdan normal adlî usulde olduğu gibi, hakem usulünde de hakemlerin "bağımsızlığı" kamu düzenine etkili olabilecek bir alan teşkil eder. Ancak burada da hakem kararının tenfizinde kamu düzenininin müdahalesi kararın muhtevası sebebiyle ortaya çıkabilecek negatif nitelikte bir müdahaledir. Bu özelliğin pratik sonucu, bağımsızlığı olmayan veya bağımsızlığından şüphe edilen şahıs veya makamların hakem olarak verdikleri kararların tenfiz prosedüründe karşılaşacakları muamelede görülür.

III. 1. Merkezi Pariste bulunan Milletlerarası Ticaret Odasının Tüzüğüne göre seçilmiş hakem veya hakemlerin bağımsızlığı tereddüt uyandırmakta ve bunların verecekleri kararların bu bakımdan kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşabileceği ileri sürülen bir fikir olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu Tüzüğün 21 nci maddesine göre, hakem vereceği kararı imzalamadan önce, karar tasarısını Tahkim Divanının tetkikine sunmak mecburiyetindedir. Divan şekil değişiklikleri yapılmasını istiyebilir. Ve ayrıca Divan "hakemin karar verme serbestisi saklı kalmak kaydıyla, onun dikkatini hakem kararının maddî muhtevasına ilişkin noktalara çekebilir". Şekil yönünden Divanın tasvip etmediği bir karar verilemez.

Bu madde gereğince, karar tasarısının Tahkim Divanına tevdi ettirilmesi ve Divan-

nın tasvibinin aranması, hakemlerin bağımsızlığı prensibiyle uyumsuz bulunmakta, bu durumun kamu düzenine aykırılığı sebebiyle tenfiz talebinin reddi yoluna gidilmek istenmektedir. Bu görüş doktrin alanında ileri sürüldüğü gibi, Türk mahkeme tatbikatında da açıkça yer almıştır¹.

Ancak hâkemin "karar verme serbestisini" saklı tutarken, karar tasarısını "şekil" bakımından Divanın kontrolüne tâbi tutan bir hükmün, mücerret bu şekliyle Türk kamu düzenine aykırılığı pek anlaşılır bir iddia değildir². Olsa, olsa, Divanın hakemin dikkatini hakem kararının maddî muhtevasına ilişkin noktalara çekebilmesinin, hakemin bağımsızlığı konusunda bir tereddüdün doğumuna sebebiyet verdiğinden söz edilebilir. Bu tereddüdün doğumu haklı görülebilse dahi, sadece böyle bir tereddüdün doğumu, hakem kararında belirli hale gelmedikçe, kamu düzenine aykırılığa dayanan bir red sebebi olabilir mi? Eğer bağımsızlık konusunda mevcut hukukî düzenlemelere dayanılarak doğduğu ileri sürülen tereddütler kamu düzenine aykırılık yoluyla yabancı bir kararın reddi için kullanılırsa değil sadece müessesevî tahkim kuruluşlarının kararları, bir çok ülkelere ait mahkeme kararlarının da tenfizi imkânı ortadan tamamen kalkmış olur.

2. Hakemlerin bağımsızlığında doğabilecek bir tereddüdün kararın reddi için yeterli olduğu anlayışından hareket edilirse,

1) 10.3.1976 tarihli Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin kararında aynen "hakem kararının Divana tevdi ve tasdik ettirilmesi kamu düzenine de aykırı bulunmaktadır" denmektedir. (İKİD 1977/202 s. 567.1. Ve bkz. Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, s. 209 vd..

2) Aslında, "Divanın kontrolü, milletlerarası tahkime başvuran kimsenin teminatı olup, tahkim müessesesi lehinedir"; KALPSÜZ Hakem Kararlarının Milliyeti, Batider 1978 IX-3 s. 625. Ayrıca: KORAL Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 tarihli Kararının Eleştirisi, Hıfzi Timur'un Anısına Armağan 1979 s. 468 vd..

özellikle sosyalist devletlerin Dış Ticaret Hakem Mahkemelerinin verdikleri hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık sebebiyle daha baştan redde mahkum olması tehlikesi mevcuttur. Sosyalist devletler dış ticarete ilişkin sözleşmelerinde, yani batı dünyasının tüccarlarıyla yaptıkları ticarî anlaşmalarda ve hatta genel olarak tekmil hukukî ihtilaflarında kaideten kendi ülkelerinin daimî hakem mahkemeleri üzerinde ısrar etmektedirler. Bu hakem mahkemeleri ise, ülkesinin Bakanlığına veya Dış Ticaret Komisyonlarına bağlı, onun etkisinde ve onun menfaatlerine uygun şekilde karar vermeyi gerektiren ideolojik bir fikir yapısıyla yetiştirilmiş hakem veya hakemlerden teşekkül etmektedir. Böyle bir mahkemenin veya bu mahkemeyi teşkil eden hakem veya hakemlerin bağımsızlığı üzerinde çok haklı şüpheler doğması normaldir. Böyle bir mahkeme karşısında duyulan itimatsızlık objektif hukukta yer alan bir kaç kararla da açıkça teyit görmüştür³.

3. Hakem veya hakemlerin gerek tâbi oldukları statü itibariyle gerekse üzerlerinde mevcut çeşitli manevî tesirler bakımından "bağımsızlıkları" şüphe uyandırabilir. Ancak böyle bir şüphenin, daha baştan, verilecek kararın reddini temin edebilecek bir sebep olarak ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu konuda kamu düzenine dayanılması da doğru değildir. Hakem veya hakemlerin bağımsızlığı, verdikleri kararda etkili olduğu ölçüde, kamu düzeninin müdahalesini meydana getirebilecek bir sebep teşkil edebilir. Diğer bir söyleyişle, hakemin bağımsızlığı üzerindeki şüphe, onun verdiği hakem kararında belirlendiği veya somutlaştığı takdirde kamu düzeninin müdahalesi yolu açılmış olur. Hakem kararında belirmeyen veya açıkça görülmeyen bir bağımlılık şüphesi, mücerret bir şüphe halinde kalacağı için, kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşmıyacaktır.

Bu sonuç **Türk hukukunda** kanunî bir

hükme dayanır. Yabancı tahkimde, kamu düzeninin rolü veya müdahalesi ancak verilmiş bulunan bir hakem kararının kamu düzenine "aykırılığı" halinde ortaya çıkar. Daha açık bir ifadeyle, yabancı bir hakem kararı "muhtevası" itibariyle Türk kamu düzenine aykırılık taşıyorsa kamu düzenini ihlâl etmiş sayılır. Ve bu da bu kararın tenfizinde bir red sebebi olur. O kadar ki, kamu düzeninin ihlâli hakem kararının belirli hükümlerinde görülmekte ise, bu yabancı hakem kararının tenfizinin bu hükümler itibariyle kısmen reddine ve diğer kısımlarının tenfizine karar verilmesi de mümkündür (MÖHUK m. 44 II ve m. 40). Şu halde, hakemlerin bağımsızlığı üzerindeki bir şüphe, mücerret bu haliyle, Türk hukukunda kamu düzeni sebebine dayanan bir red gerekçesi olamaz. Kamu düzeninin ihlâli, hakem kararının, taşıdığı muhteva veya hükümler itibariyle, hakem veya hakemlerin bağımlılıklarının izlerini ve etkilerini taşıması halinde söz konusu olur. Bu durum da, yabancı hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde "pozitif" nitelikte şartların aranmasının tâbiî ve mantıkî neticesidir. Negatif bir etkiye sahip bulunan kamu düzeni müdahalesinin hakem kararının reddine sebep olabilmesi, tenfiz kararı verecek olan hakimin, hakem veya hakemlerin bağımsızlığından duyulan şüpheyi dikkate alarak hakem kararını titiz bir incelemeye tâbi tutmasına bağlı bulunmaktadır. Bu şüphenin hakem kararının muhtevasında veya hükümlerinde gerçekleşmesi halinde kamu düzenine aykırılığa dayanan bir red imkanı hakim için doğabilecektir.

3) *Mesela, Jordan Investments Ltd. ile Sojusneftjeksport arasındaki ihtilafa ilişkin olarak Moskova Dış Ticaret Hakem Komisyonunun 19.6.1958 tarihli Kararı (bkz. RABELSZ 24 (1959) s. 540, 449; AWD 1958, 187, 209, 254; Rev. arb. 1960, 76, 92).*