

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE’DE TENFİZİNDE
KAMU DÜZENİ

ANIL TANYILDIZ

ŞUBAT, 2018

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE’DE TENFİZİNDE
KAMU DÜZENİ

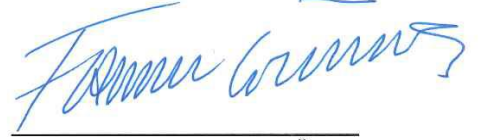
ANIL TANYILDIZ

YÜKSEK LİSANS TEZİ
HUKUK

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

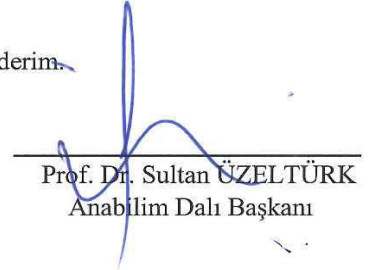
ŞUBAT, 2018

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı



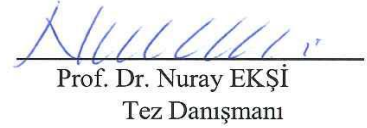
Prof. Dr. M. Fazıl GÜLER
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans için gereken tüm şartları sağladığımı tasdik ederim.



Prof. Dr. Sultan ÜZELTÜRK
Anabilim Dalı Başkanı

Okuduğumuz ve savunmasını dinlediğimiz bu tezin Yüksek Lisans derecesi için gereken tüm kapsam ve kalite şartlarını sağladığını beyan ederiz.



Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Tez Danışmanı

Jüri Üyeleri

Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Faruk Kerem GİRAY
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yrd. Doç. Dr. Mine Tan DEHMEN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi



10 Ocak 2018



10 Ocak 2018



10 Ocak 2018

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışmada alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

7/2/2018


Anıl Tanyıldız

ÖZET

Tahkim, hukuki uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla başvurulmuş bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uluslararası ticaretin yaygınlaşması ile birlikte uluslararası ticari uyuşmazlıkların sayısı artmış ve tahkim, söz konusu ticari uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan oldukça etkili bir yöntem haline gelmiştir. Dolayısıyla günümüzde, söz konusu milletlerarası uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmuş hakem kararlarının sayısı oldukça fazladır.

Yalnızca yerli sayıldığı ülkelerde sonuç doğuran bir hakem kararı lehine sonuçlanmış olan taraf, söz konusu hakem kararının yabancı sayıldığı devletlerde de sonuç doğurmasını isteyebilir. Bu ihtiyacın karşılanması için söz konusu yabancı hakem kararının, diğer ülkede tanınması veya tenfiz edilmesi gerekir. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde aranan şartlardan biri tenfizi istenen hakem kararının tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Yargıtay, yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında vermiş olduğu eski tarihli kararlarında, kamu düzenini geniş yorumlayarak tenfizi engelleyici bir tutum sergilemiştir. Yargıtay'ın bu tutumu, özellikle yabancı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Ancak Yargıtay, ilerleyen dönemlerde konu hakkındaki görüşünü değiştirmiş ve yabancı hakem kararlarının tenfizine etki eden kamu düzenini dar ve isabetli yorumlayarak tahkimden beklenen faydaya uygun kararlar vermiştir. Yargıtay'ın söz konusu kararları, Türkiye'nin tahkim yanlısı bir devlet olduğunu ispat eder niteliktedir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Yabancı hakem kararı, Tenfiz, Tanıma, Kamu düzeni, New York Konvansiyonu, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

ABSTRACT

Arbitration is a frequently used dispute resolution technique. The growth in international trade resulted an increase in the number of legal disputes arising from international commercial transactions. Arbitration became an effective technique in resolving such disputes. As a result, nowadays, the number of the arbitral awards that resolved international commercial disputes is quite high.

The prevailing party of an arbitral award might want to render the award enforceable in countries in which the pertinent arbitral award is deemed to be foreign. In order to render a foreign arbitral award enforceable, the prevailing party must file a lawsuit for the recognition or enforcement of the arbitral award. In order for a court to issue a judgment rendering a foreign arbitral award enforceable, the pertinent foreign arbitral award shall not be contrary to the public policy of that country. In its earlier decisions, the Turkish Court of Cassation interpreted the public policy exception overbroadly and entered flawed judgments preventing the enforcement of foreign arbitral awards in Turkey. This situation caused the Turkish Court of Appeals to be heavily criticized by the foreign jurists. However, in its recent decisions, Turkish Court of Cassation, interpreting the public policy exception narrowly and appropriately, entered judgments allowing the enforcement of arbitral awards, abrogating its previous flawed decisions. These decisions prove that Turkey is a pro-arbitration country.

Keywords: Arbitration, Foreign Arbitral Award, Enforcement, Recognition, Public policy, New York Convention.

Değerli Hocam Profesör Patrick R. Hugg'a



İÇİNDEKİLER

Tez Onay Sayfası.....	i
İntihal Sayfası.....	ii
Özet.....	iii
Abstract.....	iv
İthaf.....	v
İçindekiler.....	vi
Kısaltmalar.....	xi

GİRİŞ	1
I. Tanıma ve Tenfiz Kavramları	1
II. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfize İlişkin Hukuki Dayanaklar	4
A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.....	5
B. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu.....	8
C. İki Taraflı Adli Yardımlaşma Antlaşmaları.....	13
III. Araştırmanın Kapsamı ve Plan	14

Birinci Bölüm

YABANCI HAKEM KARARLARININ

TENFİZİ USULÜ

I. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Uygulanacak Usulün Tayini	16
II. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Görevli ve Yetkili Mahkeme	18
A. Görevli Mahkeme.....	18
B. Yetkili Mahkeme.....	22

III.Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Dava Açma Usulü ve Dilekçeye Eklenecek Belgeler	23
IV.Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Teminat Yatırma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İstisnaları	29

İkinci Bölüm

YABANCI HAKEM KARARLARININ

TENFİZİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

I. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine İlişkin Önşartlar	33
A. Tenfize Konu Hakem Kararının Yabancı Olması	33
1. MÖHUK’a Göre Yabancı Hakem Kararı Kavramı	33
a. Genel Bilgi	33
b. Hakem Kararlarının Yabancılığının Tespitinde Kullanılan Kıstaslar	36
aa. Hakem Yargılamasındaki Taraflarının Vatandaşlıkları	36
bb. Hakemlerin Vatandaşlıkları	37
cc. Hakem Kararının Verildiği Yer Kıstası (Toprak İlkesi)	37
dd. Hakem Kararlarının Otoritesi Altında Verildiği Kanun Kıstası (Usul Hukuku İlkesi)	39
ee. Toprak İlkesi ile Hakem Kararının Otoritesi Altında Verildiği Kanun Kıstasının Birlikte Uygulanması	40
ff. Hakem Kararının Otoritesi Altında Verildiği Kanun Kıstası ile Birlikte Toprak İlkesinin Tali Olarak Uygulanması	41
2. New York Konvansiyonuna Göre Yabancı Hakem Kararı Kavramı	42
B. Yabancı Hakem Kararının Kesinleşmiş ve İcra Kabiliyeti Kazanmış Olması veya Taraflar için Bağlayıcılık Teşkil Etmesi	46

C. Yabancı Hakem Kararının Taraf Devletlerden Birinde Verilmiş ve Karara Konu Olan Uyuşmazlığın Ticari Nitelikte Olması.....	48
II. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Esasa İlişkin Şartlar.....	51
A. Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığı.....	51
B. Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırı Olmaması.....	54
C. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olması.....	54
D. Tarafların Savunma Haklarına Riayet Edilmesi.....	55
E. Hakem Seçiminin ve Yargılamada Uygulanacak Usulün Tarafların Anlaşmasına veya Taraflar Arasında Bu Yönde Bir Anlaşma Bulunmaması Halinde Yargılamanın Yapıldığı Yer Hukukuna Uygun Olması.....	56
F. Hakemlerin Yetkilerini Aşmamış Olmaları.....	58
G. Hakem Kararının Taraflar İçin Bağlayıcı Olması veya Verildiği Ülke Hukukuna Göre İptal Edilmemiş Olması ve İcrasının Geri Bırakılmamış Olması.....	59

Üçüncü Bölüm

KAMU DÜZENİ

I. Kamu Düzeni Kavramı.....	62
II. Kamu Düzeninin Kapsamı.....	63
III. Kamu Düzeninin Çeşitleri.....	64
A. Milli Kamu Düzeni.....	65
B. Milletlerarası Kamu Düzeni.....	65

Dördüncü Bölüm

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİNDE**KAMU DÜZENİ**

I. Kamu Düzeninin Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Etkisi	69
II. Kamu Düzenine Aykırılığın Denetlenmesinde Mahkemelerce Uyulması	
Gereken Prensipler	70
A. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Etki Eden Kamu Düzeni	72
B. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Revizyon Yasağı	73
III. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık Teşkil Eden Başlıca Durumlar	75
IV. Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni	
A. MÖHUK ve New York Konvansiyonunun Kamu Düzenine İlişkin Hükümleri	
B. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzenine İlişkin Yargıtay Kararları	78
1. Hakemlerin Bağımsız ve Tarafsızlığına İlişkin İddiaların Kamu Düzeni Kapsamında Değerlendirilmesi	78
a. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Tarafından Uyuşmazlığın Çözümü İçin Tek Hakem Tayin Edilmesinin ve Tayin Edilen Hakemin Milliyetinin Kamu Düzenine Aykırılığı	79
b. Terditli Kurumsal Tahkim Merkezi Seçiminin ve Hakem Seçme Hakkının Yalnızca İddia Sahibine Verilmesinin Kamu Düzenine Aykırılığı	81
c. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin Hakem Kararını Kontrol Etmesinin Kamu Düzenine Aykırılığı	84
aa. Yargıtay'ın ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin Hakem Kararını Kontrol Etmesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadı	85

bb. Yargıtay'ın ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin Hakem Kararını Kontrol Etmesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadından Dönmesi ve Sebepleri.....	88
2. Tahkim Mahkemesince Hükmedilen Cezai Şartın Fahiş Olduğuna İlişkin İtirazın Kamu Düzenine Aykırılık Kapsamında Değerlendirilmesi.....	90
3. Taraflarca Yürürlükteki Türk Kanunlarına Yapılan Atfın Maddi Hukuku ve Usul Hukukunu Birlikte Kapsayıp Kapsamayacağı Sorunu ve Kamu Düzeni92	
a. Yargıtay'ın Türk Kanunlarına Yapılan Atfın Maddi Hukuku ve Usul Hukukunu Birlikte Kapsadığı Yönündeki İçtihatları.....	93
b. Yargıtay'ın Türk Kanunlarına Yapılan Atfın Yalnızca Maddi Hukuk Kurallarını Kapsadığı Yönündeki İçtihadı.....	98
4. Hakem Kararının Türk Rekabet Hukukuna Aykırılığı İddiasının Kamu Düzenine Aykırılık Kapsamında Değerlendirilmesi.....	100
5. Türk Hukukuna Göre Yalnızca Türk Şirketlerine Verilen Teşviklerin Yabancı Şirket İle Paylaşılmasının Kamu Düzenine Aykırılığı.....	101
6. Süresi İçinde Verilmeyen Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı.....	103
7. Aktif Husumet İtirazı ve Sebepsiz Zenginleşme İddiasının Kamu Düzenine Aykırılık Kapsamında Değerlendirilmesi.....	104
8. Hakemlerin Vergi Hukukuna İlişkin Kararlarının Kamu Düzenine Aykırılığı	
a. Yargıtay'ın Hakemlerin Katma Değer Vergisi Ödenmesine Karar Vermesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadı.....	106
b. Yargıtay'ın Hakemlerin Kurumlar Vergisi Ödenmesine Karar Vermesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadı.....	108
SONUÇ	114
KAYNAKÇA	117

KISALTMALAR

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AnkaraBD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜEHFD	: Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İBBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKİD	: İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası

K.	: Karar
KDV	: Katma Değer Vergisi
LMAA	: London Maritime Arbitrators Association
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

I. Tanıma ve Tenfiz Kavramları

Devletlerin yargı egemenliklerinin ve bağımsızlıklarının doğal bir sonucu olarak, yabancı ülkelerde verilmiş mahkeme kararları kural olarak ancak verildikleri ülke sınırları içerisinde hüküm ve sonuç doğururlar. Mahkeme kararları, devletlerin yargı hakkına ilişkin birer hakimiyet fiili olduklarından ve yargı egemenliği yalnızca kararın verilmiş olduğu ülkede kullanılabileceğinden; devletler, milletlerarası antlaşmalarda aksi kararlaştırılmadıkça yargı güçlerini başka ülkelere teşmil edemezler¹. Bu prensibe paralel olarak, yabancı hakem kararları da ancak verildikleri ülkede hüküm ve sonuç doğururlar. Yabancı bir devletin adliye teşkilatının asli unsurlarından olan mahkemeler tarafından verilen bir karar bile başka bir ülkede kendiliğinden sonuç doğuramazken, yapısı itibari ile bir devlet kurumu niteliğinde dahi olmayan tahkim mahkemelerince verilmiş kararların, yabancı devletlerde sonuç doğurmasından söz etmek mümkün değildir. Aksinin kabulü yabancı hakem kararlarına milletler üstü bir nitelik verilmesi anlamına gelir ki bu durum hiçbir devletin mevcut hukuk anlayışı ve sistemi ile bağdaşmaz.

Yalnızca yerli sayıldığı ülkelerde sonuç doğuran bir hakem kararı lehine sonuçlanmış olan taraf, söz konusu hakem kararının yabancı sayıldığı devletlerde de sonuç doğurmasını isteyebilir. Bu ihtiyacın karşılanması için yabancı hakem kararının, diğer ülkeye teşmil edilmesi gerekir ve bu sonuca ancak, tanıma veya tenfiz davası açılarak ulaşılabilecektir². Tüm hakem kararları kesinleşince kesin hüküm ve

¹ EKŞİ Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 1; NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21. bası, İstanbul 2015, s. 500; GÜVEN Pelin, Tanıma-Tenfiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2013, s. 1-2.

² AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4. bası, İstanbul 2016, s. 335; EKŞİ Nuray, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, 67(2009)1 AnkaraBD, s. 55; Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icra olunabilmesi için tenfiz edilmeleri gerektiğini belirten bir Yargıtay kararı için bkz. HGK, E. 1951/126, K. 1951/109, T. 07.11.1951: ERTEKİN Erol/KARATAŞ

kesin delil kuvvetine sahip olurlar. Ancak, eda hükmü taşıyan hakem kararlarının üçüncü bir özelliği daha mevcuttur ki bu da icra kabiliyetidir³. Tanıma veya tenfiz davalarından hangisinin açılması gerektiği ise verilen hükmün icra kabiliyeti taşıyıp taşımadığına bakılarak tespit olunur. İcra kabiliyeti taşıyan kararlar tenfiz ve tanımaya konu olurken, icra kabiliyetini taşımayan kararların, yalnızca tanınmasından söz edilebilir. Bu açıdan tenfiz, tanımayı da içine alan daha geniş bir müessesedir⁴.

Bir hakem kararının, verildiği ülke dışında sonuçlarını doğurması, o ülkenin icra kuvvetlerini harekete geçirmesi ve onların yardımını alarak icra edilmesi ancak o devletten alınacak bir tenfiz kararı ile mümkün olur⁵. Diğer bir deyişle; alacağını, Türkiye’de ilamlı icra yoluyla tahsil etmek isteyen taraf, yabancı hakem kararının ilam sayılmaması sebebiyle, doğrudan ilamlı icra yoluna başvurarak alacağını tahsil edemez⁶. Bunun için yetkili Türk mahkemesinden tenfiz kararı alınması gereklidir ve bu karar yabancı hakem kararına kesin hüküm etkisi, kesin delil kuvveti ve icra kabiliyeti kazandırır⁷. Tenfiz mahkemesince verilen tenfiz kararı, taraflar arasındaki

İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s. 488-489.

³ EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 55.

⁴ EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 55.

⁵ İBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012: RG 20.9.2012/28417; 38(2012)10 YKD, s. 1868; STONE Katherine Van Wezel/BALES Richard/COLVIN Alexander, Arbitration Law, 3. bası, Amerika Birleşik Devletleri 2015, s. 847; GÜVEN, s. 23; DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 39; KRONKE Herbert, The New York Convention Fifty Years on: Overview and Assessment, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Hollanda 2010.

⁶ KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara 2010, s. 906-991.

⁷ KURU Baki/YILMAZ Ejder, Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 191; KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. bası, İstanbul 2001, s. 5767-5768; DAYINLARLI Kemal, Yabancı Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanuna Göre Tenfizi, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 65.

uyuşmazlığı çözen bir karar olmayıp yalnızca yabancı hakem kararının tenfize uygunluğunu denetleyen, özel nitelikli usuli bir karardır⁸.

Lehine sonuçlanmış yabancı bir hakem kararını tenfiz ettiren kişi, alacağına kavuşabilmek için tenfiz ülkesindeki cebri icra organlarını harekete geçirme olanağına kavuşmuş olur. Böylece; kişi, hali hazırda lehine sonuçlanmış bir davanın icrasını diğer bir ülkede sağlamak amacıyla, aynı davayı ayrı bir dava şeklinde en baştan açmak zorunda kalmayacak, dolayısıyla vakit kaybetmeyecek ve masraf yönünden zarara uğramayacaktır. Örneğin, İtalyan usul kanunu otoritesi altında verilmiş bir İtalyan hakem kararının davacısı, davalının malvarlığının Türkiye’de bulunması sebebiyle Türkiye’de cebri icra yolu ile alacağını tahsil etmek isterse, Türkiye’de yeni bir alacak davası açmayıp yabancı hakem heyeti tarafından verilmiş eda hükmünün tenfizi için Türk mahkemesine başvurabilecektir. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp kişinin Türkiye’de de aynı alacak davasını tekrar açabilmesi mümkündür. Fakat bu ihtimalde, davalı taraf mevcut dava içerisinde, İtalyan hakem kararının tanınmasını isteyebilir. Bu durumda mahkeme, tanıma talebini ön sorun haline getirerek öncelikle karara bağlamalıdır. Görüldüğü gibi, hakem kararlarının tenfizi, alacaklının alacağına kavuşabilmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. Dolayısıyla taraflar, tahkim sözleşmesi akdetmeden önce, tenfiz konusunda doğabilecek uyuşmazlıkları göz önünde bulundurarak, muhtemel tenfiz devletlerinin tenfize bakış açısını değerlendirmelidirler⁹.

Tanıma ise her ne kadar tenfiz kurumu ile yakınlık gösterse ve uygulamada karıştırılsa da tenfizden farklı bir kavramdır¹⁰. Yabancı bir hakem kararı tanındığında,

⁸ DAYINLARLI, s. 65; 8. HD, E. 2012/1905, K. 2012/4685, T. 22.05.2012: 38(2012)11 YKD, s. 2134.

⁹ KRONKE, s. 7.

¹⁰ AMRO Ihab, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Theory and in Practice: A Comparative Study in Common Law and Civil Law Countries, Birleşik Krallık 2013, s. 5; STONE/BALES/COLVIN, s. 847; Tanıma ve tenfiz kavramlarının hatalı olarak bir arada kullanıldığı

tıpkı milli bir hakem kararı gibi etki ve sonuç doğurur¹¹. Böylece söz konusu hakem kararı, tanındığı ülkede kesin hüküm ve kesin delil etkisi kazanır.¹² Tenfiz davası yalnızca icra kabiliyetine sahip hakem kararları söz konusu olduğunda açılabilirken, tanıma talep edilebilmesi için, yabancı hakem kararının icra kabiliyetinin varlığı şart değildir. Bazı durumlarda ise icra kabiliyetine sahip bir hakem kararının, Türkiye’de icrası istenmeyip yalnızca kesin hüküm ve kesin delil sonuçlarından yararlanılmak istenebilir¹³. Yabancı hakem kararının tanınmasını isteyen taraf, bu talebini bağımsız bir dava ile ileri sürebileceği gibi görülmekte olan bir davada da tanıma talebinde bulunabilir. Bu durumda mahkeme, tanıma talebini ön sorun haline getirerek öncelikle karara bağlamalıdır. Doktrinde her ne kadar, hakem kararının tanınması talebinin yalnızca görülmekte olan bir davada; kesin hüküm itirazında bulunulduğu veya kesin delile dayanıldığı hallerde ileri sürülebileceği yönünde görüşler mevcut olsa da, kanaatimizce tanıma talebinin bağımsız bir dava şeklinde açılması mümkündür¹⁴.

II. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Hukuki

Dayanaklar

Günümüzde birçok devlet, yabancı hakem kararlarının tenfizini sağlamak amacıyla kanunlar çıkartmış, milletlerarası antlaşmalara taraf olmuş ve iki taraflı adli

bir Yargıtay kararı için bkz. 8. HD, E. 2011/6744, K. 2011/6654, T. 6.12.2011: 38(2012)7 YKD, s. 1300; Ayrıca yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, tanıma ve tenfiz sözcüklerinin hatalı olarak bir arada veya isabetli şekilde ayrı ayrı kullanıldığı çeşitli Yargıtay kararları için bkz. EKŞİ, s. 8-10 vd.

¹¹ EKŞİ, s. 1.

¹² STONE/BALES/COLVIN, s. 847; MOSES Margaret, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2. bası, Amerika Birleşik Devletleri 2012, s. 212.

¹³ KURU/YILMAZ, s. 191-192; EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 55; İcra kabiliyetine sahip olan yabancı hakem kararları hakkında tanıma talep edilebilen hallere ilişkin örnekler için bkz. KURU/YILMAZ, s. 192-193.

¹⁴ Akıncı’ya göre ayrı bir dava ile yalnızca tanıma talebinde bulunulmasında hukuki yarar olmadığından, prensip olarak bağımsız bir dava ile hakem kararının tenfizini istemek mümkün değildir bkz. AKINCI s. 349; Akıncı ile aynı yönde bir görüşler için bkz. AMRO, s. 5; KRONKE, s. 7; Berg ise bu durumun ülkeden ülkeye değişebileceğini belirtmiştir: BERG Albert Jan van den, The New York Arbitration Convention of 1958, Amsterdam 1981, s. 244.

yardımlaşma antlaşmaları akdetmiştir. Bir hakem kararının tenfizi söz konusu olduğunda, tenfize uygulanacak prosedür ve kurallar tenfizin istendiği devletin iç hukuk kurallarına ve taraf olduğu milletlerarası antlaşmalara göre belirlenir. Dolayısıyla, söz konusunu tahkim düzenlemelerine bakılarak, ülkelerin ticari ilişkilerde tahkime bakış açısının algılanması mümkündür¹⁵.

Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin iç hukuk kuralları Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹⁶'un 60-63. maddelerinde düzenlenmektedir. Kanunun 60. maddesi; kesinleşmiş, icra kabiliyeti taşıyan ve taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebileceğini belirtmektedir. İç hukuk düzenlemesinin yanında; Türkiye, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen ve kısaca New York Konvansiyonu olarak bilinen Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesini¹⁷ 1991 yılında onaylamıştır. Çok taraflı bir konvansiyon olan New York Konvansiyonu, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin oldukça hızlı ve formaliteden uzak bir sistem öngörmektedir¹⁸.

Ayrıca; Türkiye, birçok devletle, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunu içeren hukuki ve ticari konularda adli yardımlaşma antlaşmalarına da taraf olmuştur.

A. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

Milletlerarası tahkim, 20. yüzyılın başları itibariyle yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu dönemde, milletlerarası tahkim hukukuna ilişkin milletlerarası alanda

¹⁵ AKINCI Ziya, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 95.

¹⁶ Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007: RG 12.12.2007/26728

¹⁷ RG 25.9.1991/21002.

¹⁸ NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. 1, 5. bası, İstanbul 2016, s. 108.

yeknesak uygulamayı sağlayan bir milletlerarası antlaşma bulunmadığından, milletlerarası tahkim yalnızca devletlerin iç hukuk kurallarında düzenlenmekteydi.¹⁹

Nitekim, Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin iç hukuk düzenlemeleri 1950’li yıllara kadar uzanmaktadır. 1949 yılına kadar olan dönemde; ilmi ve kazai içtihatlarla, yabancı hakem kararlarının, yerli hakem kararları gibi yerine getirilmesi konusunda görüş birliği bulunmaktaydı. Dolayısıyla bu dönemde yabancı hakem kararlarının icrası, 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na²⁰ göre yerine getiriliyordu²¹. Bu uygulamanın sebebi ise; o dönemde yabancı hakem kararlarının kazai nitelik taşımaktan ziyade akdi nitelik taşıdığı ve bu nedenle aynı sözleşmelerde olduğu gibi, bu kararların da yer ve sınır taşımadığı, her yerde hüküm ifade edeceği ve yabancı veya yerli hakem kararı ayırt edilmeksizin bunların HUMK’un 536. maddesi gereğince yerine getirilmesi görüşü idi²². Birsal’e göre ise, yabancı hakem kararları ile yerli hakem kararları arasında fark gözetilmemesinin sebebi; Lozan Sulh Antlaşması’nda, Türk adliyesinin “Türkler” ile “yabancılar” arasında bir ayrım gözetmeyeceği teminatı verilmesiydi²³. Bu dönemde yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin tek milletlerarası antlaşma, Türkiye’nin Avusturya ile imzalamış olduğu, karşılıklılık ve toprak esasları dairesinde, Avusturya arazisinde verilmiş hakem kararlarının Türkiye’de tenfizini düzenleyen 21 Temmuz 1931 kabul tarihli ve 1865 sayılı Hukuki ve Ticari Mevaddi Adliyyeye Müteallik

¹⁹ BERG, s. 6.

²⁰ Kanun Numarası: 1086, Kabul Tarihi: 18.06.1927: RG 2, 3, 4.7.1927/622, 623, 624.

²¹ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 77; KALPSÜZ Turgut, Hakem Kararlarının Milliyeti, 9(1978)3 BATİDER, s. 610 vd.

²² KALPSÜZ Turgut, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 43.

²³ BİRSEL Mahmut Tevfik, Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal Ve Küresel Boyutları, 7(2005)Özel Sayı DEÜHFD-İrfan Baştuğ Anısına Armağan, s. 7.

Mütekabil Münasebetlere ve Adli Kararların Tenfizine Dair Sözleşmesi'nin²⁴ onay kanununun 20. maddesidir²⁵.

Yargıtay, 1949 yılından sonra yerli ve yabancı hakem kararları arasında ayrım yaparak, yabancı hakem kararlarının; yabancı mahkeme kararları gibi HUMK'un 537-545. maddelerinde düzenlenen "Ecnebi Mahkemelerden Verilen İlamların Sureti Tenfizi" hükümlerine göre tenfiz edilmesi görüşünü benimsemiştir²⁶. Bu uygulamaya paralel olarak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 07.11.1951 tarihli meşhur kararında²⁷, yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş hakem kararının, yabancı hakem kararı sayılacağını ve yabancı hakem kararlarının Türkiye'de, aynı yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz edilmeleri gerektiğini belirtmiştir²⁸. Koral'a göre bu kararı meydana getiren sebep, Yargıtay'ın hakemlikte, akdi ve kazai görüşü takip ederek ikili bir görüş izlemesidir²⁹.

Yargıtay kararlarıyla yerleşen, yabancı hakem kararlarının aynı yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz edileceği uygulaması, 1982 yılına kadar devam etmiş ve 2675 sayılı MÖHUK'un³⁰ yürürlüğe girerek, müstakil bir tenfiz sistemi getirmesi ile son bulmuştur³¹. 2675 sayılı MÖHUK'un getirdiği yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler, 1958 New York Konvansiyonu'ndan esinlenerek hazırlanmıştır. Bu düzenleme ile, baştan sona bir kamu hukuku tasarrufu niteliğinde olan mahkeme kararlarının, devlet yargısı niteliği taşımayıp, özel yargı statüsünde olan hakem kararlarından farklı olduğu ve bunların tenfizinde, yabancı

²⁴ RG 4.8.1931/1864.

²⁵ BİRSEL, s. 7.

²⁶ KALPSÜZ, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, s.43; DAYINLARLI, s. 61; SAKMAR Ata, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 36.

²⁷ HGK, E. 1951/126, K. 1951/109, T. 07.11.1951: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 488-489.

²⁸ KORAL Rabi, Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 19-20; KALPSÜZ, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, s. 43.

²⁹ KORAL, s. 19.

³⁰ Kanun Numarası: 2675, Kabul Tarihi: 20.5.1982: RG 22.5.1982/17701.

³¹ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 78; KORAL, s. 21.

mahkeme kararlarının tenfizinden farklı hükümlerin uygulanması gerektiği anlayışı vücut bulmuştur³². Ancak 2675 sayılı Kanunun yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin getirdiği hükümler, New York Konvansiyonu'na tamamen sadık kalınmadığı, tenfiz şartlarında karşılıklılık ve çift exequatur gerektirdiği için eleştirilmiş, uygulama açısından amaçlanan verimin alınamadığı gerekçesi ile yeterli bulunmamıştır³³.

2675 sayılı MÖHUK, 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK'un 64(1). maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'un 60-63. maddeleri arasında, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler yer almakta olup bu kanun ile, 2675 sayılı kanunun eleştirildiği çift exequatur ve karşılıklılık gerekliliğinden vazgeçilmiştir. New York Konvansiyonu'ndaki hükümlerle hemen hemen aynı içeriğe sahip olan 5718 sayılı kanunun getirdiği yenilikler şunlardır: (1) Taraflar için bağlayıcılık kazanmış hakem kararlarının tenfiz edilebileceğinin açıkça düzenlenmiş olması; (2) Yabancı hakem kararlarının tenfizinde mütekabiliyet şartının bertaraf edilmesi; (3) Hakem kararının tabi olduğu usule göre kesinleşmiş veya bağlayıcılık kazanmış olmasının tenfiz açısından yeterli kabul edilmesi³⁴.

B. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu

Milletlerarası tahkimin, ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklardaki etkin rolü günden güne artmış ve buna paralel olarak, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin milletlerarası düzeyde girişimlerde bulunulmuştur. Tahkim alanında yeknesak bir uygulamanın sağlanmasında milletlerarası antlaşmalar önemli rol

³² KORAL Rabi, Ex Contractu İfa Davası ve Yargıtay İçtihatları, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 83-84.

³³ KORAL, Ex Contractu, s. 86-87; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 475; KALPSÜZ, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, s. 48.

³⁴ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 78; EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 55 ve 88.

oyynamakta ve söz konusu sözleşmeler ile en azından antlaşmaya taraf olan devletlerde geçerli olan tahkim kuralları ihdas edilmektedir³⁵. Milletlerarası ticaretin bir gerekliliği olarak nitelendirilen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi meselesi, 1920’li yıllardan itibaren birçok devletin işbirliği sağlama gayesiyle milletlerarası düzeyde ele alınmıştır. Günümüzde pek çok ülke, bu meseleyi akdettikleri milletlerarası antlaşmalar ile düzenlemektedir. Bu nedenlerle yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda başlıca ve en önemli milletlerarası antlaşma olarak kabul edilen New York Konvansiyonu birçok devlet tarafından onaylanmıştır³⁶.

Nitekim Türkiye de, çok sayıda devletin taraf olduğu, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin çok hızlı ve formaliteden uzak bir sistem öngören 1958 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınmasına ve Tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu’nu 1991 yılında onaylamıştır. Türkiye aynı yıl 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa-Cenevre Konvansiyonu’na³⁷ da taraf olmuştur. Cenevre Konvansiyonu tahkimin tanıma ve tenfizden önceki aşamalarını

³⁵ AKINCI, Tenfiz, s. 16; BORN Gary, International Commercial Arbitration, c. III, 2. bası, Hollanda 2014, s. 3411.

³⁶ AKINCI, s. 36; ŞİT Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005, s. 102; Tuğrul ANSAY, Tanıma ve Tenfize İlişkin New York Antlaşması, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 124; BRINER Robert, Philosophy and Objectives of the Convention, New York Convention Day, New York 1998, s. 9; New York Konvansiyonu’na taraf olmakla birlikte, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin yerel mevzuatı olan devletlerin listesi için bkz. BERMAN George, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, 2017, s. 19 2017 yılı itibariyle New York Konvansiyonu’na taraf olan devletlerin sayısı 157’dir. Taraf devletlerin listesi için bkz.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html. (Erişim Tarihi: 22 Kasım 2017).

³⁷ RG 23.9.1991/21000.

düzenlerken, New York Konvansiyonu hakem kararlarının sonuçları ile ilgili olup yalnızca tanıma ve tenfizi düzenler³⁸.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin milletlerarası alanda yapılan çalışmalar ilk olarak 1920 yılında Cenevre Protokolü ile başlamıştır. Bu çalışmalar neticesinde, 1923 tarihinde çeşitli devletlerin katılımı ile yabancı hakem kararlarının tenfizi alanında ilk modern milletlerarası sözleşme olan Ticari Alanda Hakem Şartına İlişkin Cenevre Protokolü imzalanmış ancak bu protokolün tanıma ve tenfiz konusunda bir düzenleme içermemesi üzerine 1927 yılında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine İlişkin Cenevre Antlaşması imzalanmıştır³⁹. Söz konusu antlaşma; hakem kararlarının tenfizinde çift exequatur'a yol açması, tenfizi isteyen tarafa ağır ispat yükü gerektirmesi, yabancı hakem kararının tanınabilmesi veya tenfiz edilebilmesi için ilgili hakem kararının akit devletlerden biri tarafından verilmiş olma zorunluluğu taşıması ve uygulama alanının toprak ilkesine dayandırılması sebebi ile eleştirilmiş ve bu eleştiriler New York Konvansiyonu'nun zeminini hazırlamıştır⁴⁰. New York Konvansiyonu ile tanıma ve tenfize ilişkin uluslararası antlaşmalara taraf olmayan ülkelerde verilmiş hakem kararlarının da tanınması ve tenfizine olanak sağlanmış ve çift exequatur gerekliliği bertaraf edilmiştir⁴¹. Böylece uluslararası ticaretten doğan uyuşmazlıklarda tahkimin önemi ve uygulaması artmıştır.

³⁸ BORN Gary, International Arbitration: Law and Practice, 2. bası, Hollanda 2016, s. 17; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 108; STONE/BALES/COLVIN, s. 846; New York Konvansiyonu'nun aynı zamanda tahkim sözleşmelerinin geçerliliğini ve uygulanabilirliğini düzenlediğine ilişkin bir görüş için bkz. FOUCHARD Philippe/GAILLARD Emmanuel/GOLDMAN Berthold, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Hollanda 1999, s. 124.

³⁹ BORN, International Arbitration, s. 17; ŞİT, s. 102; ANSAY, s. 124; AKINCI, Tenfiz, s. 100; AMRO, s. 38-39.

⁴⁰ BERG, s. 7; ŞİT, s. 102; TEKİNALP Ünal, Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Antlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi, IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 539.

⁴¹ BORN, s. 3424; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 126; CRAIG W. Laurence/W. PARK William/PAULSSON Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. bası, Oceana Publications 2000, s. 679-680.

Yabancı hakem kararlarının verildiği ülkeler dışında kolayca icra edilebilmesini ve bu sayede tahkimin uluslararası düzeyde etkisinin artmasını ve uluslararası ticaretin yaygınlaşmasını hedefleyen International Chamber of Commerce, söz konusu konvansiyonun ortaya çıkmasında büyük rol oynamıştır.⁴² ICC'nin 1953 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'e sunduğu New York Konvansiyonu tasarısı, üye ülkelerin görüşü alınarak 1958 yılında New York'da düzenlenen Birleşmiş Milletler Ticari Tahkim Konferansında değerlendirilmiştir. Zamanın Hollanda daimi temsilcisi Willem Schürmann başkanlığında yürütülen konferans 3 hafta sürmüş ve 10 Haziran 1958 tarihinde New York Konvansiyonu 45 ülkenin katılımıyla imzalanmıştır⁴³. New York Konvansiyonu'nun imzalanmasıyla hakem yargılamalarından doğan alacakların tahsili kolaylaştığından, tahkime güven ve tahkim uygulaması artmıştır.⁴⁴

New York Konvansiyonu'nun 1(1). maddesine göre bu sözleşme, tanıma ve tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarına uygulanır. Dolayısıyla New York Konvansiyonu'nun tanıma ve tenfiz için saydığı temel kriter, "ülke" veya "toprak" esasıdır. Bunun yanında; tanınması veya tenfizi istenen hakem kararının, tenfiz ülkesinde yerli, milli veya mahalli hakem kararı sayılmaması durumunda da Konvansiyon uygulanacaktır. Bu kıstas ile New York Konvansiyonu'nun uygulama alanı oldukça genişletilmiştir⁴⁵.

New York Konvansiyonu'nun VII(1) maddesine göre Konvansiyon, tarafların tenfiz devletindeki milli kurallardan istifade hakkını bertaraf etmez. Dolayısıyla,

⁴² BRINER, s. 9.

⁴³ SANDERS Pieter, The Making of the Convention, New York Convention Day, New York 1998, s. 3; BORN, International Arbitration, s. 18; BİRSEL, s. 3; ANSAY, s. 124-125; CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 679-678; New York Konvansiyonu'nun tarihçesi ve gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BERG, s. 8.

⁴⁴ MOSES, s. 211.

⁴⁵ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 108-109; NOMER, s. 568.

Türkiye’de yabancı bir hakem kararının tanınması veya tenfizi, talep edenin seçim serbestisine göre MÖHUK’a veya New York Konvansiyonu’na göre istenebilecektir. Bu iki mevzuatın birbirlerine karşı bir önceliği bulunmamaktadır⁴⁶. Her iki mevzuat da milletlerarası ticari tahkim alanında, uyulması gereken asgari adalet ilkelerini belirlediğinden, mevzuatlar birbirlerine paralel hükümler içermektedirler⁴⁷.

Türkiye New York Konvansiyonu’na çekince⁴⁸ koyarak; sözleşmeyi, yalnızca diğer akit devletler tarafından verilmiş hakem kararları ve yalnızca Türk hukukuna göre ticari sayılan uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda uygulayacağını beyan etmiştir⁴⁹. Böylece Türkiye’de tenfizi istenen hakem kararı, akit devletlerden farklı bir ülkede verildiyse veya uyuşmazlık konusu Türk hukukuna göre ticari iş olarak nitelendirilemiyorsa, tanıma veya tenfiz talebi, MÖHUK’a veya iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarına göre yapılacaktır. Bu durumun tek istisnasını, Türkiye ile yabancı hakem kararının verildiği ülke arasında, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen iki taraflı bir adli yardım antlaşmasının varlığı oluşturur. Böyle bir durumda, MÖHUK veya New York Konvansiyonu yerine, iki taraflı adli yardım antlaşması uygulanacaktır.

⁴⁶ BERG, s. 81-82, 88; NOMER, s. 554; BİRSEL Mahmut Tevfik/BUDAK Ali Cem, Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler Tartışmalar 11 Nisan 1997, Ankara 1997, s. 198; ÇELİKEL Aysel/ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. bası, İstanbul 2017, s. 804; DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. bası, Ankara 2016, s. 141; MÖHUK’un uygulama alanının yalnızca New York Konvansiyonu kapsamı dışında kalan hakem kararları için söz konusu olduğunu savunan görüşler için bkz. AKINCI, s. 339; KALPSÜZ Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. bası, Ankara 2010, s. 183-184; KAPLAN Yavuz, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kesinleşme ve Bağlayıcılık Ölçütlerinin Değerlendirilmesi, V(2001)1-4 AÜEHFD, s. 425.

⁴⁷ ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. bası, İstanbul 2016, s. 388; ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FİGENMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. bası, İstanbul 2016, s. 627.

⁴⁸ New York Konvansiyonu’nun belirli hükümlerine çekince koyan devletler için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁴⁹ Türk hukukuna göre ticari iş olarak nitelendirilen hukuki işlemler için bkz. BAHTİYAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 16. bası, İstanbul 2015, s. 51-56.

Türkiye ayrıca, yatırım uyuşmazlıklarına ilişkin hakem kararlarının nasıl icra edileceğine ilişkin milletlerarası antlaşmalara da taraf olmuştur. Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin Konvansiyon⁵⁰ (ICSID) ve Enerji Şartı Sözleşmesi ile Ek Protokolleri, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin özel düzenlemeler içermektedir ve ICSID tahkim merkezi tarafından verilen hakem kararlarının tenfizi, tamamen ayrı bir rejime tabidir⁵¹.

C. İki Taraflı Adli Yardımlaşma Antlaşmaları

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi meselesini milletlerarası düzeyde ele alan Türkiye, New York Konvansiyonu dışında tanıma ve tenfize ilişkin düzenlemeleri içeren çeşitli adli yardımlaşma antlaşmalarına da taraf olmuştur. Söz konusu antlaşmaların içeriği her ne kadar yalnızca yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin değilse de, tanıma ve tenfize ilişkin hükümler içerdiklerinden, tenfiz yargılamalarının sağlıklı yürütülebilmesi amacıyla bahsi geçen hükümlerin dikkate alınmaları gerekmektedir⁵².

MÖHUK'un 1(2). maddesi uygulama açısından milletlerarası antlaşmalara öncelik tanımıştır. Buna paralel olarak, tenfizi istenen yabancı hakem kararının milliyeti belirli ve söz konusu devlet ile Türkiye arasında yabancı hakem kararlarının

⁵⁰ RG 6.12.1988/19830.

⁵¹ EKŞİ Nuray, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonu'na Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, İstanbul 2007, s. 118-119; Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ Nuray, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2009, s. 82-84.

⁵² EKŞİ, İstanbul Konferansı, s. 116-117; EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 55; KURU, s. 6192-6193; BİRSEL/BUDAK, s. 198; İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının listesi için bkz. NÖMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, C. 2, 2. bası, İstanbul 2014; Türkiye'nin iki taraflı adli yardımlaşma antlaşması yaptığı devletler ve bu antlaşmaların resmi gazete atıfları için bkz. EKŞİ Nuray, Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat, 9. bası, İstanbul 2015; Türkiye'nin taraf olduğu ve yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler içeren iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmaları için bkz. EKŞİ, İstanbul Konferansı, s. 117; EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 55-56.

tenfizine ilişkin hükümler içeren iki taraflı bir adli yardımlaşma antlaşması var ise, tenfiz yargılaması, bahsi edilen iki taraflı antlaşma hükümlerine göre yürütülmelidir⁵³.

Dolayısıyla yabancı hakem kararının tanınması veya tenfizi davalarında, öncelikle yabancı hakem kararının varsa milliyeti tespit edilmeli, tespit edilen ülke ile Türkiye arasında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen iki taraflı bir adli yardımlaşma antlaşması olup olmadığına bakılarak, tenfiz veya tanıma davası, iki taraflı adli yardımlaşma antlaşması hükümlerine veya gerekli şartları taşıyorsa davacının talebi doğrultusunda New York Konvansiyonu'na göre açılmalıdır.

III.Araştırmanın Kapsamı ve Plan

Tez çalışmamızın konusunu “*Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni*” oluşturmaktadır. Çalışmamızda, yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyen kamu düzeninin kapsamı, içeriği ve hangi hallerde yabancı hakem kararlarının tenfizi engelleyeceği, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararlarıyla birlikte incelenecek ve varılan sonuçlar değerlendirilip açıklanacaktır.

Dört bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde; yabancı hakem kararlarının tenfizi usulü ele alınarak, tenfiz davalarındaki görevli ve yetkili mahkeme, dava açma usulü, dilekçeye eklenecek belgeler ve teminat konuları üzerinde durulacaktır. İkinci bölümün konusu ise, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin şartlardır. Bu bölümde öncelikle, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin önşartlar açıklanacak ve özellikle, hakem kararına yabancılık niteliği kazandıran kıstaslar üzerinde ayrıntılı şekilde durulacaktır. Önşartlara ilişkin açıklamaların tamamlanmasından sonra, yabancı hakem kararlarının tenfizinde esasa

⁵³ Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. 11. HD, E. 1996/104, K. 1996/2826, T. 16.4.1996: EKŞİ Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 456-457.

ilişkin şartların incelenmesine geçilecek ve New York Konvansiyonu ile MÖHUK'un birbirleri ile paralellik göstermeleri sebebi ile yabancı hakem kararlarının tenfizinde esasa ilişkin şartlar, her iki mevzuat açısından aynı başlıklar altında ana hatlarıyla açıklanacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, kamu düzeni kavramı ve kapsamı hakkında genel bilgiler verildikten sonra kamu düzeninin çeşitleri olan milli ve milletlerarası kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgiler verilecektir. Çalışmamızın dördüncü ve son bölümünde ise yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni meselesi ele alınacaktır. Tezin esasını teşkil eden bu bölümde öncelikle, kamu düzeninin yabancı hakem kararlarının tenfizine etkileri açıklanacak ve mahkemelerce, kamu düzeni incelemesi sırasında uyulması gereken prensipler açıklanacaktır. Daha sonra yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılık teşkil eden başlıca durumlar sıralanacaktır. Bu açıklamalardan sonra MÖHUK ve New York Konvansiyonu'nun kamu düzenine ilişkin hükümleri incelenecektir. Son olarak ise, Yargıtay'ın yabancı hakem kararlarında kamu düzenine ilişkin içtihatları ayrı ayrı ele alınarak irdelenecek ve kamu düzeninin, yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından Türk hukukuna etkileri ve ortaya çıkan sorunlar tartışılacaktır.

Birinci Bölüm

YABANCI HAKEM KARARLARININ

TENFİZİ USULÜ

I. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Uygulanacak Usulün Tayini

Yargılamaların sağlıklı yürütülmesi açısından yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında uygulanacak usul hukuku kurallarının tayini, büyük bir öneme sahiptir. New York Konvansiyonu'nun III. maddesine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizinde uygulanacak yargılama usulü, tenfizin istendiği devletin iç hukuk kurallarına göre belirlenecektir. İlgili madde ile, tenfiz mahkemelerinin milli hukuklarına yapılan atıf nedeniyle, New York Konvansiyonu'na taraf olan devletler arasında, usul hukuku yönünden bir yeknesaklık bulunmamakta ve böylece farklı hukuk sistemlerinde, farklı usul kuralları uygulanmaktadır⁵⁴.

Konvansiyon'da, ayrı bir usul sistemi öngörülmemesindeki amaç, tanıma ve tenfizi kolaylaştırmaktır. Konvansiyon'un III. maddesi ile tenfiz ülkesinin usul hukukuna yapılan atıfla usule lex fori uygulanır prensibi benimsenmiştir⁵⁵. Dolayısıyla, Türkiye'de görülen bir yabancı hakem kararının tenfizi davasında, tenfiz talebinin New York Konvansiyonu'na, MÖHUK'a veya iki taraflı bir milletlerarası antlaşmaya göre mi yapıldığı, uygulanacak usulün belirlenmesi açısından önem taşımamaktadır. Bu bilgiler ışığı altında, Türkiye'de yürütülen bir tenfiz davasında, Türk usul hukuku kuralları uygulanır. Ancak bu kuralın tek istisnası, New York Konvansiyonu'na göre yürütülen tenfiz davalarında ortaya çıkar. Konvansiyon'un IV. maddesinde, dilekçeye eklenecek belgeler ayrıca sayılmış, V. maddesinde ise ispat külfeti açısından MÖHUK'a göre farklı kurallar getirilmiştir. Bu durumda, dilekçeye

⁵⁴ BERG, s. 236; AKINCI, s. 350; AMRO, s. 32-33.

⁵⁵ ŞANLI, s. 394; KALPSÜZ, s. 218.

eklenecek belgeler ve ispat yükü açısından milletlerarası sözleşme olan New York Konvansiyonu hükümleri uygulanacak ve Konvansiyon'un ilgili maddeleri lex fori prensibinin önüne geçecektir⁵⁶.

Kalpsüz, tenfiz mahkemelerinin, Konvansiyon hükümlerini ihlal ederek yargılama yapması durumunda, ihlallerin yaptırımını düzenlemediği için Konvansiyon'u eleştirmiş ve eksik bulmuştur⁵⁷. Bu eksikliğin giderilmesi halinde, taraf devletlerde görülen yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, daha isabetli ve Konvansiyon'a uygun bir şekilde yargılama yapılacağı bir gerçektir. Böylece, Konvansiyon'un amaçladığı; yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırma ve yaygınlaştırma sonuçlarına ulaşılabacaktır. Akıncı ise, yabancı hakem kararlarının tenfizinde, her devletin kendi usul hukukunu uygulaması yönünden Konvansiyon'u eleştirmiş ve bu durumun Konvansiyon ile ulaşılmaya çalışılan yeknesaklığı olumsuz etkilediğini belirtmiştir⁵⁸. Nitekim Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları sırasında, söz konusu yeknesaklığı sağlama yönünde bir öneri gündeme gelmiş ancak fazla "iddialı" olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.⁵⁹ Kanaatimizce lex fori kuralı bertaraf edilerek, Konvansiyon ile tek bir usul hukuku sistemi öngörülmesi, uygulama açısından çeşitli sorunlara neden olacaktır. Örneğin, alışlagelmiş bir usul hukuku sisteminin dışına çıkılması yargılamalarının uzamasına neden olacak ve bu gecikme, tahkimden beklenen faydaya ve amaca aykırı düşecektir.

⁵⁶ ŞANLI, s. 394; KALPSÜZ, s. 218.

⁵⁷ KALPSÜZ, s. 218.

⁵⁸ AKINCI, s. 350; Aynı yönde bir eleştiri için bkz. SANDERS, s. 4.

⁵⁹ SCHERER Maxi, Article III [Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule], New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary, Münih 2012, s. 195; BÖRNER Andreas, Article III, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Hollanda 2010, s. 118.

II. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Görevli ve Yetkili Mahkeme

A. Görevli Mahkeme

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, hangi mahkemelerin görevli olduğu, MÖHUK'un 60. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili madde, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında görevli mahkemeyi, asliye mahkemesi olarak belirtmiş; asliye hukuk, asliye ticaret veya bunlarla eşdeğer olan birtakım özel nitelikli mahkemeden söz etmeyerek, tam anlamıyla belirgin bir görev kuralı getirememiştir. Hangi mahkemelerin görevli olduğu konusunda belirgin bir düzenleme olmadığından; doktrinde, konu hakkında çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Görüşlerin değerlendirilmesine geçilmeden önce; asliye hukuk ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkinin, iş bölümü ilişkisinden, görev ilişkisine dönüştürülmesi sürecinin açıklanması faydalı olacaktır.

01.07.2012 tarihine kadar asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkinin, iş bölümüne dayanması nedeni ile yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları, her iki mahkemede de görülebilmekteydi. Ancak, 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı Kanunun 2. maddesiyle, Türk Ticaret Kanunu'nun⁶⁰ 5. maddesinin (3). ve (4). fıkraları değiştirilmiş, asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki, iş bölümü ilişkisinden görev ilişkisine dönüştürülmüştür⁶¹. Dolayısıyla, her iki mahkeme de, uyuşmazlığın ticari dava⁶² olup olmadığını re'sen dikkate alabilecek ve davacının ilk itirazına gerek duymadan, davanın her aşamasında görevsizlik kararı vererek davayı usulden reddedebilecektir. Bu gelişmelere paralel olarak, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, hangi mahkemelerin görevli olduğu meselesinin

⁶⁰ Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.1.2011: RG 14.2.2011/27846.

⁶¹ Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6335, Kabul Tarihi: 26.6.2012: RG 30.6.2012/28339.

⁶² Ticari dava kavramı için bkz. BAHTİYAR, s. 74-78.

önemi, usul hukuku yönünden daha da artmış ve doktrinde fikir ayrılıklarına neden olmuştur.

Doktrinde baskın olan ve tarafımızca da benimsenen görüşe göre ise MÖHUK'un 60(2). maddesinden anlaşılması gerekenin; yabancı hakem kararlarının tenfizinde görevli mahkemenin, uyuşmazlığın niteliğine bağlı olarak; asliye hukuk, asliye ticaret veya asliye mahkemelerinin türevleri niteliğinde olan özel nitelikli mahkemelerden herhangi birisi olmasıdır⁶³. Dolayısıyla, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında görevli mahkeme belirlenirken, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği değerlendirilerek, Türk hukukuna göre görevli mahkeme tespit edilmeli ve yargılama, tespit edilen mahkeme tarafından yürütülmelidir. Örneğin; her iki tarafın da ticari işletmesinden doğan bir uyuşmazlığı karara bağlamış bulunan bir hakem kararının, Türkiye'de tenfizi talep edildiğinde; tenfiz yargılaması, asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir. Çünkü, TTK'ya göre, her iki tarafın ticari işletmesinden doğan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, asliye ticaret mahkemesidir. Bunun yanında, eğer uyuşmazlığın konusu özel nitelikli ihtisas mahkemelerinin görev alanına giriyorsa, bu durum karşısında görev açısından yetkili mahkeme, ilgili ihtisas mahkemesidir. Nitekim, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, 27.11.2008 tarihli kararında⁶⁴, deniz ticareti hukukunu ilgilendiren yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarının, denizcilik ihtisas mahkemelerinde açılabileceğine karar vermiştir. Ayrıca, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.3.2013 tarihli kararında⁶⁵, yabancı mahkeme kararlarına ilişkin

⁶³ Bu yöndeki görüşler için bkz. EKŞİ, s. 42; KURU, s. 6209; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 475; DAYINLARLI, s. 67; Şanlı'ya göre ise, MÖHUK'un 60(2). maddesinde sözü geçen asliye mahkemesi kavramı, açıkça asliye hukuk mahkemesini işaret etmekte ve bu prensipten hareketle, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında görev açısından tek yetkili mahkemenin, asliye hukuk mahkemesi olarak kabul edilmesi gereklidir. Ancak Şanlı bu görüşünü, 5235 sayılı kanunun 5. maddesinin değişikliğe uğraması üzerine değiştirmiş ve yabancı hakem kararlarının tenfizinde yetkili mahkemenin yalnızca asliye ticaret mahkemesi olduğu yönünde görüş bildirmiştir bkz. ŞANLI, s. 396.

⁶⁴ 20. HD, E. 2008/15631, K. 2008/16857, T. 27.11.2008: EKŞİ Nuray, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 157-159.

⁶⁵ 11. HD, E. 2013/3171, K. 2013/4944, T. 13.3.2013: EKŞİ, s. 45.

MÖHUK'un 51. maddesinde, asliye hukuk mahkemesi yerine asliye mahkemesi kavramı kullanıldığı için, asliye ticaret mahkemelerinin de görev açısından yetkili olduğu sonucuna varmıştır. Yabancı hakem kararları ile yabancı mahkeme kararlarının tenfizi oldukça paralel konular olduklarından, her iki konu hakkında verilmiş yargı kararlarının, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde birbirlerine emsal olarak gösterilmesi mümkündür. Böylece, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.3.2013 tarihli kararı, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin davalarda da yol gösterici olacaktır.

Adli yargı ilk derece mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Kanunun⁶⁶ 5. maddesi, 28.6.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanunun⁶⁷ 45. maddesiyle değişikliğe uğramış ve asliye ticaret mahkemelerinde görülecek belirli konuları içeren davalara, bir başkan ve iki üyeden oluşan heyet tarafından bakılacağı esası getirilmiştir. 5235 sayılı Kanunun 5(4). maddesine göre, asliye ticaret mahkemelerinde görülecek olan yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, yargılama heyetçe yürütülecektir. Söz konusu değişiklik sonucunda, yabancı hakem kararlarının tenfizinde görev açısından yetkili mahkemenin, yalnızca asliye hukuk mahkemesi olduğu görüşü geçerliliğini yitirmiş ve söz konusu davalarda, asliye ticaret mahkemelerinin de görevli olduğu tartışmaya yer vermeyecek ölçüde kesinliğe kavuşmuştur. İlgili kanun hükmü ile, ilk bakışta yabancı hakem kararlarına ilişkin tüm tanıma ve tenfiz davalarının, asliye ticaret mahkemelerinde görüleceği⁶⁸ şeklinde yanlış anlaşılmalara yol açabilecek gibi

⁶⁶ Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5235, Kabul Tarihi: 26.9.2004: RG 7.10.2004/25606.

⁶⁷ Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6545, Kabul Tarihi: 18.6.2014: RG 28.6.2014/29044.

⁶⁸ Ancak *Nomer* ve *Şanlı*'ya göre 6545 sayılı kanunun yürürlüğe girmesi ile, tüm yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları asliye ticaret mahkemelerinde görülecektir bkz. *NOMER*, s. 554 ve *ŞANLI*, s. 396.

görünse de, ilgili hükümde ele alınan konu; asliye ticaret mahkemesinin, hangi hallerde heyet olarak yargılama yapacağına ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, bu kanun hükmü, asliye ticaret mahkemelerinin görev alanını değil, yalnızca asliye ticaret mahkemesi heyetinin görev alanını düzenler.

Mahkemelerin görevine ilişkin usul hukuku kuralları, kamu düzenini ilgilendiren emredici hukuk kuralları olduklarından; tenfiz mahkemesi, yargılamanın her aşamasında, görevli olup olmadığını kendiliğinden inceleyebilecektir. Tenfiz mahkemelerince gerçekleştirilen inceleme, yabancı hakem kararlarının esasına girilmesini gerektirmez. Tenfiz mahkemesi; davanın taraflarını ve uyuşmazlık konusunu değerlendirerek, görevli olup olmadığı yönünde bir sonuca varabilecektir. Dolayısıyla; yapılması oldukça basit olan bu görev incelemesi, revizyon yasağına aykırı bir durum olarak nitelendirilmemelidir. Çünkü, tenfiz mahkemesi söz konusu incelemeyi yürütürken, hakem kararının esasına ilişkin bir değerlendirme veya yargılama yapmamaktadır.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde aranan şartlardan biri, tenfizi istenen hakem kararının, Türk kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Aksi halde, yabancı hakem kararının tenfizinden söz edilemez. Yabancı hakem kararının içeriğine bakılarak, tenfiz davalarının; asliye hukuk mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi, iş mahkemesi, denizcilik ihtisas mahkemesi veya fikri ve sınai haklar mahkemesinden birinde açılmasındaki temel amaç, kamu düzeni incelemesinin daha sağlıklı bir şekilde yapılmasıdır. Her mahkeme, kendi görev alanına giren uyuşmazlıklar açısından hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığını daha iyi değerlendirebilir⁶⁹.

⁶⁹ EKŞİ, s. 43.

B. Yetkili Mahkeme

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde yetkili mahkeme MÖHUK'un 60(2). maddesine göre belirlenecektir. Buna göre; yetkili mahkeme, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesidir. Taraflar; yetkili mahkemeyi, tahkim sözleşmesine koyacakları bir yetki şartıyla veya yazılı olmak kaydıyla, müstakil bir yetki sözleşmesiyle belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmadığı takdirde yetkili mahkeme; davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, davalının Türkiye'de yerleşim yeri yoksa; sakın olduğu yer, bu da yoksa; davalının icraya konu teşkil edebilecek mallarının bulunduğu yer mahkemesidir⁷⁰.

MÖHUK'un 60(2). maddesi, yetki kurallarını kademeli bir şekilde düzenlemiştir. Dolayısıyla, yabancı hakem kararlarının tenfizinde yetkili mahkeme tespit edilirken, hükümde belirtilen sıraya uyulmalı ve tenfiz talebi, sıra karıştırılmadan tespit edilen mahkemeye yapılmalıdır. Aksi halde; davalının yetki itirazı üzerine; mahkeme, davayı usulden reddedecektir⁷¹.

Yetki kurallarının tümü sırasıyla takip edilse dahi, yetkili mahkemenin tespit edilememesi durumunda; Türk mahkemelerinin, söz konusu tenfiz davasında yetkili olmadığı sonucuna varılmalıdır. Ancak, MÖHUK'un 60(2). maddesinde yer alan yetki kuralı; kesin değil, ihtiyari yetki kuralı olduğundan, yetkisiz mahkemede açılan davada davalı, yetki itirazını süresi içinde öne sürmezse, mahkeme kendiliğinden yetkili hale gelecektir⁷².

⁷⁰ TTK'nın 1360. maddesine göre bir deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, o deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme veya yabancı hakem kararının tenfizinde; tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması veya geminin serbest bırakılması için 1370 ilâ 1372. maddeler uyarınca yatırılmış teminatın, tenfiz isteminin yapıldığı tarihte mahkeme kasasında bulunması şartıyla yetkilidir.

⁷¹ ŞANLI, s. 395.

⁷² KURU, s. 6210; ŞANLI, s. 395-396; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 102; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 476; 2. HD, E. 2012/9753, K. 2013/4186, T. 20.2.2013 (Kazancı İçtihat Bankası, 22 Ekim 2017).

III.Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Dava Açma Usulü ve Dilekçeye Eklenecek Belgeler

Yabancı hakem kararının tenfizini isteyen taraf; başvurusunu, hazırlayacağı dava dilekçesi ile yetkili mahkemeye yapmalıdır. Söz konusu dilekçede; davacının ve davalının isim, soy isim, adresi ve varsa kanuni temsilcilerinin isim ve soy isimleri, tenfize konu olan hakem kararının tarihi, hakemlerin veya hakem kurulunun adı ve hakem kararının özeti bulunmalıdır. Tenfiz talebi hakem kararının tümüne ilişkin değil de yalnızca bir kısmına ilişkinse, bu kısmın da dilekçede belirtilmesi gereklidir⁷³. Ayrıca, tenfiz talebi yalnızca hakem kararının taraflarından biri veya bunların halefleri tarafından yapılabilir⁷⁴. Hakem kararına taraf olmayan üçüncü kişilerin tenfiz davasında davacı olması veya davalı olarak gösterilmesi mümkün değildir⁷⁵.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde; dilekçeye eklenecek belgeler, tenfiz talebinin MÖHUK'a veya New York Konvansiyonu'na göre yapılmasına göre değişiklik göstermektedir. MÖHUK'a göre yapılan tenfiz başvurularında; dilekçeye eklenecek belgeler MÖHUK'un 61(1). maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; hakem kararının tenfizini isteyen taraf; başvurusuna, karşı tarafın sayısı kadar olmak üzere; tahkim sözleşmesi veya şartının aslı veya usulüne göre onanmış örneğini; hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı nitelik taşıyan aslı veya usulüne göre onanmış örneğini ve bu belgelerin tercüme edilmiş ve usulüne uygun olarak onanmış örneklerini eklemelidir.

New York Konvansiyonu'na göre yapılan tenfiz taleplerinde ise; dilekçeye eklenmesi gereken belgeler, Konvansiyon'un IV. maddesinde düzenlenmiştir.

⁷³ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 102.

⁷⁴ 11. HD, E. 1999/2159, K. 1999/4122, T. 18.5.1999; HGK, E. 2011/121, K. 2011/139, T. 23.2.2000: AKINCI, s. 351.

⁷⁵ AKINCI, s. 351; KALPSÜZ, s. 187.

Belirtilen bu düzenlemeye göre dilekçeye eklenecek belgeler yabancı hakem kararı ile tahkim anlaşmasının asılları veya usulüne göre onanmış örnekleri ve bu belgelerin tercümeleri olarak sayılmıştır. Konvansiyonda, tenfiz dilekçesinin hangi dilde yazılması gerektiğinden söz edilmese de işin mahiyeti gereğince; dilekçenin, tenfiz mahkemesinin bağlı olduğu devletin resmi dilinde yazılması gereklidir⁷⁶. Ayrıca taraflar tahkim anlaşmasını mektup teati ederek akdetmişlerse, davacı bu belgeleri de dosyaya sunmalıdır⁷⁷. Her iki mevzuata göre yürütülen tenfiz davalarında, tercüme ve tasdik konusunda Türkiye'nin Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi'ne taraf olduğu unutulmamalı ve ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁷⁸ 224. maddesi ile Noterlik Kanunu⁷⁹ hükümleri dikkate alınmalıdır⁸⁰.

MÖHUK ve New York Konvansiyonu, dilekçeye eklenecek belgeler yönünden farklılık göstermeleri nedeni ile, tenfiz talebinin hangi mevzuata göre yapıldığına dikkat edilmeli ve dilekçeye, seçilen mevzuatta belirtilen belgeler eklenmelidir. Aksi halde; tenfiz mahkemesinin bu eksikliği tespit ederek, eksikliğin giderilmesi için davacıya süre vermesi gerekecektir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, mahkemelerce talep edilecek harcın miktarı ve hesaplanması konusunda, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır⁸¹. Kuru ve Ekşi'ye göre; 492 Sayılı Harçlar Kanunu'nun⁸² 3. maddesi gereğince, yabancı hakem kararlarının tenfizinde alınacak karar ve ilam

⁷⁶ KALPSÜZ, s. 220.

⁷⁷ KALPSÜZ, s. 220.

⁷⁸ Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.1.2011; RG 4.2.2011/27836.

⁷⁹ Kanun Numarası: 1512, Kabul Tarihi: 18.1.1972; RG 5.2.1972/14090.

⁸⁰ ŞANLI, s. 395.

⁸¹ Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında alınacak harç konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYGÜL Musa, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri, 31(2011)2 MHB, s. 83-89.

⁸² Kanun Numarası: 492, Kabul Tarihi: 2.7.1964; RG 17.7.1964/11756.

harcı, hakem kararının mahiyetine göre nispi veya maktu olarak hesaplanmalıdır⁸³. Bu görüşe paralel olarak, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 29.5.2013 tarihli kararında; bir miktar yabancı paranın ödenmesine ilişkin hakem kararının tenfizi davasında yatırılması gereken harcın; ödenmesine hükmedilen yabancı paranın Türk Lirasına çevrilerek, nispi olarak hesaplanması gerektiği belirtilmiş ve ilk derece mahkemesinde görülen davada, hatalı olarak maktu harç alınması sebebiyle kararı bozmuştur⁸⁴.

Şanlı ise, New York Konvansiyonu hükümlerine göre talep edilen yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında; harç açısından, farklı kuralların uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁸⁵ New York Konvansiyonu'nun III. maddesine göre, Konvansiyon hükümlerine göre yürütülen yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, tenfiz mahkemelerince talep edilecek harç miktarı, milli hakem kararlarının icrası için talep edilen miktarlardan fazla olmamalıdır.⁸⁶ Dolayısıyla, Konvansiyon ile taraf devletlerin, tenfiz davalarında talep edebilecekleri harç miktarı, milli hukuklarında talep edebilecekleri harç miktarı ile sınırlandırılmıştır. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun⁸⁷ 15(B). maddesine göre, mahkemelerce verilen, hakem kararlarının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgeler, herhangi bir harca tabi değildir. Durum böyle olunca, New York Konvansiyonu'na göre yürütülen tenfiz davalarında, Türk mahkemelerinin nispi harç talep etmesi söz konusu olmamalıdır. Bu

⁸³ KURU, s. 6210; EKŞİ, s. 53; Aynı yöndeki görüşler için bkz. YILMAZ Nida, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Harç Meselesi Üzerine İnceleme, 84(2010)5 İBD, s. 2915-2916; PINAR Burak, Yargı ve İcra Harçları, 2. bası, Ankara 2009, s. 167; 492 Sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı tarife gereğince yabancı hakem kararlarının tenfizinde nispi olarak hesaplanan harç yüzde elli oranında uygulanır. Şanlı'ya göre bu durum, tenfiz davalarında nispi harç alınmasının benimsendiğini göstermektedir bkz. ŞANLI, s. 398.

⁸⁴ 19. HD, E. 2013/5305, K. 2013/9912, T. 29.5.2013: 39(2013)10 YKD, s. 2123-2124; Aynı yönde başka Yargıtay kararları için bkz. 19. HD, E. 2012/1885, K. 2012/5598, T. 4.4.2012: 38(2012)6 YKD, s. 1160; 19. HD, E. 2009/5703, K. 2009/825, T. 15.9.2009. (www.kazanci.com).

⁸⁵ ŞANLI, s. 398-401.

⁸⁶ STONE/BALES/COLVIN, s. 847.

⁸⁷ Kanun Numarası: 4686, Kabul Tarihi: 21.6.2011: RG 5.7.2001/24453.

uygulama ile tenfiz yargılamalarında meydana gelebilecek mükerrer harç sorununun önüne geçilebilecektir⁸⁸.

MÖHUK'un 61(2). maddesinin atfıyla; aynı kanunun, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin 55, 56 ve 57. maddeleri, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, kıyas yoluyla uygulanacaktır. MÖHUK'un 55. maddesine göre; tenfiz istemine ilişkin dilekçeler, duruşma günü de belirtilerek karşı tarafa tebliğ edilir ve tenfiz davası, basit yargılama usulüne göre yürütülür. HMK'nın 317. maddesine göre; bu tür davalarda, dava dilekçesine cevap süresi 2 haftadır ve tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verme hakları yoktur⁸⁹. Basit yargılama usulüne göre yürütülen davalarda, tarafların duruşmaya davet edilmesi bir zorunluluk teşkil etmez. Tenfiz mahkemesi, tarafları dinlemeden, doğrudan dosya üzerinden karar verilebilir. Bu sebeple, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, oldukça hızlı kararlar verilebilmesi mümkün gözükse de uygulamada, dosya üzerinden verilmiş kararların sayısı çok azdır⁹⁰.

Davalının, cevap dilekçesinde ileri sürebileceği itirazlar, MÖHUK'un 55(2). maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. İlgili hüküm ile, itiraz sebeplerine ilişkin bir sınırlama getirildiğinden; davalının, bu sebepler dışında esasa ilişkin bir itiraz ileri sürmesi mümkün değildir⁹¹. Davalının ileri sürebileceği itirazların başında; tenfize konu olan hakem kararının, tenfiz şartlarını taşımadığı iddiası gelmektedir. MÖHUK ve New York Konvansiyonu, tenfiz şartlarına ilişkin farklı kurallar öngördüğünden,

⁸⁸ ŞANLI, s. 399-401.

⁸⁹ Şanlı, tenfiz davacısının, davalının cevap dilekçesi ile sunabilecek itirazlarını önceden tahmin ederek, buna uygun bir dava dilekçesi vermek zorunda kalmasını hukuken makul bulmamakta ve davacının, cevaba cevap dilekçesi verememesini hukuki dinlenilme hakkının zedelenmesi şeklinde yorumlamaktadır. Ayrıca Şanlı, basit yargılama usulü kurallarının tenfiz davalarının mahiyeti ile uyuşmadığını belirterek söz konusu aksaklığın tarafların beyan dilekçesi altında dilekçeler vermesi ve bu dilekçelerin mahkeme tarafından dikkate alınması yoluyla aşıldığını belirtmektedir bkz. ŞANLI, s. 401.

⁹⁰ Yabancı mahkeme kararlarının tanınması davasında, dosya üzerinden verilmiş bir karar ve ayrıntılı incelemesi için bkz. EKŞİ, s.107-108.

⁹¹ KALPSÜZ, s.188.

söz konusu itirazın değerlendirilmesinde, tenfiz talebinin hangi mevzuata dayanılarak yapıldığının büyük önemi vardır. Davalı; ayrıca, yabancı hakem kararının kısmen veya tamamen yerine getirildiği; yahut yerine getirilmesinde engel bir durumun ortaya çıktığı iddialarıyla da itirazda bulunabilir.

Davacının dilekçesine eklemesi gereken belgeleri eklememesi veya eksik belge ile başvuruda bulunması halinde, davalı tarafça, bu eksikliğe ilişkin bir itirazın yapılması MÖHUK'un 55(2). maddesine aykırılık teşkil etmez. Çünkü, MÖHUK'un 55(2). maddesi ile getirilen sınırlama, esasa ilişkin itirazları düzenleyen bir hükümdür. Dilekçeye eklenecek belgelerde eksiklik gibi usul hukukunu ilgilendiren itirazlar söz konusu olduğunda, MÖHUK'un 55. maddesinde belirtilen sınırlamanın devreye gireceğinden bahsetmek mümkün değildir. Ayrıca, davalı tarafça tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmüş ancak reddedilmiş ödeme savunmaları, tenfiz yargılamasında tekrar ileri sürülemez. Ödemelerin tahkim yargılaması tamamlandıktan sonra yapıldığına ilişkin itirazlar ise, tenfiz mahkemesi tarafından değerlendirilmelidir⁹². Dolayısıyla, tenfiz yargılaması esnasında yapılan ödeme itirazlarının değerlendirilmesinde, itirazın tahkim yargılaması sırasında yapılıp yapılmadığının ve ödeme tarihlerinin dikkatlice incelenmesi, yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından oldukça önem taşımaktadır.

Tenfiz mahkemesi; MÖHUK'un 56. maddesine göre hakem kararının kısmen veya tamamen tenfizine karar verebileceği gibi, tenfiz isteminin reddi yönünde de karar verebilir. Konvansiyon'un V(1)(c) maddesine göre ise kısmi tenfiz, hakemlerin yetkilerini aşmaları halinde, yetki dahilinde verilen kısım için söz konusudur. Ancak *Born*, isabetli olarak, Konvansiyon'un kaleme alınış tarzından, kısmi tenfizin yalnızca

⁹² DEYNEKLİ Adnan, Türkiye'de yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar, International Conference On Eurasian Economies St. Petersburg-Russia 17-18 September 2013, İstanbul 2013, s. 897.

yetki aşımı söz konusu olduğunda uygulandığı yönünde yanlış anlaşılmaması gerektiğini ve kısmi tenfiz diğer durumlarda da mümkün olduğunu belirtmiştir.⁹³

Tenfiz talebinin kısmen kabul edilmesi halinde, yalnızca tenfiz kararı verilen bölümün Türkiye’de icra olunabilmesi mümkündür. Mahkemenin tenfiz talebini reddetmesi halinde ise, söz konusu hakem kararının, Türkiye’de icra edilmesi mümkün olmayacak ve hakem kararı kesin hüküm ile kesin delil etkilerine kavuşamayacaktır⁹⁴. Ancak bu durum, söz konusu hakem kararının, ileride açılacak bir davada takdiri delil olarak mahkemeye sunulmasına engel değildir⁹⁵.

MÖHUK’un 57(1). maddesine göre tenfizine karar verilen yabancı hakem kararları, Türk mahkemelerince verilmiş ilamlar gibi icraya konulur. Hakkında tenfiz kararı verilmiş bir hakem kararının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi talep edildiğinde, icra makamlarınca alınacak harcın miktarı hesaplanırken; tenfiz yargılamasının, MÖHUK’a veya New York Konvansiyonu’na göre mi yürütülmüş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Tenfiz edilmiş hakem kararlarında alınacak icra harçları, Türk mahkemelerince verilmiş ilamların icrası esnasında alınacak harçlar ile aynıdır. Dolayısıyla, tenfiz davalarında alınacak yargılama harçlarına ilişkin, doktrinde görüş birliği bulunmamakta ise de tenfiz edilmiş yabancı hakem kararlarının cebri icrası sırasında alınacak icra harçları açısından, tartışma konusu olacak herhangi belirsizlik bulunmamaktadır.

MÖHUK’un 57(2). maddesine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, mahkemelerce verilmiş kararların temyizi, genel hükümlere tabidir. Böylece, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin mahkeme kararlarına karşı

⁹³ BORN, s. 3433-3434.

⁹⁴ AKINCI, s. 355-356.

⁹⁵ KALPSÜZ, s. 222.

temyiz yolu açık olduğu gibi karar düzeltme yolu da açıktır⁹⁶. Tenfiz mahkemelerince verilmiş kararların temyizi, icrayı durdurmaktadır. Başka bir ifadeyle, hakkında tenfiz kararı verilmiş yabancı hakem kararları, kesinleşmeden icraya konulamazlar. Temyiz yargılamasının devam etmesi nedeniyle mahkeme kararını icraya koyamayan tarafın, ihtiyati haciz kararı alarak, hükmün icrasını sağlaması mümkündür⁹⁷. İhtiyati haciz kararı verilirken, bu tedbirin gerekli olduğuna ilişkin oldukça önemli sebeplerin var olması gereklidir ve mahkemece ihtiyati haciz şartlarının var olup olmadığı, dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir⁹⁸. Aksi halde MÖHUK'un 57(2). maddesi ile getirilen temyizicinin icrayı durdurması kuralının altında yatan amaç bertaraf edilmiş olacaktır⁹⁹.

IV. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Teminat Yatırma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İstisnaları

Türk hukukunda; dava açma, davaya katılma veya icra takibi başlatma işlemlerinde kural olarak herhangi bir teminat talep edilmese de bazı istisnai hallerde, davacının söz konusu işlemlere başlayabilmesi için teminat göstermesi gereklidir¹⁰⁰. Mahkemelerce veya icra müdürlüklerince talep edilen bu teminatın amacı; davacının haksız çıkması halinde, karşı tarafın veya hazinenin uğrayacağı zararların karşılanabilmesidir¹⁰¹.

⁹⁶ KURU, s. 6212.

⁹⁷ 6. HD, E. 2014/3906, K. 2014/4941, T. 14.4.2014: YKD, Haziran 2014, s.1193-1195; 11. HD, E. 2009/1257, K. 2009/4167, T. 6.4.2009: AKINCI, s. 360; 11. HD, E. 2009/7952, K. 2009/9703, T. 21.10.2009: DEYNEKLİ Adnan/SALDIRIM Mustafa, Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 3. bası, Ankara 2011, s. 762.

⁹⁸ Tenfiz davalarındaki ihtiyati haciz konusu ve şartları için bkz. UYAR Cüneyt, Kesinleşmemiş Tenfiz İlamına Dayanılarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir Mi?, 86(2012)3 İBD, s. 295-395.

⁹⁹ AKINCI, s. 360.

¹⁰⁰ Türk Milletlerarası Usul Hukuku'nda teminata ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÇALIŞKAN Zeynep, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, İstanbul 2013, s. 33-96; TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, 12(2010)2 DEÜHFD, s. 183-220.

¹⁰¹ KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. bası İstanbul 2001, s. 4154; ŞANLI, s. 153; NOMER, s. 490; ÇALIŞKAN, s.30.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde hangi hallerde teminat yatırılacağına tespiti için HMK veya MÖHUK'a bakılmalıdır¹⁰². Teminat yükümlülüğü tespit edilirken, bu kanunlardan hangisine başvurulacağı; yalnızca, davacının özelliklerine göre belirlenir. Davalının nitelikleri teminat yükümlülüğü açısından dikkate alınmaz. Çünkü teminat, sadece davacı tarafından gösterilmesi gereken bir güvencedir¹⁰³.

HMK'nın 84(1). maddesinin (a) fıkrasına göre; Türkiye'de mutad meskeni olmayan bir Türk vatandaşı dava açmak istediğinde, mahkemece belirlenecek bir teminat göstermesi gereklidir. Dolayısıyla, yabancı hakem kararının tenfizini isteyen davacı, Türk vatandaşı olup Türkiye'de mutad meskeni bulunmuyorsa; HMK'nın 84. maddesine göre, tenfiz mahkemesi tarafından belirlenecek uygun bir teminat göstermelidir. Ancak, taraflar arasında teminatın şekline ilişkin bir sözleşme varsa, teminat bu sözleşmeye uygun olarak belirlenmelidir¹⁰⁴.

MÖHUK'un 48. maddesine göre ise, Türk mahkemelerinde dava açan yabancı gerçek veya tüzel kişi, yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zarar ve ziyanlarını karşılayacak miktarda, mahkemece belirlenecek uygun bir teminat göstermelidir. Görüldüğü gibi, MÖHUK'ta düzenlenen teminat yükümlülüğü, davacının yabancılık sıfatına bağlanmıştır¹⁰⁵. HMK'da düzenlenen teminat yükümlülüğü ise Türk vatandaşının, mutad meskenine göre belirlenmektedir.

Gerçek kişiler bakımından yabancı, Türk Vatandaşlığı Kanunu'na¹⁰⁶ göre Türk vatandaşı sayılmayanlardır. Vatansızlar ve mülteciler de söz konusu kanuna göre Türk vatandaşı sayılmadıklarından; tenfiz davası açarken, MÖHUK'un 48. maddesi

¹⁰² Türk hukukundaki diğer teminat yükümlülükleri için bkz. OKUR Mustafa, Adli Teminat, Ankara 2011.

¹⁰³ NOMER, s. 491.

¹⁰⁴ ŞANLI, s. 156.

¹⁰⁵ NOMER, s. 491; ÇALIŞKAN, s. 31.

¹⁰⁶ Kanun Numarası: 5901, Kabul Tarihi: 25.5.2009; RG 12.6.2009/27256.

uyarınca teminat yatırmakla yükümlüdürler¹⁰⁷. Türk vatandaşlığının yanında başka bir ülke vatandaşlığına da sahip çifte vatandaşların, yalnızca Türk vatandaşlıkları dikkate alınır. Bu kişiler, Türkiye’de ikamet etmekte veya Türkiye’de mutad meskenlerinin bulunması halinde, teminat ödemekle yükümlü tutulamazlar. Tüzel kişiler açısından yabancılık ise, MÖHUK’un 9(4). maddesine göre belirlenir. Hükme göre, statülerindeki idare merkezi Türkiye olmayan tüzel kişiler, Türk vatandaşı sayılamazlar ve MÖHUK’un 48. maddesine göre teminat ödemekle yükümlü tutulurlar¹⁰⁸.

MÖHUK’un 48. maddesi ile getirilen teminat yükümlülüğü, yargılama ve takip giderlerini kapsamakta ve aynı zamanda devlet alacaklarını da güvence altına almakta olduğundan, kamu düzenine ilişkindir ve mahkemelerce, davanın her aşamasında re’sen dikkate alınmalıdır¹⁰⁹. HMK’da düzenlenen teminat yükümlülüğü ise, HMK’nın 114. maddesine göre dava şartları arasında sayıldığından, davanın her aşamasında mahkemece re’sen dikkate alınacağı açıktır.

Teminat yükümlülüğünün istisnaları konusunda, HMK ve MÖHUK birbirlerinden farklı hükümler içermektedirler. HMK’nın 85. maddesine göre; davacının adli yardımdan faydalanması; yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya ayni teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması; davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması; ilama bağlı alacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması; hallerinde davacı, teminat göstermek zorunda kalmayacak ve teminat yükümlülüğünden muaf tutulacaktır. İlgili hükümde, davacının ikamet ettiği devlet ile Türkiye arasında,

¹⁰⁷ Mavi karta sahip Türk asıllı kişilerin teminat yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TÖTÖNCÜBAŞI, s. 214-217.

¹⁰⁸ ŞANLI, s. 155; NOMER, s. 492.

¹⁰⁹ ŞANLI, s. 157; Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. ŞANLI, s. 156 dipnot 174; NOMER, s. 492 dipnot 221.

teminatta muafiyeti düzenleyen bir milletlerarası antlaşmanın varlığı halinde, davacının teminattan muaf tutulup tutulmayacağı belirtilmese de, hakimın söz konusu milletlerarası antlaşmayı dikkate alarak; davacıyı, teminattan muaf tutması gerektiği açıktır¹¹⁰. Aksi halde, Türk mahkemesinin teminata ilişkin bu kararı, milletlerarası antlaşmaya aykırılık teşkil eder ve bozma sebebi doğurur.

MÖHUK'ta düzenlenen teminatın istisnaları ise, MÖHUK'un 48(2). maddesinde düzenlenmektedir. Hükme göre; davacının, teminattan muaf tutulabilmesi için Türkiye ile davacının vatandaşı olduğu devlet arasında bu konuda bir karşılıklılık bulunması gereklidir. Bu karşılıklılık, kanuni olabileceği gibi fiili de olabilir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu mütekabiliyetin niteliği hakkında bir ayrıma gitmekten kaçınarak, olumlu bir tutum sergilemiştir. Bunun yanında; MÖHUK'un 1(2). maddesi ile, milletlerarası antlaşma hükümleri saklı tutulduğundan, davacının vatandaşı olduğu devlet ile Türkiye arasında teminattan muafiyeti düzenleyen bir antlaşmanın varlığı halinde, davacı teminattan muaf tutulacaktır. Türk mahkemesince, teminata ilişkin bir karşılıklılık veya milletlerarası bir antlaşma tespit edilirse, davacının teminattan muaf tutulması bir zorunluluk olup bu konuda hakime takdir yetkisi verilmemiştir. Aynı şekilde, mahkemece teminata ilişkin bir karşılıklılık veya milletlerarası antlaşma tespit edilmezse; mahkeme, davacıyı teminat göstermekle yükümlü tutmak zorundadır¹¹¹. Herhangi bir devlet vatandaşlığına sahip olmayan vatansızlar veya hiçbir ülke ile organik bağı bulunmayan uluslararası kurumların, teminattan muaf tutulmamaları söz konusu değildir. Çünkü bu kişiler hakkında, ne karşılıklılığın ne de milletlerarası antlaşmanın mevcudiyetinden söz edilmesi mümkün değildir¹¹².

¹¹⁰ ŞANLI, s. 158; TÜTÜNCÜBAŞI, s. 206-207.

¹¹¹ NOMER, s. 494.

¹¹² ŞANLI, s. 166.

İkinci Bölüm

YABANCI HAKEM KARARLARININ

TENFİZİNE İLİŞKİN ŞARTLAR

I. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine İlişkin Önşartlar

Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin önşartlar; MÖHUK'un 60(1). ve New York Konvansiyonu'nun I. maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmektedir. Tenfiz davasına konu olan hakem kararlarının söz konusu maddelerdeki şartlara uygun olmamaları halinde, Türkiye'de tenfiz edilmeleri söz konusu olamaz. Tenfiz davasına bakan mahkeme, tenfizin esasa ilişkin şartlarını incelemeye geçmeden önce tenfize ilişkin önşartların yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmeli ve yargılamayı bu sıraya uygun şekilde yürütmelidir. Aksi halde, yargılamalar gereksiz yere uzayacak ve tahkimden beklenen hızlı yargılama ve hızlı sonuç elde etme imkanlarından yararlanılması mümkün olmayacaktır. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin önşartlar, tenfizin MÖHUK veya New York Konvansiyonu hükümlerince talep edilmesine göre farklılık göstereceğinden; konu, her iki mevzuat açısından, ayrı ayrı ve ayrıntılı bir şekilde incelenmelidir.

A. Tenfize Konu Hakem Kararının Yabancı Olması

1. MÖHUK'a Göre Yabancı Hakem Kararı Kavramı

a. Genel Bilgi

MÖHUK'un 60. maddesine göre yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin önşartlardan biri, tenfizi istenen hakem kararının, yabancı bir hakem kararı olmasıdır. Ancak, ilgili maddede; yabancı hakem kararından söz edilmiş olsa da, yabancı hakem kararı kavramından ne anlaşılması gerektiğine yer verilmemiştir. Bu sebeple, tenfiz

mahkemesi hakimi, davaya konu olan hakem kararının yabancı olup olmadığını tespit etmelidir¹¹³.

Milletlerarası tahkimde, hangi kararların yabancı hakem kararı olarak nitelendirileceği konusunda mukayeseli hukukta bir yeknesaklık bulunmamakla birlikte, yabancı hakem kararı kavramı, her devletin kendi iç hukuk kurallarına göre belirlenmektedir¹¹⁴. İşte bu yüzden, yabancı hakem kararı kavramı, genel geçer bir ifade ile açıklanamamaktadır. Bu duruma sebep olan unsurun, lex fori prensibi olduğu, tartışmaya yer vermeyecek şekilde açıktır.

Neredeyse tüm hakem kararlarının ait olduğu milli bir hukuk bulunmakta ve hakem kararları, ait oldukları devletin milli hukuklarına göre adlandırılmaktadırlar¹¹⁵. Örneğin, Türk hukukuna tabi bir hakem kararı, Türk hakem kararı olarak adlandırılacak ve bu kararın Türkiye’de icrası için tenfiz edilmesine gerek duyulmayacaktır. Ancak doktrinde bazı yazarlar, yabancı hakem kararlarından farklı olarak, milletlerarası hakem kararlarının da mevcut olduğu görüşündedirler¹¹⁶. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre milletlerarası hakem kararları; bir hukuk sistemi ile ilişkilendirilmeleri mümkün olmayan ve bu sebeple de herhangi bir devletin milli hukukuna tabi olmayan hakem kararlarıdır¹¹⁷. Gerçekten de, hiçbir devletin milli

¹¹³ ÜNAL Şeref, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası, Avrupa(Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu 10 Mayıs 1990, Ankara 1990, s. 58; KALPSÜZ, Hakem Kararı Kavramı, s. 40.

¹¹⁴ KURU, s. 6136; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 35; NOMER, s. 551-552; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 462.

¹¹⁵ KURU, s. 6136.

¹¹⁶ Bu yöndeki görüşler için bkz. BİRSEL/BUDAK, s. 207; ÇELİKEL/ERDEM s. 783; Yabancı ve milletlerarası hakem kararı şeklinde bir ayrım olmadığını savunan aksi yönde bir görüş için bkz. KURU, s. 6136; Akıncı ve Şanlı ise aksi görüşte olup, milletlerarası hakem kararlarının, milli hakem kararları dışında kalan ve milletlerarası ticari uyumsuzluklara ilişkin tüm hakem kararlarını ifade ettiğini savunmaktadır bkz. AKINCI, Tenfiz, s. 36-39 ve ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 28-33.

¹¹⁷ Ayrıca, milli hukuklardan ayrı olarak yeni bir milletlerarası hukukun doğmuş olduğunu ve bu sözde hukuka tabi hakem kararlarının, milletlerarası hakem kararı olarak adlandırılması görüşü mevcuttur. Bu görüşün altında yatan husus, milletlerarası ticaret camiasının kendi hukukunu yaratacak kadar teşkilatlanmış olması varsayımdır (NOMER, s. 551 dipnot 340 ve bu dipnotta adı geçen eserler).

hukukuna ait olmayan hakem kararlarından söz etmek mümkündür. Örneğin, kendine özgü tahkim usulleri bulunan milletlerarası tahkim kuruluşları tarafından verilen hakem kararlarının, herhangi bir milletin hakem kararı olarak adlandırılmaları mümkün değildir¹¹⁸.

Hiçbir devletin milli hukukuna ait olmayan bu hakem kararlarının varlığı kabul edilse dahi söz konusu hakem kararları, Türk hakem kararı sayılamayacaklarından, Türkiye’de hakem kararı olarak hüküm ifade edebilmeleri için tenfiz edilmeleri gereklidir¹¹⁹. Sonuç olarak; hakem kararlarının, milletlerarası veya yabancı hakem kararı olarak bir ayrıma tabi tutulması, Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından önem teşkil etmez¹²⁰.

Yerli ve yabancı hakem kararlarının icrası, birbirlerinden oldukça farklı hükümlere tabidir. Bu yüzden mahkeme, önüne gelen hakem kararının milliyetini tespit etmeli ve ona göre bir yargılama yürütmelidir. Ayrıca, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin diğer önşartlardan olan kesinleşme ve icra kabiliyetinin değerlendirilmesi için, hakem kararının milliyetinin, kesin olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü, yabancı bir hakem kararının kesinleşip kesinleşmediği veya icra kabiliyeti kazanıp kazanmadığı, hakem kararının milliyetinin hukuk kurallarına

¹¹⁸ KURU, s. 6235; Çelikel ve Erdem’e göre ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından verilen tüm kararlar milletlerarası hakem kararlarıdır bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 784.

¹¹⁹ KURU, s. 6136.

¹²⁰ Ancak söz konusu ayırım, mülga 2675 sayılı MÖHUK döneminde oldukça önemli bir farklılık yaratmaktaydı. O dönemde, tenfize ilişkin şartlardan biri karşılıklılık olup, bu görüş uyarınca, milletlerarası hakem kararlarının tenfizi davalarında, yabancı hakem kararlarının tenfizinden farklı olarak, mütekebbiliyet şartının aranmaması gerektiği savunuluyordu bkz. BİRSEL/BUDAK, s. 207. Kanaatimizce, milletlerarası ve yabancı hakem kararı kavramları arasında böyle bir fark olduğunu savunan görüş, durumu mütekebbiliyet açısından değerlendirerek, böyle bir sonuca varmaktaydı. Ayrıca bu görüşten farklı olarak, hiçbir devletin milliyetini taşımayan bu milletlerarası hakem kararlarının, MÖHUK’a göre tenfiz edilmelerinin mümkün olmadığı yönünde bir görüş de mevcuttu bkz. KURU, s. 6226. Ancak 5718 sayılı MÖHUK’un yürürlüğe girmesi ile, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, mütekebbiliyet şartının aranmasından vazgeçildiği için, söz konusu ayırımın, pratik bir önemi kalmamıştır.

göre belirlenecektir¹²¹. Ancak kanun koyucu, milletlerarası, diğer bir ifadeyle herhangi bir milliyeti olmayan, hakem kararlarının MÖHUK'a göre tenfizinde, kesinleşme ve icra kabiliyeti şartlarının tespit edilebilmesinin mümkün olmadığını fark etmiştir. Bunun üzerine kanuna bağlayıcılık şartı eklenerek, milletlerarası hakem kararlarının da MÖHUK kapsamında tenfiz edilebilmeleri mümkün kılınmıştır.

Birçok farklı hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukukunda da, hangi hakem kararlarının yabancı hakem kararı sayılacağı konusunda, birçok farklı görüş ortaya atılmış olmasına rağmen, kesin bir sonuca varılamaması nedeni ile, uygulamada yaşanan bu belirsizlik, Yargıtay kararları ile çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ancak; Yargıtay, konu hakkında istikrarlı kararlar veremediğinden; Türk hukukunda, hangi kararların yabancı hakem kararı sayılması gerektiğine ilişkin kesin bir sonuca ulaşmak da mümkün değildir¹²². Çalışmanın devam eden bölümlerinde, hakem kararlarının milliyetinin tayininde kullanılan kıstaslara yer verilecek ve bu kıstasların detaylı bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

b. Hakem Kararlarının Yabancılığının Tespitinde Kullanılan Kıstaslar

aa. Hakem Yargılamasındaki Tarafların Vatandaşlıkları

Yabancı hakem kararlarının tespitinde, bir tarafın veya her iki tarafın Türk vatandaşı olup olmadığına bakılarak, hakem kararının yabancı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varmak mümkün değildir. Çünkü, her iki tarafın da farklı vatandaşlıklara sahip olmaları veya tarafların, birden çok vatandaşlığa sahip çifte vatandaş olmaları, hatta tarafların vatansız olmaları dahi mümkündür. Dolayısıyla,

¹²¹ KALPSÜZ, s. Yabancı Hakem Kararı Kavramı, s. 36-38; KURU, s. 6134.

¹²² NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 79; ÜNAL, s. 58.

tahkim yargılamasının taraflarına bakılarak hakem kararına yabancılık vasfı tayin etmek tek başına yeterli değildir¹²³.

Vatandaşlık kıstası kullanılarak tutarlı bir sonuca ulaşılamayacak olsa da İtalya ile Türkiye arasında imzalanan; Adli Himaye, Adli Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Müzaheret ve Adli Kararların Tenfizi Muhavelesi'nin¹²⁴ 22. maddesi, yabancı hakem kararlarının tespitinde, tarafların vatandaşlığı kıstasını benimsemiştir. Bu hükme göre, her iki taraftan herhangi birinin vatandaşları veya bir tarafla diğer taraf vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklarda, hakemler tarafından verilen kararlar, yabancı hakem kararı sayılacaktır¹²⁵.

bb. Hakemlerin Vatandaşlıkları

Hakemlerin vatandaşlıklarına bakılarak yabancı hakem kararlarının tespiti mümkün değildir. Çünkü, aynı tarafların vatandaşlıkları kıstasında olduğu gibi, hakemlerin de farklı milletten olmaları, çifte vatandaş veya vatansız olmaları mümkündür. Nitekim, Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarından¹²⁶ da görüleceği üzere, hakemlerin vatandaşlıklarının, yabancı hakem kararlarının tespitinde bir kıstas olarak kullanılması mümkün değildir¹²⁷.

cc. Hakem Kararının Verildiği Yer Kıstası (Toprak İlkesi)

Toprak ilkesine göre; hakem kararı hangi devletin sınırları içerisinde verilmiş ise yabancılık vasfı, kararın verilmiş olduğu devlete göre tayin edilir. Örneğin, Almanya'da verilmiş bir hakem kararı, bu görüşe göre Alman devletinin yargı egemenliğine ait olup bu devletin milliyetini taşıyacağından, Alman hakem kararı olarak adlandırılacaktır. Bu kıstasın altında yatan temel prensip, hakem kararlarının

¹²³ KURU, s. 6147; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 79.

¹²⁴ RG 3.3.1929/1133.

¹²⁵ KURU, s. 6147-6148; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 79.

¹²⁶ HGK, E. 1951/126, K. 1951/109, T. 07.11.1951: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 488-489; 11.HD, E. 78/5258, K. 78/5916, T. 28.12.1978: 10(1979)1 BATİDER, s. 228-232.

¹²⁷ KURU, s. 6148.

akdi nitelikten ziyade kazai nitelik taşıdıkları ve bu sebeple, yalnızca verildikleri ülkelerin yargısal tasarrufu altında oldukları görüşüdür¹²⁸. Türkiye'nin de taraf olduğu bazı milletlerarası antlaşmalarda, toprak ilkesi esasının benimsendiği görülmektedir. Nitekim, Türkiye ile Avusturya arasındaki Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyyeye Mütteallik Mütakabil Münasebetlere ve Adli Kararların Tenfizine Ait Mukavelename'nin¹²⁹ yürürlükten kaldırılan 20. maddesine göre, hakem kararlarının tespitinde, toprak ilkesi kıstasına başvurulmalıdır¹³⁰.

Yargıtay, 10.3.1976 tarihli kararında¹³¹, yabancı hakem kararlarının tespitinde toprak ilkesi esasının uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiştir¹³². Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü, tahkim yargılamalarının, yalnız tek bir yerde yürütülmesi ve kararların sadece burada verilmesi bir zorunluluk değildir. Tahkim yeri, coğrafi bir kavramdan ziyade, usuli bir kavramdır¹³³. Nitekim, tahkim yargılamaları, farklı tarihlerde veya farklı ülkelerde de yürütülebilir. Ayrıca, tarafların tahkim yerini kararlaştırmadıkları hallerde ise, tahkim yeri tesadüfi şekilde belirlenecektir¹³⁴. Dolayısıyla, hakem kararlarının hangi devlete ait olduğu tespit edilirken, toprak ilkesi yalnız başına bir kıstas olarak değerlendirilmemelidir. Nitekim Yargıtay, isabetli bir şekilde bu kıstasın, tek başına yabancı hakem kararlarının tespitinde yeterli olamayacağını fark etmiş ve hatalı kararından dönmüştür.

¹²⁸ KALPSÜZ, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, s. 44; SAKMAR, s. 30-31; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 62.

¹²⁹ RG 4.8.1931/1864.

¹³⁰ KURU, s. 6153.

¹³¹ 15. HD, E. 1975/1617, K. 1976/1052, T. 10.3.1976: KORAL Rabi, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Hıfzı Timur Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 473-489.

¹³² Kararın ayrıntılı bir incelemesi ve değerlendirmesi için bkz. KORAL, Hakemliğin Milliyeti, s. 419-472.

¹³³ AMRO, s. 7.

¹³⁴ ÜSTÜNDAĞ Saim, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 6-7; KURU, s. 6154-6155; AKINCI, Tenfiz, s. 10.

**dd.Hakem Kararlarının Otoritesi Altında Verildiği Kanun Kıtası
(Usul Hukuku İlkesi)**

Yabancı hakem kararlarının tayininde kullanılan, hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun kıtasına göre, hakem yargılaması hangi devletin usul hukukuna göre yürütüldüyse, hakem kararı o devletin hakem kararı sayılacaktır.¹³⁵ Hakem kararlarının akdi nitelikte olduğu kabul edildiğinde, tarafların tahkimde esasa ve usule uygulanacak hukuku serbestçe tayin etmeleri mümkündür. Nitekim MÖHUK'un 62(e), (f) ve (h), maddelerinde; tahkimin tabi tutulacağı kanun, taraf iradelerine bırakılmış ve böylece hakem kararlarının milliyetinin tespitinde taraf iradelerinden yola çıkılabileceği görüşü desteklenmiştir¹³⁶.

Hakem kararının milliyetinin tespitinde tahkim yargılamasının esasına uygulanan kanun değil, usulüne uygulanan kanun kriteri esas alınmalıdır¹³⁷. Çünkü tahkim yargılaması, usul hukuku uygulanan devletin hukuk sistemi temellerine dayandırılarak sürdürülmüş ve bu hukuk sisteminin emredici kurallarına aykırılık teşkil etmeden yürütülmüştür. Dolayısıyla, hakem kararlarının milliyetinin tespitinde, otorite kanunu kriteri esas alınmalıdır¹³⁸. Örneğin, Türk hakem kararı olarak nitelendirilen hakem kararları, tahkim usulüne Türk hukukunun uygulandığı hakem kararlarıdır. Buradan yola çıkılarak, Türk usul hukuku kurallarına göre yürütülmeyen bir tahkim yargılaması sonunda verilmiş hakem kararlarının, Türk hukukuna göre yabancı hakem kararı sayılacakları açıktır¹³⁹.

¹³⁵ BERMANN, s. 13.

¹³⁶ NOMER, s. 552; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 80-81.

¹³⁷ KURU, s. 6156; ÜNAL, s. 60; Tahkimde esasa uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 105 vd.

¹³⁸ ŞANLI, s. 393.

¹³⁹ NOMER, s. 552; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 80; AKINCI, Tenfiz, s. 35-36.

Nitekim Yargıtay, 1951 yılında, yabancı hakem kararlarının tespitine yönelik verdiği meşhur Arjantin kararında¹⁴⁰; yabancı hakem kararlarının tespitinde, hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun kıstasının kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu karar, Türk hukukunda bir ilki teşkil etmekte olduğundan, hakem kararlarının tenfizi açısından oldukça önem arz etmektedir. Yargıtay, ilerleyen dönemde de bu görüşünü destekler ve teyit eder nitelikte kararlar¹⁴¹ verdiği gibi, yukarıda açıklandığı üzere toprak ilkesini savunduğu bir karar da vermiş; ancak, daha sonra bu hatalı içtihadından dönmüştür¹⁴².

ee. Toprak İlkesi ile Hakem Kararının Otoritesi Altında Verildiği Kanun Kıstasının Birlikte Uygulanması

Yabancı hakem kararlarının tespitinde, toprak ile usul hukuku ilkeleri ve bu ilkelerin nasıl kullanıldığı yukarıdaki bölümlerde detaylıca incelemiştik. Bu bölümde ise, söz konusu iki ilkenin birlikte değerlendirilerek bir sonuca varıldığı, karma bir kıstas incelenecektir. Bu kıstasın temelinde yatan düşünceye göre; hakem kararlarının milliyetini tespit ederken, kararın verildiği yer ile hakem yargılamasında uygulanan usul hukuku kıstaslarının birlikte ve aynı anda değerlendirilmesi gereklidir.

Yargıtay 10.3.1976 tarihinde verdiği kararda, hakem kararının verildiği kanun otoritesi ile kararın verildiği yer kıstasını bir arada kullanarak sonuca varmıştır¹⁴³. Söz konusu kararda, bu iki ilkenin birlikte ve ayrılmaz bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Ancak, her iki kıstasın da bu şekilde birbirlerinden ayrılmayarak sıkı sıkıya kullanılması, hakem kararının milliyetinin tespitinde isabetli sonuçlar vermeyecektir. Örneğin, tüm yargılamaların Almanya’da yürütüldüğü; ancak,

¹⁴⁰ HGK, E. 1951/126, K. 1951/109, T. 07.11.1951: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 488-489.

¹⁴¹ Kararların metinleri ve özetleri için bkz. KURU, s. 6157-6160; DAYINLARLI, s. 63-64.

¹⁴² Örneğin 11. HD, E. 1978/5258, K. 1978/5996, T. 28.12.1978: KALPSÜZ, s. 45.

¹⁴³ Aynı yöndeki bir karar için bkz. 11. HD, E. 1985/7355, K. 1985/7099, T. 19.12.1985: SAKMAR Ata/EKŞİ Nuray/YILMAZ İlhan, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, 3. bası, İstanbul 2001, s. 367-368.

yargılamalarda Türk usul hukuku kurallarının uygulandığı bir hakem kararı, söz konusu kıstasa göre ne Alman hakem kararı ne de Türk hakem kararı olarak kabul görecektir. Dolayısıyla, bu karma nitelikli kıstas, hakem kararlarının milliyetinin tespitinde belirleyici rol oynayamaz.

**ff. Hakem Kararının Otoritesi Altında Verildiği Kanun Kıstası ile
Birlikte Toprak İlkesinin Tali Olarak Uygulanması**

Hakem kararlarının milliyetinin tespitinde kararın verildiği kanun otoritesi kıstası her ne kadar en isabetli sonucu verecek olsa da bazı durumlarda, yalnızca uygulanan usul hukukuna bakılarak hakem kararlarının milliyetini tayin etmek mümkün olmayabilir. Örneğin, tarafların tahkime uygulanacak usul hukuku kurallarını önceden belirlememesi veya tahkim yargılamasında uygulanan usul hukuku kurallarının tam olarak tespit edilememesi mümkün olabilir¹⁴⁴. Bu durumda, hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun tespit edilemeyeceğinden, hakem kararının hangi millete ait olduğu da tespit edilemeyecektir. İşte bu gibi hallerde, hakem kararının verildiği yer kıstası, tali bir kriter olarak kullanılmalı ve hakem kararının milliyeti, toprak ilkesine göre tespit edilmelidir¹⁴⁵.

Yargıtay'ın 10.3.1976 tarihli kararında yer alan muhalefet şerhine göre; hakem kararlarının milliyeti tespit edilirken; öncelikle, hakem kararının otoritesi altında verildiği kanun kriteri değerlendirilmeli; ancak, belirtilen bu değerlendirmeye rağmen uygulanan usul hukuku tespit edilemez ise hakem kararının verildiği yer kıstasına başvurulmalı ve bunun sonucunda da milliyet, toprak ilkesine göre belirlenmelidir. Bu muhalefet şerhinden açıkça, toprak kriterinin sadece tali bir kriter olarak ele

¹⁴⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 14-15.

¹⁴⁵ NOMER, s. 553-554; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 81-82, NOMER Ergin, Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Mahmut Belik'e Armağan, İstanbul 1993, s. 299; Bu uygulamanın New York Konvansiyonu ile uyum halinde olduğuna ilişkin bir görüş için bkz. ÜNAL, s. 63.

alınabileceği, esas belirleyici kriterin ise usul hukuku kriteri olması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁴⁶. Nitekim Yargıtay'ın da ilerleyen yıllarda bu görüşe paralel olarak konu ile ilgili oldukça isabetli kararlar verdiği görülmüştür¹⁴⁷.

Aslında Yargıtay, bu yöndeki kararları ile otorite kanunu kriterinden vazgeçmemiş, aksine bu kritere sadık kalmıştır. Hakem kararının verildiği yer ilkesinin tali bir kriter olarak kullanılmasındaki temel amaç, otorite kanunu kıstasının uygulanması esnasında karşılaşılabilecek belirsizlikleri bertaraf etmektir¹⁴⁸.

Yukarıda detaylı olarak yapılan değerlendirmelerde de görüldüğü üzere, hakem kararlarının milliyetinin tespitinde uygulanacak en isabetli yöntem; öncelikle, usul hukuku kriterinin değerlendirilmesi, bu değerlendirmeye rağmen usul hukuku tespit edilemezse tali bir kriter olarak hakem kararının verildiği yer kriterinin tespit edilmesi ve böylece, bu ikili sistem uygulanarak bir sonuca ulaşılmasıdır¹⁴⁹. Dolayısıyla, hakem kararlarına milliyet kazandıracak unsurlar öncelikle; tahkim yargılamasına uygulanan usul hukuku kuralları, ardından da tahkim yargılamasının yürütüldüğü yer hukukudur.

2. New York Konvansiyonu'na Göre Yabancı Hakem Kararı Kavramı

MÖHUK'un aksine, New York Konvansiyonu'nun I(1). maddesinde, tanıma ve tenfize konu olabilecek hakem kararlarının tanımı yapılmıştır. İlgili hükmün ilk cümlesinde açıklandığı üzere, tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devlette verilmiş olan hakem kararları New York Konvansiyonu'na göre yabancı hakem kararı sayılacak ve Konvansiyon'un uygulama alanına gireceklerdir. Belirtilen açıklamadan

¹⁴⁶ NOMER, Tenfiz, s. 297; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 82.

¹⁴⁷ Bu yöndeki kararlar için bkz. SAKMAR/EKŞİ/YILMAZ, s. 362-375.

¹⁴⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 15.

¹⁴⁹ NOMER, Tenfiz, s. 299; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 82-85; ÇELİKEL/ERDEM, s. 782-783.

da görüldüğü gibi; Konvansiyon, yabancı hakem kararlarının tayininde, toprak ilkesi kriterini belirleyici olarak kabul etmiştir¹⁵⁰.

Konvansiyon'un I(1). maddesinin ilk cümlesinde; hakem kararının verildiği devletin antlaşmaya taraf olması şartı aranmadığından, hakem kararının verildiği devletin antlaşmaya taraf olup olmadığına bakılmaksızın söz konusu hakem kararı New York Konvansiyonu'na göre tenfiz edilebilecektir. Evrensellik prensibinin benimsendiği bu düzenleme ile antlaşmanın kapsamı oldukça genişletilmiştir¹⁵¹. Ancak, Konvansiyon'un I(3). maddesi, taraf devletlere; antlaşmanın kapsamını, yalnızca diğer akit devletler tarafından verilmiş hakem kararları ile sınırlandırma imkanı vermiştir¹⁵². Nitekim, Türkiye'nin de Konvansiyon'a; söz konusu çekinceyi koyarak, kendi açısından antlaşmanın kapsamını daralttığı görülmektedir.

New York Konvansiyonu'na göre, tenfizi talep edilecek yabancı hakem kararlarının belirlenmesinde temel ölçüt, kararın hangi ülke sınırları içerisinde verildiğidir. Dolayısıyla, Türkiye dışında ve taraf devletlerden birinde verilmiş bir hakem kararı, New York Konvansiyonu kapsamında tenfize konu olabilecektir¹⁵³. Uygulamada, hakem kararında gösterilen yer, hakem kararının verildiği yer olarak kabul edilmektedir¹⁵⁴. Ancak, Türkiye dışında verilmiş olmak kaydıyla, tahkim usulüne açıkça Türk hukukunun uygulandığı hakem kararlarının, Türkiye açısından yabancı hakem kararı sayılıp sayılmayacağı ve bu kararların New York

¹⁵⁰ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 681; NOMER Ergin, 10.6.1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusundaki New York Antlaşmasına ilişkin Dr. Şeref Ünal'ın Tebliği ile İlgili Yorum, Avrupa(Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu 10 Mayıs 1990, Ankara 1990, s.82; ANSAY, s. 128; KURU, s. 6184; AKINCI, Tenfiz, s. 24; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 109; NOMER, s. 565 ve 568; HGK, E. 2011/13, K. 2012/47, T. 8.2.2012: AKINCI, s. 340; Ünal, Çelikel ve Erdem ise Konvansiyon'un, usul hukuku ilkesi ile birlikte toprak kriteri ilkesinin tali olarak kullanılması gerektiği görüşü ile uyum içinde olduğunu savunmaktadır bkz. ÜNAL, s. 62-63 ve ÇELİKEL/ERDEM, s. 782.

¹⁵¹ NOMER, s. 568, AKINCI, Tenfiz, s. 17.

¹⁵² AKINCI, Tenfiz, s. 17.

¹⁵³ AKINCI, s. 339; ANSAY, s. 128.

¹⁵⁴ AKINCI, Tenfiz, s. 19; ANSAY, s. 128.

Konvansiyonu'na göre tenfiz ediliş edilemeyeceği tartışılabilir. Akıncı ve Şanlı'nın benzer görüşlerinde New York Konvansiyonu'nun, tarafların milliyetinden ve tahkime uygulanan usulden bağımsız olarak, hakem kararının verildiği yer açısından bir uygulama alanının olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, taraf devletlerde verilmek şartıyla, tahkim usulüne Türk hukukunun uygulandığı hakem kararları dahi New York Konvansiyonu kapsamına girecek ve söz konusu kararların, Türkiye'de icrası için tenfiz edilmeleri gerekecektir¹⁵⁵. Ünal ise, tahkim usulüne Türk hukukunun uygulandığı hakem kararlarının, milli hakem kararları olarak değerlendirileceğini ve bu nedenle New York Konvansiyonu kapsamında tenfiz edilmelerine gerek olmadığını savunmaktadır¹⁵⁶.

New York Konvansiyonu'nun I(1). maddesinin ikinci cümlesi ise Konvansiyon kapsamına giren yabancı hakem kararları yönünden ek bir kıstas daha getirmiştir. İlgili hükme göre; tenfiz ülkesince milli hakem kararı olarak kabul edilmeyen hakem kararları da yabancı hakem kararı sayılacak ve Konvansiyon'un uygulama alanına gireceklerdir. Bu kriter doğrultusunda yabancı hakem kararlarının tespitinde usul hukuku ilkesini benimsemiş devletlerin New York Konvansiyonu hükümlerinden yararlanması amaçlanmış ve bunun yanında, farklı tahkim sistemlerine sahip devletler arasında bir uzlaşma sağlanmışır¹⁵⁷.

Söz konusu ikinci kriter yalnızca; tenfiz talebinin yapıldığı devlette verilmiş olmakla birlikte bu devlete göre milli kabul edilmeyen bir hakem kararı gündeme geldiğinde devreye girer¹⁵⁸. Örneğin; Almanya'da, Fransız usul hukuku kurallarının

¹⁵⁵ BERMANN, s. 10; ŞANLI, s. 392; AKINCI, s. 340-341; Bu yöndeki bir Yargıtay kararı ve değerlendirilmesi için bkz. 15. HD, E. 1997/4213, K. 1997/5603, T. 25.12.1997: AKINCI, s. 341-344.

¹⁵⁶ ÜNAL, s. 60.

¹⁵⁷ KALPSÜZ Turgut, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü, ICC Türkiye Milli Komitesi Milletlerarası Tahkim Semineri, 4 Temmuz 2007 İstanbul, Ankara 2007, s. 11; ANSAY, s. 128; AKINCI, Tenfiz, s. 20.

¹⁵⁸ ŞANLI, s. 392; ANSAY, s. 129.

uygulandığı bir tahkim yargılaması yürütüldüğü ve bu yargılama sonucunda bir karar verildiği kabul edilsin. Alman hukukuna göre yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş hakem kararları, yabancı hakem kararlarıdır ve bu kararların Almanya’da icrası için tenfiz edilmeleri gereklidir. Bu durumda, örneğimizdeki hakem kararı, New York Konvansiyonu’nun I(1). maddesinin ilk cümlesine göre Almanya’da tenfiz edilemez. Çünkü tenfizi istenen hakem kararı, farklı bir devlette değil bilakis Almanya’da verilmiştir. İşte bu durumda ikinci kriter devreye girer ve örneğimize konu olan hakem kararı Alman hukukuna göre milli bir hakem kararı sayılamaması nedeniyle, New York Konvansiyonu’nun I(1). maddesinin ikinci cümlesine göre Almanya’da tenfiz edilebilir. Görüldüğü gibi ikinci kriter yalnızca, örnekte açıklanan özel durumda devreye girer. Bu gibi özel durumlarda devreye giren bu kriter, hiçbir zaman ilk kritere alternatif olacak şekilde kullanılamayacağı gibi, belirtilen kriterin uygulama alanını da hiçbir zaman daraltmaz¹⁵⁹.

Türk hukuku açısından ise, yukarıdaki örnekte varılan sonuçtan daha farklı bir sonuca varmak mümkündür. Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkimler yabancılık unsuru taşıyorlarsa, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na; yabancılık unsuru taşımıyorlar ise, HMK’nın iç tahkim hükümlerine tabi olacaklardır. Taraflar, yürütülen tahkim yargılamasında, Türk hukukundan farklı usul hukuku kurallarının uygulanacağını kararlaşırsalar bile bunun pratik bir sonucu yoktur. Çünkü, taraflar hangi usul hukuku kurallarını seçerlerse seçsinler, tahkim yargılamasında MTK’nın veya HMK’nın emredici kurallarına uymak zorundadırlar. MTK veya HMK’ya göre verilmiş hakem kararları doğrudan Türkiye’de icra

¹⁵⁹ AKINCI, s. 341; Her iki kriterin aynı anda kullanılması gerektiğine ilişkin aksi yönde bir görüş için bkz. ÜNAL, s. 59-60.

edilebileceğinden, tenfiz davasına konu olmaları söz konusu değildir¹⁶⁰. Ancak, taraflar tahkim yargılamasının açıkça MTK veya HMK'nın emredici kurallarına tabi olmadığını kararlaştırırlarsa, yapılan tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar, yabancı hakem kararı sayılacak ve New York Konvansiyonu'nun I(1). maddesinin ikinci cümlesi gereğince Türkiye'de tenfiz davasına konu olabileceklerdir¹⁶¹.

Yukarıda yapılan ayrıntılı açıklamalar ve verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere New York Konvansiyonu, hangi hakem kararlarının yabancı hakem kararı sayılacağını ve Konvansiyon kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir. Ancak, New York Konvansiyonu'nun, genel olarak hakem kararlarını değil hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlediğini unutmamak gerekir. New York Konvansiyonu'nda tanımlanan yabancı hakem kararları, yalnızca Konvansiyon bakımından bir anlam teşkil eder ve yalnızca New York Konvansiyonu'na göre yapılacak tenfiz taleplerinde bir ölçüt olarak kabul edilir. Hatta, Konvansiyon'un I(1). maddesinde, yabancı hakem kararı kavramı değil, Konvansiyon'un uygulama alanı belirtilmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası tahkim hukukunda hakem kararlarının milliyeti tespit edilirken, New York Konvansiyonu veya tanıma ve tenfizi düzenleyen başka herhangi bir milletlerarası antlaşmanın, söz konusu tespiti dayanak teşkil etmesinden asla söz edilemez¹⁶².

B. Yabancı Hakem Kararının Kesinleşmiş ve İcra Kabiliyeti Kazanmış

Olması veya Taraflar için Bağlayıcılık Teşkil Etmesi

MÖHUK'un 60(1) ve 62(1)(h). maddesine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizinde diğer bir önşart, tenfize konu olan hakem kararının kesinleşmiş ve icra

¹⁶⁰ AKINCI, s. 345; ŞANLI, s. 393-394; Bu yöndeki bir Yargıtay kararı ve değerlendirmesi için bkz. 15. HD, E. 1996/2781, K. 1996/3533, T. 20.6.1996: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 543-546 ve AKINCI, s. 345-347.

¹⁶¹ ŞANLI, s. 393-394.

¹⁶² KALPSÜZ, s. 185 ve 197-198; NOMER, Yorum, s. 81.

kabiliyeti kazanmış olması veya taraflar için bağlayıcılık teşkil etmesidir¹⁶³. Bu kuralın MÖHUK'un iki ayrı maddesinde de düzenlenmiş olduğu gerçeğinden yola çıkıldığında, söz konusu şartın MÖHUK'a göre yürütülen tenfiz davalarında hem bir önşart, hem de esasa ilişkin bir şart olduğu görülmektedir. Dolayısıyla konu, çalışmada bütünlük sağlanması adına, yalnızca MÖHUK açısından bu başlık altında incelenecektir.

MÖHUK'un ilgili hükmünden aksi anlaşılabilecek olsa da tenfiz için kesinleşme ve bağlayıcılık kriterlerinden yalnızca birinin gerçekleşmiş olması yeterlidir¹⁶⁴. Yabancı bir hakem kararının kesinleşip kesinleşmediğinin veya icra kabiliyeti kazanıp kazanmadığının tespiti, hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku kurallarına göre gerçekleştirilmelidir¹⁶⁵. Çünkü hakem kararları, mahkeme kararları ile eşdeğer niteliktedirler ve verildikleri devlette etkin sayılabilmeleri için birtakım unsurları taşımalarıdır. Dolayısıyla, söz konusu hakem kararlarının bu unsurları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, ancak verildikleri veya tabi oldukları hukuka göre belirlenebilir¹⁶⁶.

Buradan yola çıkıldığında, kesinleşme ve icra kabiliyeti şartlarının, yalnızca milli bir hukuk sistemine ait hakem kararları olan yabancı hakem kararları açısından önşart teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir devletin milli hukukuna tabi olmayan milletlerarası hakem kararlarının tenfizinde, kesinleşme ve icra kabiliyeti şartlarının araştırılması mümkün değildir. Çünkü, kesinleşme ve icra kabiliyeti, hakem kararlarının verildiği veya tabi olduğu ülke hukuku kurallarına göre tespit edilir. Ancak, milletlerarası hakem kararları herhangi bir devletin milli

¹⁶³ Hakem mahkemelerince verilen geçici icra kararlarının tenfizi mümkün değildir [NOMER, s. 555].

¹⁶⁴ ANSAY, s. 132-134; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 86-87; ÇELİKEL/ERDEM, s. 796; HGK, E. 1999/19-467, K. 1999/489, T. 9.6.1999: YKD, Şubat 2000, s. 183-186.

¹⁶⁵ 19. HD, E. 1997/10157, K. 1997/7657, T. 13.7.1994: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 87; ÇELİKEL/ERDEM, s. 796.

¹⁶⁶ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 87 ve 90.

hukukuna tabi değildir. Böylece, tenfizi istenen hakem kararının tabi olduğu bir milli hukuk tespit edilemeyeceğinden, kesinleşme ve icra kabiliyeti şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırmak mümkün değildir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, milletlerarası hakem kararlarının tenfizinin MÖHUK'a göre mümkün olamayacağını fark eden kanun koyucu, 2675 sayılı MÖHUK'da bulunmayan ve uygulamada aksaklık doğuran bu hususu düzeltme amacına yönelik olarak, 5718 sayılı MÖHUK'un 60(1). maddesi ile, ek bir önşart daha getirmiş ve taraflar için bağlayıcılık teşkil eden hakem kararlarının da tenfize konu olabilmesinin yolunu açmıştır. Bağlayıcılığın mevcudiyeti; kesinleşme ve icra kabiliyeti kavramlarından farklı olarak, hakem yargılamasındaki tarafların, iradelerine göre belirlenir¹⁶⁷. Bunun sonucu olarak da herhangi bir hukuk sistemine dahil edilemeyen milletlerarası hakem kararlarının tenfizinde, tarafların iradelerine bakılarak, davaya konu olan hakem kararının bağlayıcılık teşkil edip etmediği tayin edilebilmekte ve milletlerarası hakem kararlarının, MÖHUK kapsamında tenfiz edilebilmeleri mümkün olmaktadır.

MÖHUK'un aksine New York Konvansiyonu, tenfize konu olacak hakem kararının yalnızca taraflar için bağlayıcı olmasını yeterli görmektedir. Ancak New York Konvansiyonu, bağlayıcılık şartını önşart olarak değil, yalnızca esasa ilişkin bir şart olarak düzenlediğinden, New York Konvansiyonu'na göre bağlayıcılık kriteri, çalışmanın devamında, ilgili bölümde incelenecektir.

C. Yabancı Hakem Kararının Taraf Devletlerden Birinde Verilmiş ve Karara Konu Olan Uyuşmazlığın Ticari Nitelikte Olması

New York Konvansiyonu'nun I(3). maddesine göre; taraf devletler antlaşmayı onaylarken, Konvansiyon'un uygulama alanını yalnızca, taraf devletlerden verilmiş ve

¹⁶⁷ Bağlayıcılığın tarafların iradesine göre belirlendiği yönündeki görüşler için bkz. NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 117; AKINCI, Tenfiz, s. 30 ve 139; ŞANLI, s. 459-464.

ticari bir uyuşmazlığı sonuçlandıran hakem kararları açısından sınırlayabilirler.¹⁶⁸ Nitekim Türkiye de Konvansiyon'a taraf olurken, sözü edilen çekinceyi koymuş ve antlaşmayı bu şartlar ile kabul etmiştir. Taraf devletlerce konulabilecek bu çekince sebebiyle, uygulamada tahkim yeri seçilirken bu durum göz ardı edilmemelidir. Aksi halde, Konvansiyon'un tenfizde sağladığı faydalardan yararlanılamaması söz konusu olabilir¹⁶⁹.

New York Konvansiyonu, taraf devletlerde tenfizi kolaylaştırmak için evrensellik prensibini benimsemiş ve Konvansiyon'un uygulama alanı, antlaşmaya taraf olsun veya olmasın tüm devletler tarafından verilmiş hakem kararları açısından genişletmiştir. Ancak Türkiye, evrensellik prensibiyle bağdaşmayan kararı ile, Konvansiyon'a çekince koymuş ve antlaşmanın uygulamama alanını, yalnızca taraf devletlerden verilmiş hakem kararları ile sınırlandırmıştır¹⁷⁰. Dolayısıyla Türkiye'de, yabancı bir hakem kararının, New York Konvansiyonu'na göre tenfiz edilebilmesi için; söz konusu kararın, Konvansiyon'a taraf olan bir devlet tarafından verilmiş olması gerekmektedir.

Türkiye tarafından konulan çekince, aslında teknik anlamda bir mütekabiliyet kaydı olarak değerlendirilemez. Bu kayıt; yalnızca, Konvansiyon'un uygulamama alanını coğrafi kriterlere bağlayan bir sınırlamadır¹⁷¹. Söz konusu kriterin, mütekabiliyet şeklinde değil de coğrafi bir sınırlama olarak algılanması, milletlerarası hakem kararlarının tenfizi açısından önem arz etmektedir. Çünkü, herhangi bir devletin milli hukukuna tabi olmayan milletlerarası hakem kararları söz konusu olduğunda, teknik anlamda bir mütekabiliyet araştırılmasının gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Söz konusu mütekabiliyet koşulunun, teknik anlamda bir

¹⁶⁸ Konvansiyon'a çekince koyan devletler için bkz. BERMANN, s. 10.

¹⁶⁹ AKINCI, Tenfiz, s. 17.

¹⁷⁰ AKINCI, Tenfiz, s. 17.

¹⁷¹ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 110; ŞANLI, s. 391-392; AKINCI, Tenfiz, s. 30.

mütekabiliyeti kastetmemesi nedeniyle de, hakem kararlarını belirli bir milli hukuka tabi kılmak gerekmeyecek ve Konvansiyon, milletlerarası hakem kararlarının tenfizinde de uygulanabilecektir¹⁷².

Türkiye tarafından konulan çekince ile sınırlandırılan diğer bir uygulama alanı ise, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın niteliği ile ilgilidir. Türkiye, yalnızca ticari bir uyuşmazlığı sona erdiren hakem kararlarının New York Konvansiyonu açısından tenfize konu edilebileceğini kabul etmiştir. Tenfizi istenen hakem kararının ticari nitelikte olup olmadığı, Türk hukukuna göre belirlenmelidir. Türk hukukunda ticari iş kavramı oldukça geniş tutulduğundan, söz konusu kısıtlamanın, Konvansiyon'un uygulama alanını önemli ölçüde daralttığından söz etmek doğru olmayacaktır¹⁷³. Burada dikkat edilmesi gereken husus, “ticari iş” ile “ticari dava” kavramlarının birbirleri ile karıştırılmamasıdır. Türkiye'nin koyduğu çekince, ticari iş kavramı ile ilgili olup, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın, ticari bir davaya sebebiyet verip vermeyeceği ile ilgili değildir¹⁷⁴.

Bu başlık altında anlatılan önşartlar yalnızca New York Konvansiyonu'na göre yapılan tenfiz taleplerinde gündeme gelecektir. 2675 sayılı MÖHUK'un aksine, 5718 sayılı MÖHUK, yabancı hakem kararlarının tenfizinde, mütekabiliyet koşuluna yer vermeyerek uluslararası tahkim hukuku açısından isabetli ve olumlu bir duruş sergilemiştir. Ayrıca, MÖHUK açısından tenfize konu olan hakem kararının, ticari bir ilişkiden doğup doğmadığı da bir tenfiz şartı olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla, ticari bir uyuşmazlıktan doğsun doğmasın, Türk hukukuna göre milli sayılmayan tüm hakem kararlarının gerekli şartları sağladıkları taktirde, MÖHUK'a göre tenfiz edilebilmeleri mümkündür.

¹⁷² AKINCI, Tenfiz, s. 31; Aksi yönde bir görüş için bkz. ANSAY, s. 128.

¹⁷³ ŞANLI, s. 391.

¹⁷⁴ Ticari iş kavramı için bkz. BAHTİYAR, s. 51-56; Ticari dava kavramı için bkz. BAHTİYAR, s. 74-78.

II. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Esasa İlişkin Şartlar

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde esasa ilişkin şartlar, MÖHUK ve New York Konvansiyonu'nda ayrı ayrı düzenlenmektedir. Bu yüzden yabancı bir hakem kararının tenfizi davasında, tenfiz talebinin hangi mevzuat hükümlerine göre yapıldığı önem arz etmektedir. Çünkü sözü edilen hakem kararı hakkında tenfiz kararı verilebilmesi için, hakem kararının tenfiz talebinin dayandığı mevzuatta düzenlenen şartları taşıması gerekmektedir. Ancak MÖHUK ve New York Konvansiyonu, tenfizin esasa ilişkin şartları konusunda neredeyse özdeş hükümler içerdiklerinden, çalışmada bütünlük sağlanması amacıyla, her iki mevzuatta düzenlenen tenfiz şartları aynı başlık altında, özdeş hükümler belirtilmek koşuluyla incelenecektir. Söz konusu şartların tümü hakem kararının esasına ve içeriğine ilişkin olmayıp, tahkimin prosedürü ile ilgilidir. Dolayısıyla bu şartların mahkeme tarafından incelenmesi hakem kararının esasına girilmesini gerektirmez ve revizyon yasağının ihlali olarak nitelendirilemez.¹⁷⁵ Ayrıca bu şartlar MÖHUK ve Konvansiyonda açıkça sayıldığından, mahkemeler bu şartlar haricindeki sebeplere dayanarak yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyemezler.¹⁷⁶

A. Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığı

MÖHUK'un 62(1)(a) ve 62(1)(e) maddeleri ile New York Konvansiyonu'nun II(1) ve V(1)(a) maddelerine göre, yabancı bir hakem kararı hakkında tenfiz kararı verilebilmesi için, taraflar arasında akdedilmiş geçerli bir tahkim sözleşmesi veya uyuşmazlığa sebebiyet veren esas sözleşmenin içinde, geçerli bir tahkim şartı bulunması gerekmektedir¹⁷⁷. Çünkü hakem kararlarının çoğu, taraflar arasında

¹⁷⁵ STONE/BALES/COLVIN, s. 848; MOSES, s. 217.

¹⁷⁶ BORN, s. 3426.

¹⁷⁷ 11. HD, E. 2009/3257, K. 2011/1675, T. 15.2.2011 (Kazancı İçtihat Bankası, 21 Eylül 2017); 19 HD, E. 2003/7270, K. 2003/12888, T. 18.12.2003: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 493-494.

akdedilmiş bir tahkim sözleşmesine veya tahkim şartına dayanır¹⁷⁸. Diğer bir ifadeyle, tenfiz istenen hakem kararının var olmasının sebebi, taraflar arasındaki bu tahkim anlaşmasıdır¹⁷⁹. Ancak taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmasının mevcudiyeti yalnız başına tenfiz kararı verilebilmesi için yeterli olmamakta ayrıca, söz konusu tahkim anlaşmasının geçerli bir tahkim anlaşması olması da gerekmektedir¹⁸⁰.

New York Konvansiyonu'nun II(1). maddesine göre, geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilebilmesi için, taraflar arasında bu konuyu düzenleyen yazılı bir anlaşmanın bulunması gereklidir¹⁸¹. Bunun yanında; Konvansiyon'a göre, taraflar arasında yazılı bir tahkim anlaşması mevcut olmasa dahi, bu konuda karşılıklı olarak teati edilmiş mektup ve telgraf veya esas sözleşmede yazılı bir tahkim şartının bulunması hallerinde, geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilecektir¹⁸². Görüldüğü gibi New York Konvansiyonu, tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda özel bir düzenleme getirmiş ve söz konusu anlaşmalarının en az adi yazılı şekilde akdedilmesi gerektiğini öngörmüştür. Dolayısıyla, New York Konvansiyonu'na göre tenfiz istenen hakem kararları söz konusu olduğunda, tahkim anlaşmasının yazılı olması şartı bir geçerlilik koşulu olarak değerlendirilecek ve bu değerlendirme yapılırken, tenfiz devletinin konu hakkındaki iç hukuk düzenlemelerine başvurulmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, New York Konvansiyonu'na göre yürütülen tenfiz davalarında, tahkim anlaşmasının şekli anlamda geçerliliğinin tespiti, kanunlar ihtilafı kurallarına göre değil, New York Konvansiyonu'nun II(1).

¹⁷⁸ Bu durumun tek istisnasını zorunlu tahkim konusu oluşturur. Örneğin Türk hukukunda, 2017 yılı itibarıyla, 3610 TL'nin altında kalan tüketici uyuşmazlıklarının, Tüketici Hakem Heyetlerince sonuçlandırılması gereklidir bkz. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 68. ve Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliğinin 6. Maddelerinde Yer Alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ, RG 3.12.2016/29907.

¹⁷⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s. 800; ŞANLI, s. 409; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 92.

¹⁸⁰ Tahkim anlaşması ve geçerliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERKAN Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara 2013, s. 39-58.

¹⁸¹ 19. HD, E. 1999/7119, K. 2000/1342, T. 24.2.2000: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 481-482.

¹⁸² HGK, E. 1998/19-256, K. 1998/279, T. 15.4.1998: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 468-470; 19. HD, E. 1996/9619, K. 1997/4669, T. 8.5.1997: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 466-468.

maddesine göre yapılacaktır¹⁸³. Ancak MÖHUK’a göre yürütülen tenfiz davalarında, tahkim anlaşmasının şekli olarak geçerli olup olmadığının tespiti, iç hukuk kurallarına göre yapılacaktır.

Tahkim anlaşmasının geçerli olmasının bir diğer koşulu, tarafların bu konuda bir anlaşma yapma ehliyetlerinin mevcut olmasıdır. Tarafların tahkim anlaşması akdetme ehliyetlerinin bulunmaması halinde, tahkim anlaşması kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersiz olacağından, söz konusu anlaşmaya dayanılarak verilen bir hakem kararının herhangi bir sonuç doğurmasından söz edilemeyecektir. Nitekim Konvansiyon’un V(1)(a). maddesi ile bu genel hukuk kuralı hatırlatılmıştır. Tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetlerini taşıyıp taşımadıkları, tenfiz talebinin hangi mevzuata göre yapıldığından bağımsız olarak MÖHUK’un 9. maddesine göre belirlenir. Görüldüğü gibi, tahkim anlaşmasının şekli geçerliliğinden farklı olarak, tarafların ehliyetlerine ilişkin değerlendirme, tenfiz ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yapılmaktadır¹⁸⁴.

MÖHUK’un 62(1)(e) ve Konvansiyon’un V(1)(a) maddelerine göre tahkim anlaşmasının, tabi olduğu kanuna göre geçerli olmaması halinde hakem kararının tenfiz edilmesinin mümkün olmayacağını belirtilmiştir. Ancak söz konusu tahkim anlaşması, tabi olduğu kanuna göre geçerli değilse, ek bir inceleme daha yapılacak ve anlaşmanın, verildiği yer hukukuna göre geçerli olması halinde, hakem kararı hakkında tenfiz kararı verilmesi mümkün olacaktır¹⁸⁵. Bu ek kural sayesinde, herhangi bir devletin milli hukukuna tabi olmayan milletlerarası hakem kararlarının da her iki mevzuata göre tenfiz edilmelerinin önü açılmıştır. Çünkü milletlerarası hakem kararları söz konusu olduğunda, hakem kararının tabi olduğu bir hukuk sistemi

¹⁸³ ŞANLI, s. 411.

¹⁸⁴ HGK, E. 2000/19-1122, K. 2000/1256, T. 11.10.2000: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 485-487; 19. HD, E. 1995/9108, K. 1995/9685, T. 11.15.1995: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 460-463.

¹⁸⁵ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 113.

mevcut olmadığından bu tür hakem kararlarında tahkim anlaşmasının geçerliliği yalnızca kararın verildiği yer hukukuna göre incelenebilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile taraflar arasındaki esas sözleşmenin geçerliliği arasında bir bağ bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, esas sözleşmenin geçersizliği, tahkim sözleşmesinin de geçerli olmadığı anlamına gelmez. Her iki sözleşme de birbirlerinden bağımsız olup, birbirlerinin hüküm doğurmasını engellemezler¹⁸⁶.

B. Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

MÖHUK'un 62(1)(b) ve New York Konvansiyonu'nun V(2)(b) maddelerine göre, tenfize konu olan hakem kararının, tenfiz ülkesinin kamu düzenine ve genel ahlakına aykırı olmaması gereklidir. Yabancı hakem kararlarının tenfizindeki en önemli şart olan; kamu düzenine uygunluk, çalışmamızın temelini oluşturduğundan, bu konu bir sonraki bölümde oldukça kapsamlı ve ayrıntılı şekilde incelenecektir.

C. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olması

MÖHUK'un 62(1)(c) ve New York Konvansiyonu'nun V(2)(a) maddelerine göre, hakkında tenfiz kararı verilmesi istenen hakem kararına konu olan uyuşmazlığın, tenfiz devletinin hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olmalıdır. Türk hukukuna göre; taraflar, üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda, uyuşmazlığı sona erdirmek için, tahkim yoluna başvuramazlar¹⁸⁷.

Türk hukukunda tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olmayan yani tahkime elverişli olmayan konulara; taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar,

¹⁸⁶ Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 90 dipnot 39.

¹⁸⁷ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 93; NOMER, s. 561; Tahkime elverişlilik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERKAN, s. 73-82.

boşanma, velayet ve soybağının tespiti davaları örnek olarak gösterilebilir¹⁸⁸. Bu konular hakkındaki uyuşmazlıkları sona erdirmiş hakem kararları; söz konusu uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceğinin hükme bağlanmış olması nedeni ile Türkiye’de tenfiz edilemeyeceklerdir. Başka bir ifadeyle; Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmayan konularda verilmiş hakem kararlarının, Türkiye’de herhangi bir sonuç doğurmasından söz etmek mümkün değildir.

D. Tarafların Savunma Haklarına Riayet Edilmesi

MÖHUK’un 62(1)(ç), 62(1)(d) ve New York Konvansiyonu’nun V(1)(b). maddelerine göre, tahkim yargılaması esnasında, tarafların adil yargılanma hakkının ihlal edilmemiş olması gerekmektedir. Hakem veya mahkeme kararlarının, adaleti ifade etmeleri için, uyuşmazlık çözümü süreci boyunca adil bir yargılama yürütülmesi gerekir. Bu yüzden tahkim yargılamalarında, her iki tarafa da iddialarını dile getirmeleri ve kendilerini müdafaa etmeleri için eşit imkanlar sunulmalıdır¹⁸⁹.

Tarafların hakem seçiminden ve tahkim prosedüründen usulüne uygun şekilde haberdar edilmeleri, usul hukukunun temel kurallarından biri olan savunma haklarına riayet ilkesinin bir gerekliliğidir¹⁹⁰. Aksi halde taraflar hakem seçimine ilişkin itirazlarını ileri süremeyecek ve yargılama boyunca kendilerini savunamayacaklardır. Tarafların haberdar edilme usulünün resmi tebligat hükümleri gereğince yapılması bir zorunluluk değildir¹⁹¹. Örneğin kendi tebligat usulleri olan kurumsal tahkim merkezlerince yapılacak bildirimler, her ne şekilde yapılırsa yapılsın taraflar için bağlayıcı kabul edilecektir. Çünkü taraflar, uyuşmazlığın çözümünü söz konusu kurumlara bıraktıklarından, tebligat usulünün ne şekilde olduğunu da bilmekle

¹⁸⁸ Tapu iptali ve tescil davası kamu düzeninden olup, bu tür uyuşmazlıkların Türk hukukuna göre hakem yoluyla çözümü mümkün değildir bkz. 15 HD, E. 2007/2680, K. 2007/4137, T. 18.6.2007: YKD, Mayıs 2008, s. 914-915.

¹⁸⁹ ŞANLI, s. 439.

¹⁹⁰ ŞANLI, s. 439; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 94.

¹⁹¹ 11. HD, E. 2001/6144, K. 2001/9045, T. 19.11.2001: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 488-489.

yükümlüdürler. Dolayısıyla hakem yargılaması sürecinde asıl önemli olan, tarafların adalet ve hakkaniyet kuralları çerçevesinde, hakem seçiminden ve tahkim prosedüründen haberdar edilmeleridir¹⁹². Nitekim MÖHUK'un 62(1)(d) ve Konvansiyon'un V(1)(b) maddelerine göre, taraflardan birinin hakem seçiminden ve tahkim prosedüründen haberdar edilmemiş olması, hakem kararının tenfizini engellemektedir. Ayrıca Konvansiyon'un V(1)(b) maddesine göre, taraflardan birine delillerini ikame etme imkanı verilmemesi de adil yargılama ilkesine aykırılık teşkil eder.

MÖHUK'a göre yürütülen tenfiz davalarında, yargılama boyunca usulüne uygun şekilde temsil edilmediğini iddia eden taraf, bu iddiasını tahkim mahkemesince yapılan işlemleri açıkça kabul etmeyerek teyit etmelidir. Aksi halde, yargılama sürecinde usulüne uygun şekilde temsil edilmediği itirazı, tenfiz mahkemesince nazara alınmayacaktır. Konu hakkındaki hükümlerin AİHS'in¹⁹³ 6. maddesine paralel şekilde düzenlendiği açıktır¹⁹⁴. Bu açıdan MÖHUK ve Konvansiyon, adil yargılama hakkına ilişkin evrensel nitelikli kurallara uygunluk göstermektedir.

E. Hakem Seçiminin ve Yargılamada Uygulanacak Usulün Tarafların Anlaşmasına veya Taraflar Arasında Bu Yönde Bir Anlaşma Bulunmaması Halinde Yargılamanın Yapıldığı Yer Hukukuna Uygun Olması

MÖHUK'un 62(1)(f) ve New York Konvansiyonu'nun V(1)(d) maddeleri gereğince, hakem seçiminin ve yargılamada uygulanacak usulün tarafların anlaşmasına uygun olmaması veya taraflar arasında böyle bir anlaşma mevcut değilse,

¹⁹² ŞANLI, s. 439-440, NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 94.

¹⁹³ RG 19.3.1954/8662.

¹⁹⁴ Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde AİHS açısından bir değerlendirme için bkz. EKŞİ, s. 681-698.

hakem kararının verildiği ülke hukukuna aykırı olması halinde hakem kararının tenfizi mümkün değildir¹⁹⁵.

Taraflar aralarında doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların çözümünü, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olan tahkim kurumuna bırakabilecekleri gibi, söz konusu yargılamada; hakemlerin atanma usulünün ve tahkim prosedürünün ne şekilde olacağını serbestçe belirleyebilirler¹⁹⁶. Ancak tahkim yargılamasında, taraflarca belirlenen hakem seçimi ve tahkim prosedürüne uygun hareket edilmezse, söz konusu usulsüz yargılama sonucu verilen hakem kararının tenfizi talebi reddedilecektir¹⁹⁷. Her iki mevzuat da, tarafların tahkime uygulanacak usulü serbestçe tayin edebilmelerini mümkün kıldığı için, herhangi bir devletin milli hukukuna ait olmayan milletlerarası hakem kararları da bu sayede tenfize konu olabilecektir¹⁹⁸.

Taraflar, tahkim yargılaması sırasında hakemlerin nasıl atanacağını ve tahkim yargılamasında nasıl bir prosedür izleneceğini önceden kararlaştırmamış olabilirler. Böyle bir durumda her iki mevzuat gereğince, hakemlerin seçimine ilişkin kurallar ve tahkim prosedürü, hakem kararının yürütüldüğü yer hukukuna göre belirlenecektir. Ancak tarafların fiziki anlamda bir mekan seçiminin önüne geçerek, tahkime uygulanacak usulü serbestçe tayin etmeleri, tahkim mantığına daha uygun düşecek ve taraflara tahkimden bekledikleri faydayı sağlayacaktır¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Tarafların uyuşmazlığın çözümünü bıraktıkları kurumsal tahkim merkezinden farklı bir hakem mahkemesince verilmiş hakem kararının tenfiz talebi, tahkim şartına uyulmadığı gerekçesiyle reddedilmelidir bkz. 19. HD, E. 2011/4149, K. 2011/7619, T. 7.6.2011: 38(2012)3 YKD, s. 520-522.

¹⁹⁶ ŞANLI, s. 451-452.

¹⁹⁷ Tarafların belirlemiş olduğu tahkim mahkemesinden farklı bir tahkim mahkemesi tarafından verilmiş bir kararın tenfiz edilemeyeceğine ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. 19. HD, E. 2009/5703, K. 2009/8256, T. 15.9.2009: ŞANLI, s. 452.

¹⁹⁸ ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 169-185.

¹⁹⁹ ŞANLI, s. 452.

F. Hakemlerin Yetkilerini Aşmamış Olmaları

MÖHUK'un 62(1)(g) ve New York Konvansiyonu'nun V(1)(c) maddelerine göre, yabancı bir hakem kararının tenfize konu olabilmesi için kararın; tarafların tahkim anlaşmasıyla çözümünü hakeme bıraktıkları bir konu hakkında olması ve hakemlerin söz konusu kararı verirken, yetkilerini aşmamış olmaları gerekmektedir²⁰⁰.

Taraflar tahkim anlaşması akdederek, aralarında belirli bir konudan doğmuş veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümünü hakemlere bırakırlar. Görüldüğü gibi hakemlerin yetkileri yalnızca tarafların çözümünü kendilerine bıraktıkları konularla sınırlıdır. Hakemlerin kendilerine yetki verilmeyen bir konuda yargılama yapmaları ve karar vermeleri mümkün değildir. Hakemlerin tahkim anlaşması veya yetki belgesinde düzenlenmeyen bir konuda karar vermeleri, yetki aşımı olarak değerlendirilir ve söz konusu hakem kararı hakkında tenfiz kararı verilmesine imkan yoktur²⁰¹.

Hakemlerin kendilerine bırakılan konularda karar vermeleri halinde de yetkilerini aşma ihtimalleri mevcuttur. Bu duruma; hakemlerin taraflarca talep edilmediği halde tazminata hükmetmeleri veya talep edilen miktarı aşan bir tazminat oranı belirlemeleri örnek olarak gösterilebilir. İlgili mevzuat hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, hakemlerin örnekte belirtilen şekilde yetkilerini aşarak verdikleri kararların, tenfiz edilmeleri mümkün olmayacaktır.

²⁰⁰ Uyuşmazlığın çözümünde hangi maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini tespit edemeyen hakem heyetinin, belirsizliği gidermek için uzmana danışarak uygulanacak maddi hukuk kurallarını tespit ettirmesi hakemlerin yetkilerini aşması olarak değerlendirilemez bkz. 19. HD, E. 2000/7171, K. 2000/7602, T. 9.11.2000: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 484-485.

²⁰¹ ŞANLI, s. 442; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 100; 19. HD, E. 2003/7270, K. 2003/12888, T. 18.12.2003: ŞANLI, s. 442; Tahkim mahkemesinin itirazın iptali davasında, icra inkar tazminatına hükmetmesinin yetki aşımı olarak değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. 15. HD, E. 2008/262, K. 2008/2138, T. 3.4.2008: ÇELİKEL/ERDEM, s. 802.

G. Hakem Kararının Taraflar İçin Bağlayıcı Olması veya Verildiği Ülke Hukukuna Göre İptal Edilmemiş Olması ve İcrasının Geri Bırakılmamış Olması

MÖHUK'un 62(1)(h) maddesine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin esasa ilişkin şartlardan bir diğeri, hakem kararının verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş, icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olması ile hakem kararının verildiği yerin yetkili makamı tarafından iptal edilmemiş olmasıdır. MÖHUK açısından kesinleşme, icra kabiliyeti kazanma veya bağlayıcılık şartı, çalışmanın önceki bölümlerinde incelenmiş olduğundan, bu başlık altında yalnızca New York Konvansiyonu açısından bağlayıcılık şartı incelenecektir. Ancak hakem kararının iptal edilmemiş ve icrasının geri bırakılmamış olması konusu önceki bölümlerde ele alınmadığından, konu yine bu başlık altında her iki mevzuat açısından birlikte değerlendirilecektir.

New York Konvansiyonu'nun V(1)(e) maddesine göre, yabancı bir hakem kararının tenfizi için, hakem kararının taraflar için bağlayıcılık teşkil etmesi gereklidir. Görüldüğü gibi Konvansiyon MÖHUK'un aksine, kesinleşme ve icra kabiliyeti kazanma kavramlarından söz etmeyerek, tenfize konu olan hakem kararının yalnızca bağlayıcılığından bahsetmiştir. Hukuki bir tanım gerektirmeyen ve teknik olmayan bağlayıcılık teriminin kullanılmasının altında yatan temel amaç, hiçbir devletin milli hukukuna ait olmayan milletlerarası hakem kararlarının da New York Konvansiyonu açısından tenfizine olanak sağlamaktır²⁰².

New York Konvansiyonu'nun yalnızca bağlayıcılık terimini kullanması, milletlerarası hakem kararlarının tenfizini mümkün kılmanın yanında, çift

²⁰² NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 116-117; AKINCI, Tenfiz, s. 139-140; KAPLAN, s. 424; Milletlerarası hakem kararlarının bağlayıcılık şartını sağlayarak tenfize konu olabilmelerine ilişkin çeşitli yabancı mahkeme kararları için bkz. AKINCI, Tenfiz, s. 144-148; Bağlayıcılık şartına ilişkin uluslararası alanda mevcut olan görüşler için bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 972-977.

exaqueturun önlenmesini de sağlamıştır²⁰³. Çünkü bağlayıcılık kavramı, hakem kararının kesinleşmiş ve icraya hazır olması anlamına gelmeyeceği gibi, tenfize konu olan hakem kararının hukuki bir otoritenin onayından veya işleminden geçmiş olması tenfiz davası açısından esasa ilişkin bir şart olarak değerlendirilemez²⁰⁴.

Diğer bir önemli husus da bağlayıcılığın, tarafların iradelerine göre mi yoksa hakem kararının tabi olduğu milli hukuka göre mi tespit edileceği konusudur. Kanaatimizce bağlayıcılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği tarafların iradelerine göre belirlenmelidir²⁰⁵. Çünkü taraflar, geçerli bir tahkim anlaşması akdederek, uyuşmazlık sonucu verilmiş hakem kararının kendileri açısından bağlayıcı olacağını kabul etmişler ve bunun sonuçlarına katlanacaklarını zımni olarak taahhüt etmişlerdir. Ancak yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere MÖHUK'ta, kesinleşme ve icra kabiliyeti kazanma kavramları, bağlayıcılık teriminin yanında ayrıca kullanılmış olduğundan, MÖHUK'a göre yürütülen tenfiz davalarında kesinleşme ve icra kabiliyeti şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, kararın tabi olduğu milli hukuk kurallarına göre belirlenmelidir. Bu açıklamadan anlaşılabileceği üzere, kesinleşme ve icra kabiliyeti kazanma konusu, bağlayıcılık kavramından oldukça farklı bir meseledir.

MÖHUK'un 62(1)(h) ve New York Konvansiyonu'nun V(1)(e) maddesine göre, yabancı hakem kararının tenfizine ilişkin diğer bir şart da, hakem kararının iptal edilmemiş²⁰⁶ olması ve icrasının geri bırakılmamış olmasıdır. Tenfizi istenen hakem

²⁰³ ŞANLI, s. 459-460; AKINCI, Tenfiz, 140; KAPLAN, s. 424; SANDERS, s. 4; STONE/BALES/COLVIN; s. 847; BORN, s. 3424.

²⁰⁴ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 117-118.

²⁰⁵ Bu yöndeki görüşler için bkz. ŞANLI, s. 459; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 117; AKINCI, Tenfiz, s. 30 ve 139; Bu yöndeki bir HGK kararı için bkz. HGK, E. 1999/19-467, K. 1999/489, T. 9.6.1999: 26(2000)2 YKD, s. 183-186; Aksi yöndeki görüşler için bkz. ANSAY, s. 132; ŞANLI, s. 458 dipnot 554'te adı geçen eserler.

²⁰⁶ İptal edilmiş hakem kararlarının tenfizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ Nuray, New York Konvansiyonu'na Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul 2009.

kararı, taraflar için bağlayıcı olsa dahi taraflar, söz konusu hakem kararının iptali veya icrasının geri bırakılması amacıyla dava açabilirler. Taraflara verilen bu hak, hakem yargılamaları açısından bir nevi kanun yolu olarak değerlendirilebilir ve bu durum hakem kararlarının da yargı denetimine tabi olduğunu ispatlar niteliktedir. MÖHUK ve New York Konvansiyonu'nun ilgili hükümlerinden, her iki mevzuatın da tenfiz için hukuken geçerli ve hüküm ifade eden hakem kararlarını aradığı anlaşılmaktadır²⁰⁷.

New York Konvansiyonu'nun VI. maddesi ile, hakkında iptal veya icranın geri bırakılması davası açılmış ancak söz konusu davada henüz nihai bir karar verilmemiş hakem kararlarının tenfizinin engellenmesinin yolu açılmıştır. Böyle bir durumda davalı, tenfizi istenen hakem kararı hakkında iptal veya icranın geri bırakılması davası açtığını tenfiz mahkemesine bildirebilir ve tenfiz mahkemesi gerekli gördüğü hallerde teminat alarak, görülmekte olan iptal veya icranın geri bırakılması davasını, tenfiz davasına bekletici mesele yapabilir. Ancak bu durumda takdir yetkisi tenfiz mahkemesinde olup, ilgili yargılamanın bekletici mesele yapılması bir zorunluluk değildir²⁰⁸.

²⁰⁷ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 117-118; NOMER, s. 563-564.

²⁰⁸ ŞANLI, s. 464-465; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 117.

Üçüncü Bölüm

KAMU DÜZENİ

I. Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni; zamana ve mekana göre değişiklik gösteren, kapsamı ve uygulaması her ülkede farklı olan ve hatta aynı ülke sınırları içerisinde dahi farklı şekillerde yorumlanabilen kurallar bütünüdür ifade eden temel bir kavramdır. Toplumu barış içinde tutan bu temel kuralların, bu denli değişken oluşu ve tüm dünyada farklılık arz etmesi, kamu düzeni kavramının tam ve kesin bir tanımının yapılmasını mümkün kılmamaktadır²⁰⁹.

Toplumların inançları, temel değer yargıları ve yaşam tarzları ülkeden ülkeye değişiklik göstermekte ve bu değerler; politik, ekonomik ve sosyal koşullar çerçevesinde, zamana göre farklılaşmaktadır. İşte toplumların bu gibi değerlerinin bir bütünü oluşturarak kamu düzeni kuralları, insanlar arasındaki barışı ve sosyal hayattaki düzeni sağlamakta büyük rol oynarlar²¹⁰. Bu sebeple, bu kuralların tek tek sayılması mümkün olmamakta ve kamu düzeni kavramı doktrin ve mahkeme kararları ile tanımlanmaya çalışılmaktadır.

Yargıtaya göre “*ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır*”²¹¹.

²⁰⁹ DAYINLARLI Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, 2. bası, Ankara 2011, s. 1-2; ÖKÇÜN Gündüz, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967, s. 14; EDİS Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 157; TANRIVER Süha, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, 17-18(1997-1998)1-2 MHB-Özel Sayı Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, s. 476; BERG, s. 360; GÖKYAYLA, s. 24; ŞANLI, s. 475; MAYER Pierre/SHEPPARD Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Award, 19(2003)2 Arbitration International, s. 254.

²¹⁰ DAYINLARLI, Kamu Düzeni, s. 1-8.

²¹¹ NOMER, s. 163.

Anayasa Mahkemesine göre ise kamu düzeninin, “*Toplumun huzur ve sukutunun sağlanmasını, Devletin ve Devlet Teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır*”²¹².

Doktrin ve yargı kararları ile söz konusu kavram hakkında birçok farklı tanım yapılmakta ise de, kamu düzeni kavramı ile genel olarak; belirli bir ülkedeki toplum yapısını ve çıkarlarını koruyan, aynı zamanda hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki dengeleri sağlayan temel kurallar ve kurumlar ifade edilmektedir²¹³. Görüldüğü gibi, kamu düzeni kavramı ile toplumu yakından ilgilendiren farklı temel değer yargıları ifade edilmektedir. Bu nedenle söz konusu kavram kanun maddeleri ile somutlaştırılmamakta, her somut olayda hakimın takdirine bağlı olarak değerlendirilmesi gerekliliğiyle belirsizliğini korumaktadır²¹⁴. Bunun doğal bir sonucu olarak da, kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacak durumların önceden sayılması ve belirlenmesi mümkün olmamaktadır²¹⁵.

II. Kamu Düzeninin Kapsamı

Kamu düzeni kavramında olduğu gibi, kamu düzeni kapsamının da aynı sebeplerle tam ve kesin bir tanımının yapılması kolay ve doğru değildir. Yargıtaya göre kamu düzeninin kapsamını, “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken*

²¹² AYM, E. 1963/128, K. 1964/8, T. 28.1.1964: RG 17.4.1964/11685; DAYINLARLI, s. 9.

²¹³ ŞANLI, s. 475; GÖKYAYLA, s. 26, TANRIVER, s. 476; BORN, s. 3647-3648; SHEPPARD Audely, Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards: Should there be a Global Standard?, I(2003)2 Oil, Gas&Energy Law Intelligence, s. 16. Kamu düzeni kavramı hakkında birçok farklı tanım için bkz. GÖKYAYLA, s. 24-26.

²¹⁴ NOMER, s. 163; Örneğin Born, kamu düzeninin belirsiz ve tarif edilemez olduğunu belirterek, kamu düzenini asi ve zaptedilmesi mümkün olmayan bir ata benzetmiştir: BORN, s. 3654.

²¹⁵ SAKMAR, s. 77.

benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık” olarak çizmek mümkündür²¹⁶.

Ekşi de Yargıtay’ın tanımına paralel olarak, kamu düzeni kapsamına esas olarak üç husus girdiğinden bahsetmiş ve kamu düzeni kapsamını olabildiğince anlaşılır şekilde somutlaştırmıştır²¹⁷. Yapılan bu üç kademeli ayrıma göre, ilk bölümde insan haklarına ilişkin konvansiyonlar yanında Anayasa ile teminat altına alınan temel hak ve hürriyetler bulunmaktadır. İkinci bölümde ise hukukun temel ilkeleri gelmekte ve en son bölümde Türk toplumunun ahlak anlayışı yer almaktadır. Kamu düzenine ilişkin değerlendirme yapılırken mahkeme, bu üç husustan hangilerinin ihlal edildiğini somut olayın özelliklerine göre tespit edecektir²¹⁸.

III. Kamu Düzeninin Çeşitleri

Kamu düzeni; milli ve milletlerarası kamu düzeni olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²¹⁹. Her ne kadar birtakım yazarlar bu ayrımın yalnızca akademik açıdan önemi olduğunu ve uygulamada söz konusu ayrımın dikkat çekmediğini belirtse de²²⁰, hukuk düzeni içinde işlevlerini göstermekte olan bu iki kavram, nitelikleri, amaçları ve etki ettikleri alanlar açısından birbirleriyle farklılık göstermektedirler.²²¹ Bu sebeple, söz konusu kavramlar arasında kesin bir ayrım yapılmalı ve hangi hallerde hangi tür kamu düzeninin devreye gireceği tespit edilmelidir²²². Aksi halde, oldukça geniş yer kaplayan ve büyük bir öneme sahip olan kamu düzeni kurallarının, amaçlanan şekilde hizmet vermeleri ve sonuç doğurmaları mümkün olmaz.

²¹⁶ İBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012: RG 20.9.2012/28417.

²¹⁷ EKŞİ, s. 280.

²¹⁸ EKŞİ, s. 280.

²¹⁹ BERG, s. 360.

²²⁰ BERMANN, s. 63.

²²¹ Milli ve milletlerarası kamu düzeni ayrımı yapan ve yapmayan devlet mahkemelerinin listesi için bkz. BERMANN, s. 63-64.

²²² BORN, s. 3652-3653; DAYINLARLI, s. 2; EKŞİ, s. 279; GÖKYAYLA, s. 36.

A. Milli Kamu Düzeni

Bütün hukuk sistemlerinde, tarafların uymak zorunda oldukları birtakım emredici hukuk kuralları bulunmaktadır. Bu kurallar bazen kamu hukukundan bazen de özel hukuktan doğmaktadır. İşte kişilerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ve aksini kararlaştıramadan uymak zorunda oldukları bu emredici hukuk kuralları, milli kamu düzeni veya diğer adıyla iç kamu düzeni kuralları olarak adlandırılırlar. Sözü edilen kurallar ile tarafların irade serbestisi sınırlandırılarak o ülkedeki genel kamu düzeni sağlanmaya çalışılır²²³.

Türk hukukunda, milli kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacak olan durumlar özetle; Türk kanunlarının esas prensiplerine; Türk ahlak, adap ve aile anlayışına; Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlere ve devletler kamu hukukuna aykırılık halleridir²²⁴. Görüldüğü gibi, iç kamu düzeni oldukça geniş bir alana etki etmekte ve bu özelliği sebebiyle tüm hukuk sistemlerinde titizlikle korunmaktadır²²⁵.

B. Milletlerarası Kamu Düzeni

Kamu düzeninin diğer bir çeşidi olan milletlerarası kamu düzeni, milletlerarası özel hukukun en önemli konularından birini teşkil ederek, hukukun farklı alanlarında etkisini gösterir. Milletlerarası kamu düzeni kavramı, milli kamu düzenine nazaran daha dar bir kavramdır.²²⁶ *Ruhi ve Kaplan* milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninin, “*kendi yargılama usulüne göre verilmeyen bir hükmün uygulanması halinde, yargılamanın konusu ile karşılaştırılamayacak derecede daha büyük, daha önemli ve vazgeçilmez nitelikteki menfaatlerin zarar görmesi olasılığı karşısında, bu*

²²³ DAYINLARLI, s. 41-44; GÖKYAYLA, s. 36; ALTUĞ Yılmaz/YASAN Mustafa, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s. 141-142.

²²⁴ DAYINLARLI, s. 42; BERMANN, s. 63.

²²⁵ Milli kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI, s. 41-56.

²²⁶ BERG, s. 360.

*menfaatlerin öncelikle ve kesin olarak korunmasını amaçlayan bir anlam” ifade ettiğini belirtmişlerdir*²²⁷.

Milletlerarası kamu düzenini oluşturan kurallar bütünüün kaynağı hakkında uluslararası doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre milletlerarası kamu düzenini, yerel mevzuat ve içtihat yerine, doğrudan uluslararası hukuktan doğan maddi hukuk kuralları oluşturur²²⁸. Sözü edilen bu kurallar bütünüü; doğal hukukun temel prensipleri, uluslararası adalet ilkeleri, uluslararası *jus cogens* kuralları ve medeni kabul edilen milletlerin ahlak kuralları oluşturur²²⁹. Bu kurallar bütünüü, birtakım Avrupalı yazarlar “tam anlamıyla” veya “gerçek” milletlerarası kamu düzeni olarak adlandırır²³⁰. Kanaatimizce, bu görüşe göre tasvir edilen milletlerarası kamu düzeni kavramı oldukça kapsamlı ve belirsiz olduğundan²³¹, yabancı hakem kararlarının tenfizinde uygulanacak kamu düzenini sözü edilen kurallar oluşturmaz²³².

İkinci görüşe göre, milletlerarası kamu düzeninin konusunu, çeşitli devletlerce kabul edilmiş uluslararası temel prensiplere aykırı olmayan, milli kamu düzeni kuralları oluşturur²³³. Bu görüş, uluslararası alandaki milletlerarası kamu düzeni prensiplerinin tespit edilerek, bu prensiplerin milli hukuku kısıtlayarak tenfiz devletinde uygulanmasını gerektirir²³⁴.

Üçüncü ve son görüşe göre ise, milletlerarası kamu düzeni, tenfiz devletinin uluslararası alanda da uygulanmasını amaçladığı milli kamu düzeni kurallarıdır. Bu

²²⁷ RUHİ Ahmet Cemal/KAPLAN Yavuz, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public), 22(2002)2 MHB-Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 644.

²²⁸ BORN, s. 3657.

²²⁹ BERG, s. 361.

²³⁰ BORN, s. 3657.

²³¹ BERG, s. 361.

²³² Aynı yöndeki görüşler için bkz. BORN, 3657-3658; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 997.

²³³ BORN, s. 3658.

²³⁴ BORN, s. 3658.

kuralların tespiti için, doğrudan uluslararası kaynakların incelenmesi yerine, yerel hukuk ve mahkeme kararlarının amacına bakılmalıdır²³⁵.

Devletler, yargılamalarda uygulayacakları kamu düzeni kurallarını tayin etmekte özgür olduklarından, milletlerarası kamu düzenini oluşturan kaynaklar ülkelere göre farklılık göstermektedir²³⁶.

Milli kamu düzenine göre daha dar bir tanımı ve uygulaması olan milletlerarası kamu düzeninin, Türk hukukunda, milletlerarası özel hukuk açısından üç farklı işlevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yabancı bir hukukun uygulanması sırasında ortaya çıkar. MÖHUK'un 5. maddesine göre, yabancı bir hukukun uygulanması esnasında, uygulanan hukuk kurallarının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde, söz konusu yabancı kanun hükmü uygulanmaz. Görüldüğü gibi, kamu düzeni bu müdahalesi ile yabancı bir kanun hükmünün uygulanmasına engel olmaktadır²³⁷. Bu müdahalenin altında yatan temel sebep, hukukunun uygulandığı yabancı devlet ile Türk devleti arasındaki; kültür, medeniyet, dini, ahlaki ve siyasi farklılıklardır. Uyguladığı yabancı kanun hükmünün amacını ve içeriğini tam olarak bilme imkanı bulunmayan Türk mahkemesi, her somut olayda kamu düzeni hakkında bir değerlendirme yapmalı ve Türk kamu düzeninin ihlal edilmediğinden emin olmalıdır. Bu açıdan yabancı kanunun uygulanması esnasında daima kamu düzeni müdahalesine ihtiyaç duyulur²³⁸.

Milletlerarası kamu düzeninin diğer bir müdahalesi, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi esnasında ortaya çıkmaktadır. MÖHUK'un 54(1)(c) maddesine göre, tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi halinde, tenfiz başvurusu reddedilir. MÖHUK'un 58(1).

²³⁵ BORN, s. 3658.

²³⁶ BORN, s. 3659.

²³⁷ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 380; ALTUĞ/YASAN, s. 142; GÖKYAYLA, s. 38.

²³⁸ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 379-380.

maddesinin atfıyla, aynı kural yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında da uygulanır²³⁹.

Milletlerarası kamu düzeninin üçüncü ve son müdahalesi ise yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde gündeme gelmektedir. New York Konvansiyonu'nun V(2)(b) ve MÖHUK'un 62(1)(b) maddesine göre tenfizi veya tanınması istenen hakem kararının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde, tenfiz başvurusu reddedilir.

Açıklanan kamu düzeni müdahalesi hallerinin tümünde mahkemeler, bağlı bulundukları ülkenin vazgeçilmez hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki değerlerini koruma amacı gütmekte ve bu değerlere aykırı olan hukuk kurallarını veya kararları reddederek ülkelerindeki kamu düzeninin korunmasını sağlamaktadırlar²⁴⁰. Ancak mahkemeler, kamu düzeninin ihlal edilip edilmediğini her somut olayda ayrı ayrı değerlendirmeli ve takdir haklarını objektif unsurlara dayandırmalıdır. Aksi halde keyfi değerlendirmelerle karşı karşıya kalınarak, kamu düzeni müdahalesi ile amaçlanan sonuca ulaşamaz²⁴¹.

²³⁹ Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, s. 1-723.

²⁴⁰ ŞANLI, s. 475.

²⁴¹ DAYINLARLI, s. 2.

Dördüncü Bölüm

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİNDE KAMU DÜZENİ

I. Kamu Düzeninin Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Etkisi

Tenfizi talep edilen bir hakem kararı, tenfiz devletinin kamu düzenine uygun olmalıdır. Aksi halde, tenfiz devletinin kamu düzenine aykırılık teşkil eden bir hakem kararının o ülkede tenfizinden söz edilemez²⁴². Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine uygunluk koşulu, neredeyse bütün hukuk sistemlerinde var olan temel bir tenfiz şartıdır²⁴³. Kamu düzenine uygunluk şartı, her ne kadar tenfiz devletinin kamu düzenini koruma amacı gütsün de, yabancı hakem kararlarının tenfizinde uygulanacak kamu düzeni kurallarının niteliği ve kapsamı hakkında doktrinde ve uygulamada yeknesaklık bulunmadığından, kamu düzeni şartı tenfizi zorlaştırmakta ve milletlerarası tahkim uygulamasını olumsuz yönde etkilemektedir²⁴⁴.

Kamu düzenine aykırılık, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, tenfizin reddini talep eden tarafça en sık ileri sürülen tenfiz itirazlarından biridir²⁴⁵. Buna rağmen uygulamada, diğer şartlara kıyasla, kamu düzenine aykırılık sebebiyle yabancı hakem kararının tenfizini reddeden mahkeme kararlarının sayısı oldukça azdır²⁴⁶. Bu içtihat eksikliği ve doktrindeki birbirleriyle çelişen sayısız görüş ve eser, yabancı hakem kararlarında kamu düzeni konusunun karmaşık ve belirsiz kalmasına neden olmaktadır. Bu durum, yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni şartının uluslararası doktrinde sıklıkla eleştirilmesine neden olmuştur.

²⁴² MÖHUK madde 62(1)(b) ve New York Konvansiyonu madde V(2)(b).

²⁴³ BERG, s. 360.

²⁴⁴ BORN, s. 3646-3647; Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeninin farklı devletlerdeki görünüşleri için bkz. DAYINLARLI, s. 110-144.

²⁴⁵ BORN, s. 3646-3647

²⁴⁶ BORN, s. 3647.

Örneğin *Paulsson*, kamu düzenine aykırılık şartının diğer tenfiz şartları arasında en hatalı olarak uygulanan şart olduğunu belirtmiş ve tenfiz mahkemelerini, kamu düzeni hakkında birbirleriyle tutarsız kararlar vermeleri sebebiyle eleştirmiştir²⁴⁷. *Redfern* ve *Hunter*'a göre ise, kamu düzeni şartı, bazı ülkelerin hakem kararlarının tenfizinde adaletsiz davranmalarına zemin hazırlamaktadır²⁴⁸. *Born* ise kamu düzeni istisnası, taraf devletlere New York Konvansiyonu'nun uluslararası bütünlük içeren standartlarına uymak yerine, yalnızca yerel hukuku uygulama imkana veren bir kaçış mekanizmasıdır²⁴⁹.

II. Kamu Düzenine Aykırılığın Denetlenmesinde Mahkemelerce Uyulması Gereken Prensipler

Hakemler, aynı mahkemeler gibi belirli hukuk kurallarının kendilerine izin verdiği ölçüde yargılama yapma yetkisine sahiptirler. Yapılan bu yargılamalar sonucunda verilen hakem kararları da aynı mahkeme kararları gibi bağlayıcılık teşkil eder ve yargılamanın taraflarını çeşitli yükümlülükler altına sokar. Bu açıdan hakem heyetleri, yargılama sırasında birtakım hukuki ve ahlaki kurallara uymak zorunda oldukları gibi temel adalet ilkelerini zedelemeyerek faaliyetlerini sürdürmekle yükümlüdürler²⁵⁰.

Hakem heyetlerince uyulması gereken bu adalet ilkeleri ve hukuk kuralları, nitelik bakımından hakimlerin uymaları gereken kurallar ile farklılık göstermektedir. Yargı gücünü her zaman için bir devletten alan ve kamu yararına hizmet eden mahkemelerin uymak zorunda oldukları kurallar ve yetkilerinin sınırları, bağlı

²⁴⁷ PAULSSON Jan, *The New York Convention in International Practice – Problems of Assimilation*, ASA Special Series No. 9, M. Blessing edition, 1996, s. 113.

²⁴⁸ REDFERN Alan/HUNTER Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 6. bası, Londra 2014, s. 623.

²⁴⁹ BORN, *International Arbitration*, s. 407.

²⁵⁰ NOMER Ergin, *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi* 09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 19-20(1999-2000)1-2 MHB-Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 566. ŞANLI, s. 475; TANRIVER, s. 478.

bulundukları devlet hukuku tarafından önceden belirlenmiştir. Buna karşı, yalnızca tarafların iradesi ile kurulmuş ve yetkilendirilmiş milletlerarası hakem heyetlerinin, milli mahkemeler ölçüsünde sıkı sıkıya bağlı bulundukları bir hukuk sistemi ve kamu otoritesi bulunmamaktadır. Ancak bu durum, hakem heyetlerinin yargılama esnasında keyfi şekilde hareket edecekleri ve herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı olmayacakları anlamına gelmez. Hakemler yargılamalarını yürütürken, daima uluslararası hukuk ve uluslararası ticarete egemen olan temel ilkeler çerçevesinde hareket etmeli ve kararlarını bu prensipler dahilinde vermelidirler²⁵¹.

Milletlerarası hakem heyetleri ile mahkemelerin yargılamalarını yürütürken uymak zorunda oldukları bu kuralların farklılığı, tenfizde kamu düzeni açısından önemli bir fark yaratmaktadır. Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi sırasında tenfiz mahkemesi, kamu düzenine aykırılığın yorumunu daha sert ve belirgin bir şekilde yapacakken, yabancı bir hakem kararının tenfizi esnasında, uluslararası ticaretin gerekliliklerini ve milletlerarası ticari tahkimin amacı da değerlendirerek daha yumuşak ve özgürlükçü bir tutum sergilemelidir²⁵². Diğer bir ifade ile, yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılığı değerlendiren tenfiz hakimi, kamu düzeninin etkisini zayıflatarak daha tahammüllü bir şekilde hareket etmelidir²⁵³. Kamu düzeninin ihlal edilip edilmediğinin tespiti, yalnızca tenfiz hakimine bırakıldığından, tenfiz hakimi bu geniş takdir yetkisini oldukça dikkatli kullanmalı ve kamu düzenini milletlerarası tahkimden beklenen faydayı azaltacak bir araç olarak kullanmamalıdır²⁵⁴. Aksi halde yabancı hakem kararlarının tenfizi sırasında, kamu

²⁵¹ ŞANLI, s. 475-476; TANRIVER, s. 478; NOMER, Kamu Düzeni, s. 566. Hakem yargılamalarında hakemlerce uygulanan kamu düzeni halleri için bkz. ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 392-413.

²⁵² ŞANLI, s. 475-476.

²⁵³ NOMER, Kamu Düzeni, s. 564.

²⁵⁴ ŞANLI, s. 476.

düzeni müdahalesini aşmak oldukça zorlaşacak ve yabancı hakem kararları sürekli tenfiz engeli ile karşılaşacaktır.

A. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Etki Eden Kamu Düzeni

MÖHUK ve Konvansiyonda açıkça belirtilmemesine rağmen, her iki mevzuatın da amacı ve kaleme alınış biçimi incelendiğinde, tenfiz davalarında dikkate alınacak kamu düzeninin; milli kamu düzeni değil tenfiz anındaki²⁵⁵ milletlerarası kamu düzeni olduğu açıktır²⁵⁶. Ancak, birtakım yazarlar bu görüşe tam olarak katılmamaktadırlar. Örneğin *Born* ve *Amro*, yabancı hakem kararlarının kamu düzenine uygunluğu denetlenirken, hem yerel hem de uluslararası hukuk prensiplerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmaktadırlar²⁵⁷.

Milletlerarası kamu düzeni kavramı, milli kamu düzeninden daha dar bir kavram olduğundan²⁵⁸, yabancı hakem kararının tenfizi davalarında, kamu düzenine aykırılık dar ve sınırlı olarak yorumlanmalıdır²⁵⁹. Böylece; tenfiz devletinin emredici hukuk kurallarına veya milli kamu düzenine aykırı olmakla birlikte, uluslararası ticaret ve milletlerarası tahkim hukuku anlayışına ve beklentilerine uygun olan yabancı hakem kararlarının tenfizi mümkün olacaktır²⁶⁰.

Tenfizi istenen hakem kararının, kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespitinde, tenfiz ülkesinin kamu düzeni kuralları dikkate alınmalıdır²⁶¹. Hakem kararının tabi olduğu bir hukuk varsa bu hukuk sisteminin kamu düzeni kuralları,

²⁵⁵ ÖKÇÜN, s. 128; TANRIVER, s. 480; EKŞİ, s. 280.

²⁵⁶ GIBSON Christopher, Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law, 113(2009)2 Penn State Law Review, s. 1260-61; BERG, s. 361, 382; PAULSSON, s. 113; MAYER/SHEPPARD, s. 250; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 996; DAYINLARLI, s. 149; AKINCI, Tenfiz, S. 162; ŞANLI, s. 475-476.

²⁵⁷ BORN, s. 3652-3654; AMRO, s. 43, 157.

²⁵⁸ BERG, s. 360.

²⁵⁹ MOSES, s. 228; CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 684; ÖKÇÜN, s. 131; DAYINLARLI, s. 109; ŞANLI, s. 475-476; AKINCI, Esas, s. 160-161; BORN, s. 3659.

²⁶⁰ ŞANLI, s. 475-476; BERMAN, s. 60.

²⁶¹ BORN, s. 3653; REDFERN/HUNTER, s. 643; DAYINLARLI, s. 109; ŞANLI, s. 478; BERMAN, s. 59.

tenfiz mahkemesini bağlamaz. Ayrıca tenfiz yargılamasında, hakem kararının verilmesinde uygulanan hukukun değil, kararın tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilir²⁶².

B. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Revizyon Yasağı

Yabancı hakem ve mahkeme kararlarının tenfizi davalarında tenfiz hakimi, prensip olarak tenfizi istenen kararın doğruluğunu inceleyemez. Tenfiz davalarında, tenfize konu olan hakem kararının maddi yönden incelenmesi, diğer bir ifade ile kararın esasına girilmesi, revizyon yasağına aykırılık teşkil eder²⁶³. Tenfiz hakiminin görevi, hakemlerce uygulanan hukukun tenfiz ülkesi hukukuna uygun olup olmadığını denetlemek değil, yalnızca tenfizi istenen kararın tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığını tespit etmektir²⁶⁴. Hakem kararının maddi içeriğine girilerek esastan bir inceleme yapılması, davanın baştan görülmesi anlamına gelir ve bu durum tenfizin mantığı ile bağdaşmaz²⁶⁵. Nitekim tenfiz davasının davacısı, açmış olduğu dava ile uyuşmazlığın çözümünü değil, hali hazırda uyuşmazlığı çözüme kavuşturmuş bir hakem kararının, tenfiz ülkesinde kesin hüküm ve kesin delil teşkil ederek icra edilebilir hale gelmesini amaçlamaktadır.

Revizyon yasağı MÖHUK ve New York Konvansiyonu'nda açıkça düzenlenmemiş ise de, her iki mevzuatta da tenfiz şartlarının sınırlı olarak sayılması ve yalnızca bu şartlara aykırılık hallerinde tenfiz talebinin reddedileceği belirtildiğinden, tenfiz hakimi MÖHUK ve New York Konvansiyonu'na göre yürütülen tenfiz davalarında revizyon yasağına uymakla yükümlüdür²⁶⁶. Ancak bazı

²⁶² ÇELİKEL/ERDEM, s. 800.

²⁶³ NOMER, s. 508 ve 555; EKŞİ, s. 299; ŞANLI, s. 478; KALPSÜZ, s. 188; Yargıtay davalının hakem yargılamasında iki kere tazminata hükmedildiğine ilişkin itirazını revizyon yasağı kapsamında değerlendirerek dikkate almamıştır bkz. 19. HD, E. 2000/7171, K. 2000/7602, T. 9.11.2000: BİRSEL, s. 32-33.

²⁶⁴ ŞANLI, s. 478.

²⁶⁵ NOMER, s. 508; ŞANLI, s. 479.

²⁶⁶ EKŞİ, s. 299.

hallerde tenfizi istenen hakem kararının, tenfiz devletinin kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilebilmesi için kararının içeriğinin incelenmesine gerek duyulabilir. Bu durum, revizyon yasağının istisnasını teşkil eder²⁶⁷. Örneğin davalı taraf tenfiz yargılamasında, davacının birtakım sahte belgeler düzenlediğini, bu belgelere dayanılarak yürütülen hakem yargılaması sonucunda davacı lehine hüküm verildiğini ve bu durumun kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürerek söz konusu belgelerin sahte olduğunun tespiti ile tenfiz talebinin reddedilmesini isteyebilir. Bu durumda mahkeme, revizyon yasağını aşarak kamu düzenine aykırılık iddialarını değerlendirmek için söz konusu belgelerin sahteliğini araştırmalı ve yapacağı sahtelik incelemesi sonucunda bir karar vermelidir. Kanaatimizce bu durum, doktrinde de belirtildiği üzere, hakem kararının maddi yönden incelenmesi anlamına gelmemektedir. Nitekim mahkeme, verilen örnekte kararın esasına girerek hakem yargılamasında hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını veya vakıaların doğru tespit edilip edilmediğini araştırmamaktadır²⁶⁸.

Kamu düzenine aykırılık iddiaları değerlendirilirken, tenfiz hakimi ancak zorunluluk teşkil eden hallerde revizyon yasağını aşmalı ve incelemesini yine revizyon yasağından beklenen faydayı gözeterek yapmalıdır. Aksi halde, maddi vakıaların ve uygulanan hukuk kurallarının tekrar gözden geçirilerek değerlendirilmesi, tahkim ile devlet yargısı arasındaki farkın kalkması sonucunu doğurur ve bu anlayış, milletlerarası tahkim kurumunun varlığını tehlike altına sokar²⁶⁹.

²⁶⁷ NOMER, s. 508-509; ŞANLI, s. 478; 11. HD, E. 2007/10205, K. 2007/13081, T. 19.10.2007: ÇELİKEL/ERDEM, s. 800; Yargıtay'ın, bu görüşe dayanarak, hatalı olarak yabancı hakem kararının içeriğinin, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu sözleşme hükümlerinin geçerliliği bakımından da incelenmesi gereğinden hareket ettiği anlaşılmaktadır: HGK, E. 2011/13-568, K. 2012/47, T. 8.2.2012 [NOMER, s. 555].

²⁶⁸ ŞANLI, s. 478-479.

²⁶⁹ ŞANLI, s. 479.

III.Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzenine Aykırılık Teşkil Eden Başlıca Durumlar

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılık teşkil eden durumların önceden kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Ancak, tenfiz yargılamalarında kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek durumlar başlıca şu şekilde sıralanabilir; tenfize konu olan hakem kararının tenfiz devletinin temel, hukuki ve ahlaki kurallarına aykırı olması; tenfizi istenen kararın kesinleşmiş bir Türk mahkeme kararı ile bağdaşmayacak ölçüde çelişki yaratacak hükümler içermesi; tahkim yargılaması sırasında yargılama usullerinin ciddi şekilde ihlal edilmiş olması; yargılamaların eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı olarak yürütülmemesi; hakemlerin bağımsız ve tarafsız şekilde yargılama yapmamış olmaları; taraflarının savunma haklarına riayet edilmemiş olunması şeklinde sıralanabilir²⁷⁰.

Bu sıralamadan açıkça, tenfiz mahkemesinin yargılamasını yürütürken hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ait kamu düzeni kurallarının ihlal edilip edilmediğini değerlendirdiği görülmektedir. Bu bakımdan, tenfize etki eden kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeninden daha geniş yorumlanmaktadır. Nitekim yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni yalnızca maddi hukuka ait kamu düzeni kurallarını içermekte iken, tenfize etki eden kamu düzeninde, maddi kamu düzeninin yanında Türk usul hukukuna ait temel prensiplere riayet edilip edilmediği de değerlendirilir²⁷¹. Ancak *Born* bu durumu

²⁷⁰ EKŞİ, İstanbul Konferansı, s. 120; TANRIVER, s. 480-491; ŞANLI, s. 477-482; NOMER, s. 558-561; AKINCI, Tenfiz, s. 197; KURU/YILMAZ, s. 199; Yabancı hakem kararlarının gerekçesiz olması, kanaatimizce kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu sebeple gerekçesiz hakem kararlarının tenfizi mümkündür. Aynı yöndeki görüşler için bkz. AKINCI Ziya, Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir Mi?, 70(1996)1-3 İBD, s. 83 vd.; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 91-93; NOMER, s. 560-561; ŞANLI, s. 477; BERG, 376-382; Gerekçesiz mahkeme kararlarının tenfizinin mümkün olduğunu belirten İBBGK kararı için bkz. İBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.02.2012: RG 20.9.2012/28417.

²⁷¹ NOMER, Kamu Düzeni, s. 563-564; AMRO, s. 43.

eleştirerek, yabancı hakem kararlarının tenfizinde usul hukukuna ilişkin kamu düzeni kurallarının dikkate alınmaması gerektiğini savunmaktadır²⁷².

IV. Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni

A. MÖHUK ve New York Konvansiyonu’nun Kamu Düzenine İlişkin Hükümleri

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde, tenfizi istenen hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olmaması koşulu hem MÖHUK hem de New York Konvansiyonu’nda yer almaktadır. Birbirlerine oldukça paralel hükümler içeren bu iki mevzuat, kamu düzeni açısından da farklılık göstermemiş ve tenfiz ülkesinin kamu düzeninin korunmasını amaçlayarak, kamu düzenine aykırılığı bir tenfiz engeli olarak düzenlemiştir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde iç hukuk mevzuatımız olan MÖHUK’un 62(1)(b) maddesine göre, tenfizi istenen hakem kararının Türk kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olması halinde, hakem kararının tenfizi reddedilir. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılığı düzenleyen MÖHUK’un 54(1)(c) maddesine göre, kamu düzenine aykırılığın açık olması şartı aranmışken, yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen hükümde, kamu düzenine aykırılığın ölçüsüne ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Ancak MÖHUK’un 54(1)(c) maddesinden yola çıkarak, yabancı hakem kararlarının tenfizinde de kamu düzenine açıkça aykırılığın aranması uygun olacaktır. Nitekim kanun koyucunun kamu düzenine açıkça aykırılığın aramasının sebebi, tenfiz esnasında kamu düzeninin uluslararası ilişkilerdeki müdahale alanını sınırlandırmak ve kamu düzenini katı bir

²⁷² BORN, 3659.

tenfiz engeli olmaktan çıkartmaktır²⁷³. Bu bakımdan, aynı amacın yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından da güdüleceği açıktır.

New York Konvansiyonu'nun V(2)(b) maddesine göre de tenfizi istenen hakem kararının tenfiz devletinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi bir tenfiz şartıdır. Konvansiyon'un 1955 tarihli taslağında yalnızca kamu düzenine aykırı olmama koşulu yerine 1927 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nda olduğu gibi kamu düzenine veya hukukun temel prensiplerine aykırı olmama koşulu yer almaktaydı. Ancak New York Konferansı görüşmeleri sırasında, söz konusu koşulun oldukça geniş ve dolayısıyla hatalı uygulamalara neden olacağı anlaşıldı ve Konvansiyon'un son metninde, hukukun temel prensiplerine aykırı olmama koşuluna yer verilmeyerek yalnızca kamu düzenine uygunluk kıstasında karar kılındı²⁷⁴. Bu değişiklikle, Konvansiyon'un kamu düzeni kavramının dar olarak anlaşılması gerektiğini amaçladığı belli olmaktadır.

Konvansiyonda, MÖHUK'ta olduğu gibi, kamu düzenine aykırılığın açıkça olmasını gerektiren bir düzenleme bulunmasa da, yukarıda ifade edilen tutum gereği, New York Konvansiyonu'na göre yürütülen tenfiz davalarında da kamu düzenine aykırılığın yalnızca açıkça mevcut olması halinde tenfize engel olacağı kabul edilmelidir.

Her iki mevzuat da incelendiğinde, hangi hallerin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin bir düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir. Nitekim zamana ve mekana göre sürekli değişen kamu düzeni kurallarının ve bu kurallar ışığında ortaya çıkan aykırılık hallerinin önceden tespit edilerek mevzuata geçirilmesi mümkün olmamakla birlikte doğru da değildir. Ancak, kamu düzeni gerekçesi kullanılarak, birçok hakem kararının haksız yere tenfizinin engellendiğini ifade eden

²⁷³ KURU/YILMAZ, s. 199.

²⁷⁴ BORN, s. 3648-3649; BERG, s. 360-361, 368.

Şanlı, haklı olarak en azından kamu düzenine aykırılığın tespitinde riayet edilecek asgari standartların belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir²⁷⁵.

B. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzenine İlişkin Yargıtay Kararları

Türk hukukunda, diğer birçok devlette olduğu gibi, yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılığın detaylıca incelendiği Yargıtay kararı sayısı, diğer tenfiz şartlarına ilişkin karar sayısına kıyasla oldukça azdır. Söz konusu kararların sayısı oldukça az olsa da, Yargıtay'ın konu hakkında vermiş olduğu eski tarihli ve hatalı kararlar gerek milli gerek de uluslararası doktrinde büyük yankı uyandırmış ve birçok eser, söz konusu kararlara atıf yaparak değerlendirmelerde bulunmuştur. Örneğin *Şanlı*, Yargıtay'ın kamu düzeni anlayışını, Konvansiyon'un amacına ve milletlerarası tahkimden beklenen faydaya aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirmekte ve bu hatalı anlayış ile hakem kararlarının tenfizinin haksız yere engellendiğini ifade etmektedir²⁷⁶.

Çalışmamızın esasını teşkil eden bu bölümde, Yargıtay'ın yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılığı değerlendiren kararları incelenecek ve değerlendirecek ve de söz konusu kararlara ilişkin yerli ve yabancı doktrindeki eleştirilere yer verilecektir.

1. Hakemlerin Bağımsız ve Tarafsızlığına İlişkin İddiaların Kamu Düzeni Kapsamında Değerlendirilmesi

Hakemlerin yargılamalarını yürütürken, tahkim davası taraflarından bağımsız olmaları ve tarafsız karar vermeleri, yargılamanın adil yürütülmesi ve hakkaniyete uygun kararlar verilebilmesi açısından önem taşımaktadır. Devlet mahkemeleri gibi,

²⁷⁵ ŞANLI, s. 476.

²⁷⁶ ŞANLI Cemal, Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 17-18(1997-1998)1-2 MHB-Özel Sayı Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, s. 405.

taraflar açısından bağlayıcı kararlar veren tahkim heyetlerinin yargılamalarda taraflı davranması, temel adalet prensipleri açısından kabul edilemez. Nitekim Kara Avrupası hukuk sistemlerinde prensip olarak, hakemlerin de aynı hakimlerden beklenen ölçüde tarafsız ve bağımsız olmaları beklenir²⁷⁷. Bağımsız ve tarafsız olmayan hakemler tarafından verilen kararlar, Türk usul hukukuna ait milletlerarası kamu düzeni kurallarına aykırılık teşkil edeceklerinden, Türkiye’de tenfiz edilemezler.

a. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Tarafından Uyuşmazlığın Çözümü İçin Tek Hakem Tayin Edilmesinin ve Tayin Edilen Hakemin Milliyetinin Kamu Düzenine Aykırılığı

Yargıtay 3.11.2016 tarihli kararında, davalının itirazına rağmen ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından tek hakem tayin edilmesinin ve tayin edilen hakemin milliyetinin, hakemin tarafsızlığına ve bağımsızlığına etkisini değerlendirmiş ve söz konusu hakem kararını kamu düzenine uygun bularak tenfizi reddeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur²⁷⁸.

Karara konu olan uyuşmazlıkta, taraflar arasında tedarik sözleşmesi imzalanmış ve sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü ICC tahkimine tabi kılınmıştır. Sözleşmeye göre; taraflar pratik nedenlerle başka bir yer belirlemedikleri takdirde, hakem yargılaması İsviçre’de yürütülecek ve sözleşmenin yorumlanmasında Türk hukuku uygulanacaktır. Ancak sözleşmede, hakem heyetinin kaç hakemden oluşacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması üzerine davacı, 4.5.2012 tarihinde, uyuşmazlığın tek hakem ile çözülmesini talep ederek ICC Tahkim Mahkemesine

²⁷⁷ NOMER, Kamu Düzeni, s. 560.

²⁷⁸ 11. HD, E. 2015/11441, K. 2016/8701, T. 3.11.2016 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 23 Kasım 2017).

başvurmuştur. Davalı taraf ise, ICC'nin üç hakem tayin etmesini talep etmiştir. Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, ICC Tahkim Kurallarının 12(2) maddesi gereğince, ICC Tahkim Mahkemesi üç hakem tayini gerekliliği konusunda karar kılmadıkça, uyuşmazlığın çözümü için tek hakem tayin edilir. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, tarafların taleplerini 9.8.2012 tarihli oturumda değerlendirmiş ve uyuşmazlığın tek hakemden oluşan tahkim mahkemesine havale edilmesine karar vererek, İsviçre'nin Almanca konuşulan bir kantonundan olan Dr. Marc Veil'i hakem olarak atamıştır. Yargılama sırasında davalı, hakemin tarafsız ve bağımsız olmadığı itirazında bulunmuş ancak ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, söz konusu itirazı değerlendirerek yerinde görmemiştir.

Tahkim yargılaması lehine sonuçlanan davacı Alman şirketi, kararın tenfizi için Türk mahkemesine başvurmuştur. İlk derece mahkemesi, davalının itirazına rağmen tek hakem atanmasını MÖHUK'un 62(1)(f) ve Konvansiyon'un V(1)(d) maddelerine aykırı bulmuş; ayrıca, hakemin İsviçre'nin Almanca konuşulan bir kantonundan olmasının tarafların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu belirterek tenfiz talebini reddetmiştir.

Yargıtay, tenfiz yargılamasında, hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında somut veriler bulunmadığını ve davalının söz konusu itirazının, ICC Tahkim Mahkemesince incelenerek reddedildiğini belirterek, hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın söz konusu kararı MÖHUK ve New York Konvansiyonu'na uygundur. Tarafların üzerinde anlaştıkları tahkim kurallarına uygun olarak atanan tek hakemin İsviçre'nin Almanca konuşulan bir kantonundan olması ile davacının Alman bir şirket olması arasında hakemin bağımsızlığını ortadan kaldıran

bir ilişki bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay, oldukça isabetli bir karar vererek, davalının hakemin bağımsızlığına ilişkin itirazının hakem yargılaması sırasında değerlendirilerek haksız bulunduğunu ve davalının tenfiz yargılaması sırasında hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığını ispat edecek somut bir delil ileri sürmediğini belirterek., kararın tenfizini mümkün kılmıştır Dolayısıyla, tenfiz yargılamalarında, somut delillere dayanmayan tarafsızlık ve bağımsızlık iddiaları, hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu ispatlamaya yeterli değildir.

b. Terditli Kurumsal Tahkim Merkezi Seçiminin ve Hakem Seçme Hakkının Yalnızca İddia Sahibine Verilmesinin Kamu Düzenine Aykırılığı

Terditli hakem seçiminin ve hakem seçme hakkının, yalnızca iddia sahibine verilmesinin, hakemlerin tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına gölge düşürüp düşürmediği, dolayısıyla söz konusu hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı 9.6.1999 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına²⁷⁹ konu olmuştur. Karara konu olan olayda, taraflar arasında kömür satımına ilişkin 8.2.1992 tarihli bir sözleşme imzalanmıştır. İmzalanan sözleşmenin 9. maddesine göre taraflar, aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumuna bırakmışlardır. Ancak 11.9.1992 tarihinde, sözleşmede değişiklik yapılarak uyuşmazlığın aynı zamanda Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve Kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından da çözüme kavuşturulabileceği ve hakem heyetini seçme hakkının yalnızca iddia sahibine ait olduğu kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması üzerine davacı, 1.445.261,48 dolarlık alacağı için Moskova Ticaret Odası bünyesinde kurulu

²⁷⁹ HGK, E. 1999/19-467, K. 1999/489, T. 9.6.1999: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 476-478; Kararın ayrıntılı bir incelemesi için bkz. NOMER, Kamu Düzeni, s. 555-576.

Uluslararası Tahkim Mahkemesine başvurarak iddia ettiği alacak miktarının hükme bağlanmasını sağlamıştır.

Hakem mahkemesince verilen kararı tenfiz etmek isteyen davacı, Türk mahkemelerine başvurmuş ve Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen tenfiz davasında, davacının tenfiz talebi hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. İlk derece mahkemesinin kararı davacı vekilince temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesini yürüten Yargıtay 19. Hukuk Dairesi kararına göre:

“Görüldüğü gibi, taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.

Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene, yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez...”.

İlk derece mahkemesinin Yargıtay’ın bozma kararına direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu üst derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Hakem yargılamalarında, tarafların hakemleri bizzat tayin edebilme imkanları bulunduğu için, tarafların en azından kendi seçtiği hakemlerin bağımsızlıklarına etki edebilecekleri şüphe götürmez bir gerçektir. Bu açıdan, hakem teşkilinde bir tarafa tanınan üstünlük, o tarafın yargılama esnasında da üstünlük elde etmesi sonucunu doğuracağından, hakem teşkilinde taraflara eşit imkanlar verilmesi, tarafsız yargılama

yapılabilmesi açısından büyük önem taşımaktadır²⁸⁰. Dolayısıyla, herhangi bir şarta bağlanmaksızın, hakem seçimi hakkının yalnızca tek bir tarafa verilmesi, tarafsız yargılama ilkesi ile bağdaşmayarak, tenfizde kamu düzenine aykırılık olarak ortaya çıkacaktır. Ancak, hakemlerini yalnızca bir tarafın seçmiş olduğu bir hakem mahkemesinin verdiği karar dahi, herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmadan, doğrudan kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tenfiz engeli ile karşılaşmamalıdır. Tenfizi istenen karara bakılarak, gerçekten de tarafsız bir yargılama yapılıp yapılmadığı irdelenmeli ve tek taraflı hakem seçiminin, somut olarak yargılamanın tarafsızlığına etki edip etmediği değerlendirilmelidir²⁸¹.

Karara konu olan olayda, sözleşmede belirtilen iki farklı tahkim merkezinden birini seçme imkanı, tarafların her ikisine de verilmiştir. Bu bakımdan, terditli tahkim merkezi seçiminin yargılamanın tarafsızlığını ortadan kaldırdığından söz etmek mümkün değildir. Çünkü taraflar, herhangi bir baskı altında kalmadan herhangi iki tahkim mahkemesinden birine başvurabileceklerdir. Kanaatimizce bu seçim hakkı, kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği gibi, taraflara sağladığı özgürlük alanı bakımından gayet olumlu bir imkandır. Ayrıca, taraflar arasındaki sözleşme incelendiğinde, hakemlerin seçiminin, münhasıran tek bir tarafa bırakılmamış olduğu görülmektedir. Hakem seçme hakkı iddia edene, yani her iki tarafa da verilmiştir. Dolayısıyla, terditli tahkim merkezi seçimi ve hakem teşkilinin yalnızca iddia eden tarafa verilmesi, soyut olarak dahi, yargılamada tarafsızlığı ortadan kaldırarak kamu düzenine aykırılık teşkil etmez²⁸². Bu açıdan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, oldukça

²⁸⁰ NOMER, Kamu Düzeni, s. 561.

²⁸¹ Aynı yönde bir görüş için bkz. NOMER, Kamu Düzeni, s. 570 ve 575; Aksi yönde görüşler için bkz. ŞANLI, s. 481-482; ŞANLI/ESEN/FİGENMEŞE, s. 654; TANRIVER, s. 484.

²⁸² Aynı yönde görüşler için bkz. NOMER, Kamu Düzeni, s. 573; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 120-121; Ayrıca taraflardan birinin kendi hakemini tayin etme hakkını kullanmaması halinde, bu hakkı diğer tarafa veren bir tahkim anlaşması kamu düzenine aykırılık şeklinde yorumlanmamalıdır bkz. NOMER, Kamu Düzeni, s. 561-562.

isabetli bir karar vererek, kamu düzenine aykırılığı olması gerektiği gibi dar yorumlamış ve hakem kararının tenfizinin, kamu düzeni kıstası kullanılarak haksız yere engellenmesine mani olmuştur²⁸³.

c. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin Hakem Kararını Kontrol Etmesinin Kamu Düzenine Aykırılığı

ICC bünyesinde kurulu bulunan ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, kurumsal tahkim alanındaki en eski tahkim merkezlerinden biri olup, uluslararası ticaretten doğan birçok uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünde oldukça sık başvurulmuş bir kurumdur. Merkezi Paris'te bulunan ICC'nin 2012 tahkim kurallarının²⁸⁴ 33. maddesine göre, hakem kurulu nihai kararını vermeden önce, hazırlamış olduğu taslak kararını Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesine²⁸⁵ sunmak zorundadır. Mahkeme, önüne gelen taslak kararda yalnızca şekle ilişkin değişiklikler yapabilir ve hakem kararının bağımsızlığını etkilemeyecek ölçüde olmak şartı ile esasa ilişkin hususlarda hakem heyetine tavsiye verebilir²⁸⁶. Aksi halde hakem kurulu, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından şeklen onaylanmamış herhangi bir karar vermeye yetkili değildir.

ICC Tahkim Mahkemesinin hakemlerce verilen kararı kontrol ve tasdik etmesi, bir dönem için Yargıtay'ca kamu düzenine aykırı bulunarak tenfiz engeli sayılmış ancak daha sonra Yargıtay bu görüşünü değiştirmiştir.

²⁸³ Aynı yönde görüşler için bkz. NOMER, Kamu Düzeni, s. 573; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 122.

²⁸⁴ ICC tahkim kuralları 1.1.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir; Kurallar kitapçığı için bkz. http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf.

²⁸⁵ ICC tahkim kurallarının 1. maddesine göre Divan, ICC'nin bağımsız tahkim kuruluşudur; ICC Tahkim Divanı iç tüzüğü için bkz. ICC tahkim kuralları Ek I.

²⁸⁶ ICC tahkim kurallarının 2. Maddesine göre Divan, hakem kararlarının incelenmesi ve onaylanması konusunda yetkilendirilmiş tek kuruluştur; ICC Tahkim Divanı iç tüzüğü için bkz. ICC tahkim kuralları Ek II.

aa. Yargıtay'ın ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin Hakem Kararını Kontrol Etmesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadı

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 10.3.1976 tarihinde vermiş olduğu bir kararda hakem mahkemesince verilen kararın, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi sekreterliğine tevdi ve tasdik ettirilmesini kamu düzenine aykırı olarak yorumlamıştır²⁸⁷. Söz konusu karar, oldukça eski tarihli olmasına rağmen, özellikle yabancı doktrin tarafından sıklıkla eleştirilmektedir.

Karara konu olan ve *Keban* davası olarak adlandırılan davada, biri Fransız diğeri İtalyan olan iki şirketten oluşan yabancı şirketler grubu ile *Devlet Su İşleri* arasında *Keban* barajının yapımına ilişkin sözleşme imzalanmıştır. İlerleyen dönemde taraflar arasında uyuşmazlık çıkmış ve bunun üzerine müteahhit yabancı şirketler grubu, yine taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına dayanarak, uyuşmazlığın çözümü için ICC tahkimine başvurmuştur. Tahkim yargılaması İsviçre'nin Lozan şehrinde yürütülmüş ve Devlet Su İşleri aleyhine karar verilmiştir²⁸⁸. Bunun üzerine, yabancı şirketler grubu, kararın tenfizi için Türkiye'de dava açmış, ancak Yargıtay, yabancı hakem kararını Türk kamu düzenine aykırı bularak, tenfizini engellemiştir.

Yargıtay'a göre; tarafların akdettikleri tahkim sözleşmesi ile hakem yargılamasının ICC Tahkim kurallarına tabi kılınmasının Türk usul hukukunun tam anlamıyla uygulamadığını kanıtlanmakta ve Türk usul hukukunda, hakem kararlarının tevdi ve tasdik ettirilmesi yönünde bir uygulama bulunmadığından bu durum kamu düzenine aykırılık teşkil eder ve karara konu olan hakem kararının tenfizi mümkün değildir.

²⁸⁷ 15. HD, E. 1975/1617, K. 1976/1052, T. 10.3.1976: KORAL, Hakemliğin Milliyeti, s. 473-479.

²⁸⁸ SAMMARTANO Mauro Rubino, The Keban Arbitration, 46(1980)4 Arbitration: The Journal of the Institute of Arbitrators, s. 241.

Yargıtay'ın ilgili kararının altında yatan temel sebep, ICC Tahkim Mahkemesi incelemesi sebebiyle hakemlerin bağımsızlığının ortadan kalktığı düşüncesidir. Nitekim *Kuru*; hakem kararının tasdik edilmesi koşulunu, hakemlerin bağımsızlığına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirmiş ve Yargıtay kararını Türk hukukuna uygun bulmuştur²⁸⁹. *Akinci* ise hakemlerin bağımsızlığının ihlal edilip edilmediğinin her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuş ve ancak somut ihlal hallerinde söz konusu Yargıtay kararının isabetli olacağı yönünde görüş bildirmiştir²⁹⁰. Ancak *Akinci*; Yargıtay'ın, tevdi ve tasdik yönteminin Türk usul hukukunda bulunmadığı ve bu durumun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği yönündeki görüşüne katılmamış ve tenfizde kamu düzeninin, hakem kararının icra edilmesinin doğuracağı sonuçlar açısından ele alınması gerektiğini savunarak kararı bu açıdan eleştirmiştir²⁹¹.

Yargıtay'ın bu hatalı kararı, uluslararası doktrinde de sıklıkla eleştirilmiştir. Örneğin *Koch*, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesince yapılan incelemenin yalnızca şekli noktalara ilişkin olduğunu ve bu durumun kamu düzenine aykırılık şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir²⁹². *Koch'a* göre, Yargıtay'ın bu tutumu Türkiye ile tahkim anlaşması yapan herkes için endişe vericidir ve milletlerarası tahkim bakımından Türk mahkemelerine tereddüt ile yaklaşılmaktadır²⁹³.

Sammartano, *Koch* ile aynı yönde görüş bildirerek ICC Tahkim Mahkemesi tarafından yapılan incelemenin, açıkça şekle ilişkin hususlar ile sınırlandırıldığını ve söz konusu kuralın altında kötü bir niyet yatmadığını belirtmiştir. *Sammartano'ya*

²⁸⁹ KURU, s. 6203; Aynı yöndeki görüşler için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 258; KURU/YILMAZ, s. 200; TANRIVER, s. 483.

²⁹⁰ AKINCI, Tenfiz, s. 167.

²⁹¹ AKINCI, Tenfiz, s. 166.

²⁹² KOCH Christopher, Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Sözleşmesi, Uluslararası Ticari Tahkim Konusundaki Son Gelişmeler Semineri, (1996)15 İTO Yayını, s. 38.

²⁹³ KOCH, s. 42.

göre, bu kuralın amacı, hakemlerin belirli konularda oldukça tecrübeli olan ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin yardımından faydalanabilmesini sağlamaktır. Ancak *Sammartano*, kuralın kaleme alınış biçiminden, tasdik kuralının hakemlerin bağımsızlığına bir müdahale olarak algılanabileceğini belirtmiş ve *Keban* kararının söz konusu kuralın tekrar kaleme alınması gerekliliğini destekler nitelikte olduğu yönünde görüş bildirmiştir²⁹⁴.

Born ise, Türkiye'yi “ daha az gelişmiş” bir ülke olarak sınıflandırdıktan sonra, *Keban* kararının hatalı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca *Born*, Türk mahkemelerinin dar görüşlü kararlar vermeleri sebebiyle New York Konvansiyonu'nu ihlal ettiğini belirtmiştir²⁹⁵. Ancak *Born*, söz konusu kararı yanlış yorumlayarak, Yargıtay'ın ICC hakem kararını bir hakem kararı olarak nitelendirmediğini ve bu sebeple tenfizini reddettiğini ifade etmiştir²⁹⁶. Halbuki Yargıtay, söz konusu kararda, tenfizi istenen hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca *Born*, Türkiye'nin, *Keban* kararından sonra Konvansiyona taraf olduğunu; dolayısıyla, söz konusu yanlış uygulamanın son bulması gerektiğini belirtmiştir²⁹⁷. Halbuki Yargıtay, bir sonraki bölümde detaylı bir şekilde incelendiği üzere, 1976 tarihli hatalı içtihadından 1991 yılında dönmüştür. Görüldüğü gibi yabancı yazarlar, Yargıtay'ın oldukça eski ve artık uygulamada yeri kalmayan kararlarına atıf yaparak, Türk mahkemelerini hakem kararlarının tenfizini zorlaştırdıkları gerekçesiyle eleştirmektedirler.

²⁹⁴ SAMMARTANO, s. 246.

²⁹⁵ BORN, s. 3718.

²⁹⁶ BORN, s. 3716.

²⁹⁷ BORN, s. 3716.

bb.Yargıtay'ın ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin Hakem Kararını Kontrol Etmesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadından Dönmesi ve Sebepleri

ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin, hakemlerce verilen kararları tasdik etmesini, kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle bir tenfiz engeli sayan Yargıtay, bu hatalı içtihadından dönmüş ve ICC tahkim kurallarına göre verilen hakem kararlarının tenfizinde uygulanan bu katı ve tahkimin özüyle bağdaşmayan uygulama son bulmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.7.1991 tarihli kararına konu olan davada, taraflar arasında ön arıtma tesisi, pompa istasyonu ve inşaat işleri yapımına ilişkin bir sözleşme imzalanmıştır²⁹⁸. Söz konusu sözleşmesinin 67. maddesine gereğince, taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde ICC tahkimine başvurulacaktır.

Taraflar arasında uyuşma çıkması üzerine davalı, uyuşmazlığın çözümü için ICC tahkimine başvurmuştur. Bunun üzerine davacı, Türk mahkemesinde tespit davası açarak, davalının tahkim prosedürüne uymayarak süreyi kaçırdığını, bu sebeple tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğunu ve ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin hakem kararını tevdi ve tasdik etmesinin kamu düzenine aykırı olduğunu iddia ederek uyuşmazlığın tahkim yolu ile sonuçlandırılmayacağını tespitini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, davacının tespit talebini reddetmiştir.

Yargıtay, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin hakem kararını incelemesinin, hakemlerin özgür hareket etmesini engellemediğini ve bu durumun hakemlerin bağımsızlık ilkesine aykırılık olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Ayrıca Yargıtay, davacının tahkim süresine uyulmadığı yönündeki itirazının söz konusu tespit davasında değil ancak hakem

²⁹⁸ 15. HD, E. 1991/2383, K. 1991/3667, T. 10.7.1991: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 533-534.

yargılaması sırasında değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Görüldüğü gibi Yargıtay, bu kararı ile 10.3.1976 tarihli hatalı içtihadından dönmüştür.

Yargıtay 10.7.2003, 25.10.1996 ve 1.10.1992 tarihli diğer kararlarında²⁹⁹ da ICC Tahkim Mahkemesi tarafından tasdik zorunluluğu konusundaki yeni tutumuna sadık kalmış ve ICC tahkimince verilen hakem kararının tenfizini mümkün kılmıştır³⁰⁰.

ICC tahkim kurallarının 33. maddesi incelendiğinde, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından yapılacak incelemenin yalnızca şekle ilişkin olduğu görülecektir. Madde metni *“Divan, kararın şekline ilişkin değişiklikler yapabilir ve hakem kurulunun karar verme özgürlüğünü etkilemeksizin, esasa ilişkin hususlara dikkatini çekebilir”* şeklinde kaleme alarak, hakem heyetinin bağımsızlığına gölge düşürülmeyeceği açıkça ortaya koyulmuştur. ICC’nin söz konusu hükmü düzenlerken, hakemlerin bağımsızlığının ihlal edilmemesi için ek bir çaba gösterdiği açıktır. Görüldüğü gibi, ICC Tahkim Mahkemesi incelemesine rağmen, maddi meselelere ilişkin karar verme yetkisi mutlak olarak hakemlere bırakılmıştır. Bu bakımdan, yalnızca şekle ilişkin bir inceleme yapılarak, hakem kararının tasdik edilmesi, hakemlerin bağımsızlığını ortadan kaldıracak bir durum olarak yorumlanmamalıdır³⁰¹. Ayrıca tahkim sözleşmesinin tarafları, ICC tahkimini seçerek, tahkim yargılamalarının ICC kurallarınca yürütüleceğini belirtirler. Dolayısıyla ICC

²⁹⁹ 19. HD, E. 2003/2061, K. 2003/7606, E. T. 10.7.2003 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 12 Eylül 2017); 15. HD, E. 1196/3249, K. 1996/5584, T. 25.10.1996: “Mahkeme kararının gerekçesinde hakem kararının M.T.O. Divanı’nca onaylanmasının kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmiş ise de, kararın M.T.O. Tahkim Kurullarına göre verilmiş olması, Divanca tasdiki Dairemizin Yerleşmiş İçtihatları ile de belirtildiği gibi, kamu düzenine aykırılık teşkil etmez”: (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 5 Ağustos 2017); 15. HD, E. 1992/1736, K. 1992/4425, T. 1.10.1992: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 508.

³⁰⁰ Aynı yöndeki ilk derece mahkemesi kararları için bkz. Ankara 4. ATM, E. 1989/132, K. 1989/537, T. 22.9.1989: SAKMAR/EKŞİ/YILMAZ, s. 368-371; İstanbul 6. ATM, E. 1999/421, K. 1990/1121, T. 7.11.1990: SAKMAR/EKŞİ/YILMAZ, s. 376-383.

³⁰¹ Aynı yöndeki görüşler için bkz. KOCH, s. 38; ÇELİKEL/ERDEM, s. 800-801; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 92-93.

Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin, tarafların kendisine verdiği yetkiye dayanarak, hakem kararının tasdik etmesi, hakemlerin bağımsızlığına gölge düşürüldüğü şeklinde yorumlanamaz³⁰².

Dolayısıyla, Yargıtay'ın ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından incelenen ve tasdik edilen hakem kararlarının tenfizini mümkün kılması, kanaatimizce oldukça isabetli olup MÖHUK ve New York Konvansiyonu'nun amacına uygundur.

2. Tahkim Mahkemesince Hükmedilen Cezai Şartın Fahiş Olduğuna İlişkin İtirazın Kamu Düzenine Aykırılık Kapsamında Değerlendirilmesi

Yargıtay 12.5.2014 tarihli kararında, hakem heyetince hükmedilen cezai şartın fahiş olduğuna ilişkin iddianın kamu düzeni kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir³⁰³.

Söz konusu karara konu olan uyuşmazlıkta, taraflar arasında eser sözleşmesi imzalanmış ve söz konusu sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü tahkime tabi kılınmıştır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkmış ve bu uyuşmazlık, yine taraflar arasında imzalanan 16.12.2008 tarihli sulh sözleşmesi ile sonlandırılmıştır. Söz konusu sulh sözleşmesinde taraflar, davalı tarafın cezai şart ödemesini kararlaştırmışlardır. Ancak davalı, sulh sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemiş ve bunun üzerine davacı, aralarındaki tahkim sözleşmesine dayanarak uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmuştur. Tahkim mahkemesince yürütülen yargılama sonucunda, davacı taraf lehine hüküm kurulmuştur.

Lehine sonuçlanan yabancı hakem kararını tenfiz ettirmek isteyen davacı, Türkiye'de tenfiz davası açmıştır. İlk derece mahkemesinde görülen davada davalı;

³⁰² FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 752-753.

³⁰³ 15. HD, E. 2014/2183, K. 2014/3226, T. 12.5.2014: (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 23 Kasım 2017).

diğer itirazlarla birlikte, hakem heyetince hükmedilen cezai şartın fahiş olduğunu ve bu durumun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek tenfiz davasının reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, hakem kararında yer alan cezai şartın fahiş olması nedeniyle mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerince butlan ile batıl olduğunu ve bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini belirterek hakem kararının tenfizinin reddine karar vermiştir.

Davacının başvurusu üzerine yapılan temyiz yargılamasında Yargıtay, kamu düzenine ilişkin yerli doktrin ve içtihat kararlarının yanında yabancı eserlere de atıf yaparak kamu düzeni hakkında kapsamlı bilgiler vermiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay, hakem heyetince hükmolunan tazminat miktarının, tarafların sulh sözleşmesinde kararlaştırdıkları miktar ile aynı olduğu ve söz konusu miktarın, fahiş olduğunun kabulü halinde dahi, bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kararı oldukça isabetlidir. Öncelikle hakem heyeti, sözü edilen cezai şartı kendi belirlememiş, yalnızca, tarafların aralarında akdetmiş oldukları sulh sözleşmesindeki miktarın, davalı tarafça ödenmesine karar vermiştir. Dolayısıyla davalı tarafın, sulh sözleşmesinde ödemeyi taahhüt ettiği bir miktarı, ileriki bir dönemde fahiş olduğu gerekçesiyle tenfize engel olarak görmesi hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Ayrıca Yargıtay'ın da isabetli bir şekilde belirttiği gibi, söz konusu miktarın fahiş olduğunun kabulü halinde dahi, bu durum Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmaz. Nitekim yabancı hakem kararlarının tenfizinde uygulanacak kamu düzeni kuralları, milletlerarası kamu düzeni kurallarıdır. Ancak ilk derece mahkemesi, hakem kararındaki cezai şartın 818 sayılı Borçlar Kanunu hükümlerince butlan ile batıl olduğunu belirtmek suretiyle hatalı olarak milli kamu

düzeni kurallarını uygulamıştır. Dolayısıyla Yargıtay, yabancı hakem kararlarının tenfizi ile bağdaşmayan bu hatalı kararı bozarak, yerinde bir karar vermiştir.

3. Taraflarca Yürürlükteki Türk Kanunlarına Yapılan Atfın Maddi Hukuku ve Usul Hukukunu Birlikte Kapsayıp Kapsamayacağı Sorunu ve Kamu Düzeni

Yabancılik unsuru içeren davalarda, uyuşmazlığın hangi hukuk kurallarına göre çözülmesi gerektiğinin tespiti büyük bir önem taşımaktadır. Bu tespit, davaya bakan mahkemenin tabi olduğu devletin milletlerarası özel hukuk kurallarına göre yapılır ve uyuşmazlığın esasına, tespit edilen hukuk kuralları uygulanır³⁰⁴. Ancak uluslararası ticaretteki yaygın uygulamada taraflar, aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde hangi hukuk kurallarının uygulanacağına önceden karar vermektedirler³⁰⁵. İleride doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü tahkime bırakan taraflar da hukuk seçimlerini, genellikle akdettikleri tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartını içeren esas sözleşmede belirtirler.

Uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk kuralları, genellikle belirli bir devletin hukukuna atıf yapılmak suretiyle belirlenir. Örneğin taraflar, aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünde, Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilirler. Uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi halinde, atıf yapılan devlet hukukunun yalnızca maddi hukuk kurallarının dikkate alınacağı açıktır. Çünkü devlet mahkemeleri, lex fori prensibi ile yargılama yaparlar ve tarafların devlet mahkemelerinin yargılama usulünü belirleme hakları bulunmamaktadır. Ancak tahkim söz konusu olduğunda bu durum farklılık göstermektedir. Tahkimde, hakemlerin uymak zorunda oldukları bir usul hukuku bulunmayabilir veya taraflar

³⁰⁴ Taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde uygulanacak hukukun tespiti için bkz. EKŞİ Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. bası, İstanbul 2015, s. 36-38.

³⁰⁵ Hukuk seçimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Ticaret, s. 31-33.

tahkim yargılaması sırasında uygulanacak usul hukuku kurallarını önceden belirleyebilirler. İşte bu durum, uygulamada birtakım karışıklıklara yol açmaktadır. Taraflarca belirli bir hukuka yapılan atfın, maddi ve usul hukuku kurallarını birlikte kapsayıp kapsamadığı, lex fori prensibi ile hareket etmeyen hakem heyeti için büyük bir önem taşımaktadır. Türk Yargıtayı da, bu sorun hakkında birbirleriyle çelişen kararlar vermiş ve hatta bir kararında bu konuyu kamu düzeni kapsamında değerlendirmiştir.

a. Yargıtay'ın Türk Kanunlarına Yapılan Atfın Maddi Hukuku ve Usul Hukukunu Birlikte Kapsadığı Yönündeki İçtihatları

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 1.2.1996 ve 25.12.1997 tarihli kararlarında, taraflarca imzalanan tahkim sözleşmesinde, Türk kanunlarına yapılan atfın maddi ve usul hukukunu birlikte kapsayacağını belirterek, tahkim usulüne İsviçre hukukunu uygulayan hakem kararlarının tenfizini engellemiştir³⁰⁶.

Karara konu olan davada, Finlandyalı bir şirket olan *Osuukunta Metex Andelslag VS (METEX)* ile Türk devletine ait olan *Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü (TEK)* arasında Soma'da elektrik üretim santrali yapımına ilişkin sözleşme imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmeye göre, taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıklar ICC tahkimince çözüme kavuşturulacak ve uyuşmazlığın çözümünde Türk hukuku uygulanacaktır.

Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması üzerine METEX, ICC tahkimine başvurarak, Zürih'te iki ayrı tahkim yargılaması başlatmıştır. Her iki tahkim yargılaması sırasında da, hakem heyetince uygulanması gereken usul hukuku kuralları konusunda taraflar farklı iddialarda bulunmuşlardır. Çünkü taraflar arasındaki sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasına göre “*hakem heyeti kararlarında bu sözleşme*

³⁰⁶ 15. HD, E. 1995/6209, K. 1996/527, T. 1.2.1996: ERTEKİN/KARATAŞ, s. 535-539; 15. HD, E. 1997/4213, K. 1997/5603, T. 25.12.1997: YKD, Nisan 1998, s. 549-553.

hükümleri ile yürürlükteki Türk kanunları esas alınacaktır.” TEK; sözleşmede yer alan “*Türk kanunları*” ifadesi ile hem maddi hem de Türk usul hukuku kurallarının kastedildiğini iddia etmiş, METEX ise; söz konusu ifadenin yalnızca Türk maddi hukuk kurallarının uygulanacağı anlamına geldiğini ve hakem heyetince İsviçre usul hukukunun uygulanması gerektiğini savunmuştur. Her iki hakem heyeti de, tarafların açıkça Türk usul hukuku kurallarına atıf yapmadıklarını dikkate alarak, tahkim usulüne, tahkim yeri olan Zürih usul hukukunu uygulamıştır³⁰⁷.

Her iki hakem kararı da lehine sonuçlanan METEX, kararların tenfizi için Türkiye’de iki ayrı dava açmıştır. 17.3.1992 tarihli hakem kararının tenfizi için açılan dava, Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülmüştür. Asliye Ticaret Mahkemesi, tarafların Türk kanunlarına yaptıkları atfın, maddi ve usul hukuku kurallarını birlikte kapsadığını, bu hükme rağmen hakem heyetinin İsviçre usul hukukunu uygulamasını kamu düzenine ve Konvansiyon’un V(1)(d) ile 2675 sayılı MÖHUK’un 45(g). maddelerine aykırı bularak tenfiz talebini reddetmiştir.

İlk derece mahkemesinin bu kararı, uluslararası doktrinde katı bir şekilde eleştirilmiştir. Örneğin *Moses*, Türk mahkemesinin söz konusu hakem kararının tenfizini, Türkiye’nin politik çıkarları nedeniyle engellediğini ve bu amaca ulaşmak için kamu düzenini kıstasını, Konvansiyon’un amacına aykırı olarak kullandığını belirtmiştir. *Moses* ayrıca, Türk ve İsviçre usul hukuku kurallarının birbirlerinden esaslı bir şekilde farklı olmadığını; dolayısıyla, hakemlerin İsviçre usul hukuku kurallarını uygulamasının kararın sonucunu etkilemediğini belirterek, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı eleştirmiştir³⁰⁸.

Craig/Park/Paulson ise ilk derece mahkemesinin kararını talihsiz bularak, hakem yargılamasında İsviçre usul hukukunun uygulanmasının, TEK’in aleyhine bir

³⁰⁷ EKŞİ, İstanbul Konferansı, s. 127-128; EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 62-63.

³⁰⁸ MOSES, s. 228.

sonuç yaratmadığını ve TEK'in tahkim yargılaması sırasında bu konuya ilişkin bir itiraz ileri sürmediğini, dolayısıyla da söz konusu durumun, kamu düzeni kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir³⁰⁹.

Kerr, tahkim yargılamasındaki amacın, somut uyuşmazlığı sonlandırmak olduğunu, bu açıdan yargılamada uygulanan usulün bir öneminin olmadığını ifade ederek, mahkemenin tutumunu önyargılı bulmuş ve kamu düzeni müessesesinin kötüye kullanıldığını ifade etmiştir³¹⁰. *Redfern ve Hunter* ise *Kerr*'in 1997 tarihli makalesine atıf yaparak, Türk mahkemelerinin kamu düzeni kıstasını kullanarak yabancı hakem kararlarını engellediğini ve durumun adil gözükmediğini belirtmiştir³¹¹.

İlk derece mahkemesinin kararı davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz yargılamasını yürüten Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 1.2.1996 tarihinde verdiği kararda³¹²; tarafların sözleşmede yer alan “*yürürlükteki Türk kanunları*” ibaresi ile yürürlükte bulunan tüm Türk kanunlarını ifade ettiklerini, tarafların yalnızca maddi hukuk kurallarından bahsetmiş olsalardı sözleşmeye açıkça “*Türk maddi hukuk kuralları*” yazacaklarını belirterek ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

³⁰⁹ CRAIG/PARK/PAULSON, s. 99-100.

³¹⁰ KERR Michael, *Concord and Conflict in International Arbitration*, 13(1997)2 *Arbitration International*, s. 139-140.

³¹¹ REDFERN/HUNTER, s. 644.

³¹² 15. HD, E. 1995/6209, K. 1996/527, T. 1.2.1996: “...Yürürlükteki Türk kanunları ibaresinin amacı, halen Türkiye’de yürürlükte bulunan tüm kanunlardır. Bu, hem maddi hukuk kurallarını hem de usul hukuku kurallarını içeren bir kavramdır. Taraflar sadece maddi hukuk kurallarını amaçlamış olsalardı bu taktirde ‘Türk maddi hukuk kuralları’ demekle yetinirlerdi. Zira sözleşmenin 35. maddesinde ayrıca hakem heyetinin Uluslararası Ticaret Odasının uzlaştırma ve hakem kuralları gereğince kurulacağı, tahkim usulüne müracaat edildiği taktirde yer olarak İsviçre, Zürih seçileceği ve tahkim raporlarında hakemlerce aksi kararlaştırılmadıkça lisanın İngilizce olacağı belirtilmiştir. Taraflarca hakemlere İngilizce dışında başka bir lisan belirleme yetkisi verilmiş, tahkim yeri gösterilmiştir. Taraflar, yürürlükteki Türk kanunlarının sadece maddi hukuk kurallarına ilişkin hükümleri ihtiva ettiğini düşünselerdi, lisan seçme ve tahkim yeri dışında, uygulanacak usulü de belirtirlerdi. 35. maddedeki uyuşmazlıklara ilişkin bu teferruatlı düzenlemeye bakıldığında, usule uygulanacak hükümler konusunda sözleşmede bir boşluk bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. 35. maddenin 3. fıkrasında sözü edilen ‘yürürlükteki Türk Kanunları’ ibaresinin usul kanunlarını da kapsayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır.” Kararın metni için bkz. ERTEKİN/KARATAŞ, s. 535-539.

Yargıtay'a göre, hakem heyetinin tarafların anlaşmasına aykırı olarak Zürih usul hukuku kurallarına göre yargılama yürütmesi New York Konvansiyonu'nun V(1)(d) maddesine aykırı olup, bu durum kararın tenfizinin engeli için yeterli görüldüğünden, kamu düzeninin ihlal edilip edilmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın bu kararı da uluslararası doktrinde eleştirilmiştir. Örneğin *Otto ve Elwan*, tahkim yargılamasında uygulanacak usul hukuku kurallarının, tahkim yeri hukukuna göre belirleneceğini ve tahkimde esasa uygulanan hukukun tahkim usulünün tespitinde herhangi bir etkisinin olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, *Otto ve Elwan*'a göre, hakem kurulu yanlış usul hukukunu uygulasa dahi, taraflarca seçilen usul hukuku ile hakemlerce uygulanan usul hukuku kuralları arasında esaslı bir fark olmadıkça, Konvansiyon'un V(1)(d) maddesi uygulama alanı bulamaz³¹³.

Born ise Yargıtay tarafından yapılan hukuk seçim klozu analizinin hatalı olduğunu ve kararın New York Konvansiyonu'na aykırı olduğunu belirtmiştir³¹⁴.

METEX'in 31.1.1994 tarihli diğer hakem kararının tenfizi için açtığı dava ise Ankara 7. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülmüş ve mahkeme hakem kararının tenfizine karar vermiştir. Ancak TEK, karara karşı temyiz yoluna başvurmuş ve Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 25.12.1997 tarihinde vermiş olduğu kararında³¹⁵, yukarıda incelenmiş olan 1.2.1996 kararı ile aynı gerekçeleri sunarak, Türk kanunlarına yapılan atfın, Türk maddi ve usul hukuku kurallarını birlikte kapsayacağını belirterek, hakem heyetince İsviçre usul hukukunun uygulanmasını Konvansiyon'un V(1)(d) maddesine aykırı bulmuştur. İlk derece mahkemesinin, Yargıtay'ın bozma kararına direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk

³¹³ OTTO Dirk/ELWAN Omaia, Article V(2), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Hollanda 2010, s. 378.

³¹⁴ BORN, s. 1631, 3717.

³¹⁵ 15. HD, E. 1997/4213, K. 1997/5603, T. 25.12.1997: YKD, Nisan 1998, s. 549-553.

Genel Kurulu 5.5.1999 tarihli kararı³¹⁶ ile özel daire bozma kararına uyulması gerektiğine hükmetmiştir.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın yürürlükteki Türk kanunları ifadesini, Türk maddi ve usul hukukunun birlikte uygulanacağı şeklinde yorumlaması isabetli değildir. Çünkü, uluslararası hukuk ve özellikle tenfiz hukukunda, asıl olan maddi hukuk seçimidir³¹⁷. Usul hukuku söz konusu olduğunda lex fori doğrudan uygulanır³¹⁸. Taraflar, uygulanacak hukuku seçtiklerinde, bunun maddi hukuk kurallarına işaret ettiği şüpheye yer vermeyecek derecede açıktır. Uyuşmazlığın çözümünde, farklı usul hukuku kurallarının uygulanması amaçlandığında, taraflar bunu belirgin bir şekilde, ilgili usul hukukuna atıf yaparak belirleyeceklerdir³¹⁹. Bu açıdan Yargıtay'ın, "*Türk kanunları*" ifadesinden, hem maddi hem de usul hukuku kurallarının anlaşılacağına ilişkin yorumu, uluslararası tahkim hukuku mantığı ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca ICC tahkim kuralları incelendiğinde, tarafların hakem heyetince uygulanacak usul hukuku kurallarını belirleme yetkilerinin ne denli kısıtlı olduğu görülecektir. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin kuruluşundan bu yana, yargılamalarını yürüttüğü, kendine has tahkim kuralları bulunmakta olup, söz konusu kurallar ile bağlı olacaklarını peşinen kabul etmektedirler. Tarafların yalnızca, ICC tahkim kurallarında düzenlenmemiş konulara ilişkin tamamlayıcı veya yedek usul hukuku kurallarını belirleme yetkileri vardır³²⁰. Dolayısıyla, Yargıtay'ın her iki kararı da, ICC tahkiminin özü ve mantığıyla bağdaşmamaktadır.

Şanlı, Yargıtay'ın taraf iradelerindeki belirsizliği ve hukuk seçimi kloxunu yorumlarken, tenfizi engelleyici bir tutum sergilediğini belirterek, kararı

³¹⁶ HGK, E. 1999/15-235, K. 1999/273, T. 5.5.1999: NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 95-98; Kararın tam metni için bkz. Kazancı İçtihat Bankası, 10 Ekim 2017.

³¹⁷ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 99; ŞANLI, Tenfiz, s. 407.

³¹⁸ ŞANLI, Tenfiz, s. 407.

³¹⁹ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 98-99; ŞANLI, Tenfiz, s. 407.

³²⁰ NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 99.

eleştirmiştir³²¹. Şanlı'ya göre, Yargıtay'ın bu uygulamaları, Türkiye'de ICC hakem kararlarının uygulanmadığı algısı yaratmaktadır³²². Örneğin, 1999 yılında Viyana İstinaf Mahkemesi, yabancı davacının, Türk mahkemelerinin tek yanlı kararlarla, ICC hakem kararlarının tenfizini engellediği yönündeki itirazlarını dikkate alarak, davalı Türk tarafının tahkim şartına dayalı itirazını reddetmiş ve davanın milli mahkemelerde görülmesine karar vermiştir³²³. Bu durumun Türk şirketlerinin ve vatandaşlarının uluslararası ticarete hareket alanlarını daraltacağı ifade edilmektedir³²⁴.

b. Yargıtay'ın Türk Kanunlarına Yapılan Atfın Yalnızca Maddi Hukuk Kurallarını Kapsadığı Yönündeki İçtihadı

Yargıtay 25.5.2000 tarihli kararında³²⁵, önceki içtihatlarından farklı olarak, Türk kanunlarına yapılan atfın, yalnızca Türk maddi hukuk kurallarını kapsayacağını belirterek, ICC tahkimince verilen hakem kararının tenfizine imkan vermiştir. Karara konu olan davada Alman şirketi *Deutsch Investitions- und Entwicklung Handelsgesellschaft GmbH* ile iki Türk şirketi arasında opsiyon koyma sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşmenin 4. maddesine göre, taraflar arasında doğacak uyuşmazlıklar, ICC tahkimi yoluyla çözüme kavuşturulacak ve uyuşmazlığın çözümünde Türk kanunları uygulanacaktır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması üzerine Alman şirketi, ICC tahkimine başvurmuş ve tahkim mahkemesi 26.7.1998 tarihli kararı ile Alman şirketine, elindeki hisseleri davalıya teslim etmesi karşılığında 1.671.617,64 Alman Markı ödenmesine karar vermiştir.

³²¹ ŞANLI, Tenfiz, s. 81.

³²² ŞANLI, Tenfiz, s. 407.

³²³ ŞANLI, Tenfiz, s. 407; EKŞİ, ICC Hakem Kararları, s. 69.

³²⁴ ŞANLI, Tenfiz, s. 407.

³²⁵ 11. HD, E. 2000/3992, K. 2000/4704, T. 26.5.2000: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 482-483.

Davacı, davalının söz konusu miktarı ödemediğini iddia etmiş ve hakem kararının tenfizi için Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, hakem kararının tenfizine karar vermiştir. Davalı; kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ve MÖHUK'un 45(b) ve New York Konvansiyonu'nun V. maddesinde yer alan ret sebeplerini taşıdığını, sözleşmede Türk usul hukuku kurallarının uygulanacağı kararlaştırılmış olduğu halde bu kurallara uyulmadığını ve hakemlerin süresinde karar vermediklerini iddia ederek ilk derece mahkemesinin kararını temyiz etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi yürüttüğü temyiz yargılaması sonucunda, Türk kanunlarına yapılan atfın yalnızca Türk maddi hukuk kurallarını kapsayacak şekilde anlaşılacağını belirterek temyiz itirazlarını yerinde görmemiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Yargıtay'a göre:

“...Sözleşmenin 4. maddesinde mevcut ‘bu anlaşma TC kanunlarına uygun olarak idare edilecek ve yorumlanacaktır’ ibarelerinin bu maddeden ve uyuşmazlık safhasından önceki vecibelerle ilgili olup, aynı sözleşmenin 5. maddesinde, ‘anlaşma ile ilgili bütün ihtilafların uluslararası ticaret odasının uzlaşma ve arbitrasyon kurallarına uygun olarak yabancı hakemde halledileceğinin’ açıkça belirtilmiş olmasına, bu safhada ayrıca ve sarahaten TC usul hukukunun geçerli olacağının belirtilmemiş olup, esasen tarafların serbest iradeleri ile ihtilafların çözümünü yabancı bir otoriteye bırakmakla o otoritenin usul hukukunun uygulanmasını da kabullenmiş olduklarının tabii bulunmasına, sair itirazların kesinleşen mahkeme kararları kapsamında kalmasına, bu sebeplerle de isteme dayanak yapılan MÖHUK 45/b ve New York Sözleşmesi V. maddelerinde belirtilen tenfiz isteminin reddi sebeplerinin, oluşmamış bulunmasına göre tüm karar düzeltme isteminin reddi gerekmiştir.”

Karar metninden açıkça anlaşılacağı üzere Yargıtay; tarafların aralarında doğacak uyuşmazlıkların çözümünü ICC tahkimine tabi kılarak, açıkça ICC tahkim kurallarını kabul ettiklerini ve tahkim merkezinin kendine has usul hukuku kurallarını benimsediklerini belirtmiştir. Yargıtay'ın bu görüşü, gerçekten de tahkimin özü ve mantığıyla bağdaşmaktadır. Bilindiği üzere, tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile ICC hakem heyetince uygulanacak usul hukuku kurallarını değiştirme

imkanları bulunmamaktadır. Bu bakımdan, taraflarca Türk kanunlarına yapılan atfın, yalnızca Türk maddi hukuk kurallarını kapsayacağı şüphe götürmez bir gerçektir. Yargıtay'ın hatalı içtihatlarından dönerek, bu yönde karar vermiş olması, uluslararası tahkim alanında Türk mahkemelerine olan güveni arttıracaktır.

4. Hakem Kararının Türk Rekabet Hukukuna Aykırılığı İddiasının Kamu Düzenine Aykırılık Kapsamında Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın 6.10.2016 tarihli kararına konu olan davada, taraflar arasında 12.8.2003 tarihli lisans sözleşmesi imzalanmıştır³²⁶. Sözleşmenin 21. maddesine göre; taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıklar, ICC tahkim kurallarına göre üç kişiden oluşacak hakem heyetince çözüme kavuşturulacak ve yargılamanın esasına İtalyan hukuku uygulanacaktır. Taraflar arasında lisans ücretlerinin ödenmesi, münhasır yetkiye ilişkin taahhütler, satılan ürünlerin tutarları ve fikri haklara ilişkin uyuşmazlık çıkmış ve taraflar, aralarındaki tahkim anlaşması gereğince ICC tahkimine başvurmuşlardır. Tahkim yargılaması sırasında, davalının teknik inceleme yapılmasına ilişkin talebi reddedilmiştir. Hakem heyeti 3.8.2010 tarihinde nihai kararını açıklamış ve davalı şirketin davacı şirkete tazminat ödemesine hükmetmiştir. Bunu üzerine davacı, hakem kararının tenfizi için Türk mahkemesine başvurmuştur.

Davalı, itiraz dilekçesinde; hakem heyetinin, teknik inceleme talebini reddetmesinin hukuki dinlenilme hakkını bertaraf ettiğini; teknik inceleme yapılmasının ürün güvenliği ve insan sağlığı için önemli olduğunu; ancak hakem heyetinin, teknik inceleme iddiasını reddederek kamu yararı ve kamu düzenini gözetmeyerek karar verdiğini, hakem kararının Türk rekabet mevzuatına aykırı olduğunu ve bu durumun kamu düzenini ihlal ettiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

³²⁶ 11. HD E. 2016/725, K. 2016/7777, T. 6.10.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 15 Kasım 2017).

İlk derece mahkemesi yürüttüğü yargılama sonucunda; hakem kararının Türk rekabet hukukunun emredici hükümlerini ihlal ettiğine yönelik iddianın tenfiz yargılaması sırasında değerlendirilemeyeceğini ve hakem yargılaması sırasında davalının hukuki dinlenilme hakkının kamu düzenine aykırı olacak şekilde ihlal edildiğine yönelik bir veri bulunmadığından hakem kararının tenfizine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, davalının yıllarca pazarlamasını yaptığı bir ürünün insan sağlığına ve güvenliğine ilişkin iddiasının Türk Medeni Kanunu’nun dürüstlük kuralını ihlal ettiğini belirterek, davalının bu yöndeki itirazlarını yerinde görmemiştir. Davalının temyiz başvurusu üzerine Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Kanaatimizce, söz konusu karar oldukça isabetlidir. İlk derece mahkemesi isabetli bir şekilde, rekabet hukukunun emredici hükümlerinin ihlal edildiğine ilişkin bir iddia yalnızca hakem yargılaması sırasında ileri sürülebilir. Ayrıca, hakem kararının Türk rekabet hukukunun emredici hükümlerine aykırılığı tenfize engel bir durum olarak nitelendirilemez. Nitekim, yabancı hakem kararlarının tenfizinde, milli kamu düzeni kuralları değil, milletlerarası kamu düzeni kuralları dikkate alınmaktadır.

5. Türk Hukukuna Göre Yalnızca Türk Şirketlerine Verilen Teşviklerin

Yabancı Şirket İle Paylaşılmasının Kamu Düzenine Aykırılığı

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, kamu düzeni kavramının tahkimin özüne uygun olarak dar yorumlanması gerektiği, çalışmamızın muhtelif kısımlarında belirtilmiştir. Ancak Yargıtay, bu ilkeye rağmen 5.2.1997 tarihinde vermiş olduğu bir kararda³²⁷, kamu düzeni kavramını geniş yorumlayarak davaya konu olan yabancı hakem kararının tenfizini engellemiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin kararına konu olan davada, Türk ve Amerikan şirketleri, Türkiye’de yapılacak bir otoban inşaatı için *joint venture* oluşturmuşlardır.

³²⁷ 13. HD, E. 9703-978, T. 5.2.1997: ŞANLI, Tenfiz, s. 405-406; Karara konu olan hukuki ilişkinin ayrıntılı anlatımı için bkz. ŞANLI, Tenfiz, s. 405-406.

Taraflar arasındaki sözleşmeye göre Türk şirketi, yasalara uygun olarak alacağı teşvikleri, yabancı şirketin ödemesi gereken ithalat, gümrük ve fon vergilerinden mahsup etmek suretiyle ortaklık kurallarına göre Amerikan şirketi ile paylaşacaktır. Diğer bir ifadeyle Türk şirketi, alacağı teşvikleri ortaklığa yansıtacak ve böylece ortağına nazaran daha fazla gelir elde etmemiş olacaktır. Ancak ticari ilişkinin devam ettiği beşinci yılda Türk şirketi, lider üye sıfatını kullanarak bundan böyle teşviklerden yalnızca kendisinin yararlanacağını ve süregelen beş yıllık dönemde ticari ilişkiye yansıtılan teşviklerin de yine kendisine devredileceği yönünde karar almıştır. Bu durumun ortaklığa aykırı olduğunu savunan Amerikalı şirket, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurmuştur. Zürih'te toplanan tahkim mahkemesinin, ICC tahkim kurallarına göre yürüttüğü yargılama sonucunda; teşviklerden yararlanma hakkı yalnızca Türk şirketine ait olsa da, somut olayda teşvik belgesinin yabancı bir şirkete devredilmediği, yalnızca elde edilen teşviklerin geçerli bir özel hukuk sözleşmesi ile ortaklık ilişkisine dayanılarak paylaşıldığı ve bu durumu yasaklayan herhangi bir hukuk kuralı bulunmadığı tespit edilerek, Amerikalı şirket haklı bulunmuştur. Söz konusu hakem kararının tenfizi için açılan davada Yargıtay, yabancı şirketlerin Türk hukukunda öngörülen teşviklerden yararlanmasının yasak olduğunu ve bu durumu dikkate almayan hakem kararının, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle tenfiz edilemeyeceğine karar vermiştir.

Uyuşmazlığa neden olan hukuki ilişki incelendiğinde, Yargıtay'ın ulaşılmış olduğu sonuca katılmak mümkün değildir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede, yabancı şirketin Türk hukukuna göre verilen teşviklerden doğrudan yararlanması söz konusu olmadığı gibi, tahkim mahkemesinin kararında da belirtildiği üzere, teşvik belgesinin somut olarak yabancı bir şirkete devredilmesi de söz konusu değildir. Taraflar yalnızca, Türk şirketinin almış olduğu teşvikleri de maliyet hesabına katarak,

%50'lik ortaklık payına dayalı joint venture ilişkisini sürdürmektedirler. Bu durum, yabancı bir şirketin Türk hukukuna göre verilen teşviklerden yararlanması olarak yorumlanamaz. Nitekim taraflar, akdettikleri sözleşme ile bu yöndeki irade beyanlarını ortaya koymuşlar ve ticari ilişkilerini bu yolla beş yıl devam ettirmişlerdir.

Kararı eleştiren *Şanlı*, Yargıtay'ın kamu düzeni kıstasını, uluslararası konvansiyonların amacına aykırı şekilde yorumladığını ve bu durumun milletlerarası tahkim alanındaki yaygın uygulamayla örtüşmediğini belirtmiştir³²⁸. Kanaatimizce de Yargıtay, somut olayda kamu düzeni kavramını geniş yorumlayarak, hakem kararının tenfiz talebini reddetmemeliydi. Yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, tarafların kendi açık iradeleri ile tahkim yoluna başvurdıkları ve sonuçlarını peşinen kabul ettikleri gözden kaçırılmamalıdır. Bu açıdan da kamu düzeni kıstası, amacını aşarak geniş yorumlanmamalı ve dolaylı olarak milletlerarası tahkimin gücü azaltılmamalıdır.

6. Süresi İçinde Verilmeyen Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı

Yargıtay 27.3.2003 tarihli kararında, tahkim süresi içinde verilmeyen hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini kararlaştırmıştır³²⁹. Karara konu olan davada, Alman şirketi olan Voset Alpine Undustrienanlagenbau Gmbh ile Özmak Makine ve Elektrik San. A.Ş. arasında uyuşmazlık çıkmış ve söz konusu uyuşmazlık taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olarak hakem heyetince çözüme kavuşturulmuştur. Davacı *Voset Alpine Undustrienanlagenbau GmbH*, lehine sonuçlanan hakem kararının tenfizi için Türk mahkemesine başvurmuş ve Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesi hakem kararının tenfizine karar vermiştir. İlk derece

³²⁸ ŞANLI, Tenfiz, s. 405-406.

³²⁹ 15. HD E. 2013/181, K. 2003/1589, T. 27.3.2003 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 15 Ekim 2017).

mahkemesinin bu kararı, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2002 tarihinde vermiş olduğu karar ile onanmıştır.

Davalı vekilinin karar düzeltme talebi üzerine Yargıtay, davaya konu olan hakem kararının süresi içinde verilmediğinin kabulü halinde dahi, hakemlerin karar verirken, eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı davrandıkları açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde ispat edilmedikçe, hakem kararının süresi içinde verilmemesinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmederek, karar düzeltme talebinin reddine karar vermiştir.

Kanaatimizce, hakem kararının süresi içinde verilmediğine yönelik itirazlar, yalnızca tahkim yargılaması sırasında veya hakem kararının iptaline yönelik bir davada ileri sürülebilir. Söz konusu iddianın, tenfiz aşamasında değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, Yargıtay hakem kararının süresi içinde verilmemesinin tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönündeki karar isabetlidir.

7. Aktif Husumet İtirazı ve Sebepsiz Zenginleşme İddiasının Kamu Düzenine Aykırılık Kapsamında Değerlendirilmesi

Yargıtay, 2.6.2003 tarihli kararında, tenfizi davası sırasında ileri sürülen aktif husumet itirazı ve sebepsiz zenginleşme iddiasının, kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendiremeyeceğine hükmetmiştir³³⁰.

Karara konu olan davada, taraflar arasında zaman esaslı gemi kira sözleşmesi imzalanmıştır. Söz konusu sözleşme ile taraflar, aralarında doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü Londra'da bulunan LMAA tahkim merkezine bırakmışlardır. Kira sözleşmesinin akdedilmesinden sonra davalı kiracı, kira sözleşmesine konu olan gemiyi İskenderun'dan Messina'ya çelik filizi taşımak üzere dava dışı bir şirkete kiralamıştır. Ancak, İskenderun Limanı'nda gemiye yükleme

³³⁰ 11. HD, E. 2002/13265, K. 2003/5759, T. 2.6.2003: EKŞİ, Mahkeme Kararları, s. 491-493.

yapıldığı esnada yükleme yapan vincin teli koparak çelik filizleri gemi ambarına düşmüş ve ambara su dolarak gemide ciddi bir hasar meydana gelmiştir. Bunun üzerine davacı, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına dayanarak LMAA tahkimine başvurmuş ve davalının 24.3.1995 tarihli taahhütname ile söz konusu hasardan sorumlu olduğunu ikrar ettiğini, ancak taraf sürveylerinin tazminat tutarında uzlaşmaya varamadıklarını belirterek, uğradığı zararın tespitini ve tazmini talep etmiştir. Tahkim mahkemesince yürütülen yargılama sonucunda, kiraya veren davacı haklı bulunarak tazminat talebi kabul edilmiştir.

Davacı, tahkim mahkemesince verilen kararın Türkiye’de tenfizi için açtığı davada; 9.2.2001 tarihli İngiliz hakem kararının tenfizini ve asıl alacak olarak 199.891,34, faiz alacağı olarak 73.763,83 Alman Markının, dava tarihinden itibaren ana paraya yürütülecek yıllık %5,5 oranında üçer aylık bileşik faiz ile davalıdan tahsilini talep etmiştir³³¹. Davalı taraf ise, davacının gemi donatanı olmaması sebebiyle tazminata hak kazanamayacağını ileri sürerek aktif husumet itirazında bulunmuş ve hakem kararının tenfizi ile davacının lehine aslında hak etmediği bir tazminat miktarı hükmedilmek suretiyle sebepsiz olarak zenginleşeceğini ve bu durumun genel ahlaka aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek, İngiliz hakem kararının tenfiz talebinin reddini istemiştir. İlk derece mahkemesi, Patrick O’Donovan tarafından verilen hakem kararının tenfizine karar vermiştir.

Yargıtay’ca yürütülen yargılama sonucunda; davalı tarafın aktif husumete ilişkin itirazının, hakem yargılaması sırasında tartışılıp çözüme kavuşturulduğu tespit edilerek, husumet yokluğu ve sebepsiz zenginleşmeye yönelik iddialarının, revizyon yasağı kapsamında, tenfiz aşamasında değerlendirilemeyeceği belirtilmiş ve hakem kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği yönündeki iddia haklı bulunmamıştır.

³³¹ Karara konu olan hukuki ilişkinin ayrıntılı anlatımı için bkz. EKŞİ, İstanbul Konferansı, s. 126-127.

Yargıtay'ın, davalı tarafın aktif husumet itirazını ve sebepsiz zenginleşme iddialarını, revizyon yasağı kapsamına girdiği gerekçesiyle tenfiz aşamasında dikkate almaması, tenfiz hukuku açısından oldukça yerinde bir tutumdur. Yargıtay'ca da tespit edildiği üzere, davalının; aktif husumet yokluğu sebebiyle, davacının tazminata hak kazanamayacağı iddiası, tenfiz aşamasında değil tahkim yargılaması esnasında çözüme kavuşturulması gereken bir konudur. Nitekim tahkim yargılaması sırasında, davalının bu yöndeki iddiaları, hakem heyetince değerlendirilerek karara bağlanmıştır.

Dolayısıyla tenfiz davası sırasında, uyuşmazlığın esasına girilerek taraf sıfatlarının tekrar araştırılması, revizyon yasağına açık şekilde aykırılık teşkil edecek ve tenfiz mahkemesinin sınırlarını aşması anlamına gelecektir. Bu açıdan Yargıtay'ın, incelenen kararda kamu düzenine ilişkin araştırmasını revizyon yasağı sınırlarına bağlı kalarak yürütmesi oldukça isabetlidir.

8. Hakemlerin Vergi Hukukuna İlişkin Kararlarının Kamu Düzenine Aykırılığı

a. Yargıtay'ın Hakemlerin Katma Değer Vergisi Ödenmesine Karar Vermesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadı

Yargıtay'ın 19.10.2007 tarihli kararına³³² konu olan davada, taraflar hisse devir sözleşmesi imzalamış ve ileride doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünü ICC tahkimine tabi kılmışlardır. Taraflar arasında, KDV miktarının kim tarafından ödeneceği konusunda uyuşmazlık çıkmış ve davacı, uyuşmazlığın çözümü için ICC tahkimine başvurmuştur. Tahkim heyeti, taraflarca kararlaştırıldığı üzere, Hollanda hukukuna göre yargılama yapmış ve davalı tarafın davacıya, 2.830.000 dolarlık KDV miktarını ödemesine hükmetmiştir.

³³² 11. HD, E. 2007/10205, K. 2007/13081, T. 19.10.2007: DOĞAN, s. 143.

Davacı şirket, hakem kararının tenfizi için Türkiye’de dava açmıştır. Davalı ise; davacının hisse devir sözleşmesinin tarafı olmadığını, bu nedenle taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunmadığını, belirtilen miktarın vergi dairesine ödenmiş olduğunu, hakem kararının kesinleşmediğini, vergi tahsil etmeye yetkili kurumun yalnızca vergi dairesi olduğunu ve hakem kararının bu açıdan kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

İlk derece mahkemesince yapılan yargılama sonucunda, davacının dava açma hakkının bulunduğu tespit edilmiş ve hakem kararı ile gerekçesinin, görülen tenfiz davasında tartışılmayacağı ve değerlendirilemeyeceği belirtilerek, ICC hakem kararının tenfizine karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi kararının, davalı tarafça temyiz edilmesi üzerine Yargıtay, tenfize konu olan hakem kararını Türk kamu düzenine aykırı bularak, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur³³³.

Davaya konu olan olay incelendiğinde, taraflar arasındaki uyuşmazlık, tahakkuk eden ve ödenen KDV miktarının, taraflar arasındaki özel hukuk ilişkisine, aslında hangi şirketin sorumluluğunda olduğuna ilişkindir. ICC hakem heyeti yürüttüğü yargılama sonucunda, davalı tarafı herhangi bir vergi yükümlülüğü altına sokmamış, yalnızca hesaplanan KDV miktarının davacı tarafa ödenmesine hükmetmiştir. Diğer bir ifadeyle hakem heyeti, Türkiye Cumhuriyeti yasaları ile kurulu bir vergi dairesi yerine geçmek suretiyle, kamu gücünü kullanarak vergi tahsilatı yapmamıştır. Nitekim davalının iddialarından da anlaşılacağı üzere, söz konusu vergi miktarının vergi dairesine ödendiği açıktır. Bu açıdan, Türkiye Cumhuriyetinin herhangi bir vergi kaybı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakem kurulu yalnızca, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre, haksız tarafça ödenen verginin, diğer tarafça ödenmesi gerektiğine karar vererek, hali hazırda ödenen

³³³ 11. HD, E. 2007/10205, K. 2007/13081, T. 19.10.2007: DOĞAN, s. 143.

bedelin haksız taraftan alınarak haklı tarafa verilmesine hükmetmiştir. Bu açıdan Yargıtay'ın, hakem kararının tenfizini, kamu düzenine aykırı bularak engellemesi, hukuk mantığı açısından oldukça isabetsizdir. Çünkü uyuşmazlık vergi hukukundan değil, taraflar arasındaki özel hukuk ilişkisinden ortaya çıkmıştır. Yargıtay'ın durumu hatalı olarak yalnızca vergi hukuku açısından değerlendirerek, hakem kararını kamu düzenine aykırı bulması, tenfizde kamu düzeni müdahalesinin, amaçlanan şekilde uygulanmadığını göstermektedir.

b. Yargıtay'ın Hakemlerin Kurumlar Vergisi Ödenmesine Karar Vermesini Kamu Düzenine Aykırı Sayan İçtihadı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.2.2012 tarihli kararına³³⁴ konu olan olayda, davacı *Dorsch Consult-Ants Ortak Girişimi* ile davalı idare arasında, “Marmara Depremi Acil Yeniden Yapılandırma Projesi” kapsamında, 18.8.2000 tarihli “İzmit, Körfez ve Gebze İnşaat Sözleşme Paketleri Kapsamında İskan Birimlerinin Yeniden Yapılandırılmasının Denetimi İçin Danışmanlık Hizmetleri Sözleşmesi” imzalanmıştır. Sözleşmeye göre, taraflar arasında doğacak uyuşmazlıklar ICC tahkimince çözüme kavuşturulacaktır.

Taraflar arasında vergi ödeme yükümlülüğüne ilişkin uyuşmazlık çıkması üzerine, davacı ortak girişim şirketi, taraflar arasında akdedilen sözleşme gereğince vergi ödeme yükümlülüğünün davalıda olduğunu iddia ederek, Türk vergi dairelerine ödediği vergi miktarının, davalıdan alınarak kendisine iade edilmesi talebi ile ICC tahkimine başvurmuştur. Paris'te toplanan hakem heyeti, 8.2.2007 tarihinde verdiği kararla, davacının iddialarını haklı bulmuş ve ortak girişim şirketi tarafından ödenen vergi miktarının, davalı idareden alınarak davacıya verilmesine karar vermiştir.

³³⁴ HGK, E. 2011/13-568, K. 2012/47, T. 8.2.2012 (Kazancı İçtihat Bankası, 22 Ekim 2017).

Dorsch Consult-Ants Ortak Girişimi, ICC hakem kararının Türkiye’de tenfizi için dava açmıştır. Davalı idare ise; *Dorsch Consult-Ants Ortak Girişiminin*, Türkiye’de vergi mükellefi olmasının yanında, ortak girişim içerisindeki iki şirketin ayrı ayrı olarak da vergi mükellefi olduklarını, ortak girişimin, vergilendirilecek olan gelirini, ilgili dönem sonunda beyan ederek kurumlar vergisi ödemesi ve bundan sonra ortaklarına kar payı dağıtması gerekirken, idareden aldığı aylık hak edişleri ortak girişim hesaplarına geçirmeden ortaklara aktardığını, bu şekilde dönem sonu beklenmeden gelirin paylaşılması sebebiyle örtülü kazanç elde edildiğini, tahkim mahkemesince ödenmesine hükmedilen vergi miktarının ortak girişiminin faaliyetleri sonucunda doğmadığını, hakem kararının tenfizi halinde, ortak girişimin haksız kazanç elde etmiş olacağını ve bu durumun Türk kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, yürüttüğü tenfiz yargılaması sonucunda, ICC hakem kararının tenfizine karar vermiştir. İlk derece mahkemesi kararının, davalı vekilince temyiz edilmesini üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 29.12.2009 tarihli kararında; ilk derece mahkemesinin, yalnızca kamu düzenine aykırılık iddialarının değerlendirilmesi şartıyla işin esasına girerek, karara konu olan vergilerin sorumlusunun ve yükümlüsünün kim olduğunu, ödenip ödenmediğini, olayda vergi mevzuatına aykırılık, vergi kaçırmaya, hileli ve muvazaalı işlemlere ve örtülü kazanç elde etmeye yönelik bir durumun söz konusu olup olmadığını tespit ederek hüküm kurması gerektiğini belirtmiş ve eksik inceleme sebebiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

İlk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 8.2.2012 tarihli kararında³³⁵; vergi konusunu Türk kamu düzenini ilgilendiren

³³⁵ HGK, E. 2011/13-568, K. 2012/47, T. 8.2.2012: Dosyada, ortak girişimi oluşturan ortakların kendi aralarında akdetmiş oldukları Mayıs 2000 tarihli "Ortak Girişim Anlaşmasının İngilizce metni mevcut olup, Türkçe tercümesi mevcut değilse de, davalının, vergi kaçırmaya yönelik bir düzenleme olduğunu savunduğu ve dosyaya ibraz ettiği söz konusu anlaşmanın 16 ncı maddesinin, resmi ve onaylı olmayan, haricen yapılan Türkçe tercümesinde, "Teklifte yer alan yerel vergi tavan miktarının verilecek aylık hak edişlerle herhangi bir sebeple alınamaması durumunda, bu yerel verginin çekilemeyen kısmı için Dorsch firmasının, hak ettiği miktardan daha fazla hak ediş sunması gerekmektedir. Bu durumda, Dorsch firması, diğer ortakların kabulüyle daha fazla fatura temin ederek verecek ve bu yolla tahsil edilen yerel vergi ortaklar arasında eşit olarak paylaştırılacaktır." Şeklinde bir düzenleme de mevcut olup, vergilerin ödenmesiyle ilgili bu kararlaştırmanın, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında uygulanıp uygulanmadığı da araştırılmamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, açıklanan hususlarda yapılacak değerlendirme için, kısmen de olsa işin esasının incelenmesi zorunlu ise de, az yukarda da belirtildiği gibi, bu inceleme, olayda "kamu düzenine aykırılık olup olmadığının denetimi" ile sınırlı olarak yapılacağından, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi de söz konusu olmayacaktır. O halde mahkemece, tüm bu açıklamalar doğrultusunda, taraflar arasındaki sözleşmenin uygulanması aşamasında. Hakem kararıyla davacı Ortak Girişime iadesine karar verilen vergilerin, sorumlusu, yükümlüsü, ödenip ödenmediği, olayda vergi mevzuatına aykırılık, vergi kaçırmaya, hileli ve muvazaalı işlemlere ve örtülü kazanç elde etmeye yönelik bir durumun söz konusu olup olmadığı, davacıların kendi aralarında akdetmiş oldukları Ortak Girişim sözleşmesinin resmi ve onaylı Türkçe tercümesinin dosyaya ibrazının sağlanması ve davalının itirazında değindiği sözleşmenin 16 ncı maddesiyle ilgili hükmün, sözleşmenin resmi onaylı Türkçe tercümesinde de bulunup bulunmadığının denetlenmesinden sonra, vergilerin ödenmesiyle ilgili bu kararlaştırmanın, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında da uygulanıp uygulanmadığı, davalı itirazları ve dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporları ile tüm belgeler dikkate alınmak suretiyle, vergi hukuku konusunda uzman bilirkişinin de bulunduğu akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, nedenlerini açıklayıcı, gerekçeli, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, olayda yabancı hakem kararının tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir. Gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. HGK'ca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği düşünüldü: Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Yabancı Mahkemelerin Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi 2/b fıkrasınca hakem kararının tanınma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olmaması kuralı karşısında verginin kamu düzenini ilgilendiren bir sorun olması da gözetilerek. H.G.K.'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.

Karşı oy yazısı: Vergi hususu kamu düzeniyle doğrudan ilgili olup hakem kararında Türk vergi mevzuatına aykırı bir durumun bulunması tenfize engeldir, ancak somut olayda böyle bir durum söz konusu değildir. Tenfize konu olan olay Devlete ödenecek olan verginin kendisiyle ilgili değildir. Yani hakem kararında verginin ne şekilde hesaplanması gerektiği veya ödenmesi gereken bir verginin Devlete ödenip ödenmeyeceği gibi konularda karar verilmemiştir. Karar Türk vergi mevzuatına uygun olarak tahakkuk etmiş bir verginin taraflardan hangisi tarafından ödeneceği hususuyla ilgili olup, bunun kamu düzeniyle uzaktan yakından bir ilgisi bulunmamaktadır. Verginin kimin tarafından ödeneceği hususu taraflarca her zaman kararlaştırılabilir. Kaldı ki eldeki davada kimin tarafından ödeneceği tartışmalı olan vergi de Devlete ödenmiş olup bir vergi kaybı da söz konusu değildir.

bir mesele olarak ele almış ve tenfizi istenen hakem kararının, bu açıdan kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle, özel daire bozma kararına uyulması gerektiği sonucuna varmıştır.

İlk derece mahkemesi, bozma kararına uyarak yaptığı yargılama sonucunda, 12.6.2013 tarihli bilirkişi raporunu ve 30.12.2013 tarihli ek raporu hükme esas alarak, bir kez daha hakem kararının tenfizine karar vermiştir. 12.6.2013 tarihli bilirkişi raporunda özetle:

“Vergi Usul Kanunu’nun 8/3. maddesinden bahsedilerek, ‘özel hukuk sözleşmelerinin vergi idaresini bağlamayacağı, somut olayda söz konusu olan %22’lik vergi tevkifatı bakımından verginin ödenmemesinin değil, ödenmiş olan verginin, davacıya ödenecek ücrete yansıtılıp yansıtılmayacağının uyuşmazlık konusu olduğu, aksi halde ödenmemiş bir verginin söz konusu olması halinde, vergi idaresinin harekete geçeceği, uyuşmazlığın, ödenmiş olan verginin ücrete eklenip eklenmeyeceğine ilişkin olduğundan, sözleşmenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi halinde, vergisel farklı bir sonuç doğurmayacağı, uyuşmazlığın tamamen sözleşmenin ifasına ilişkin bir husus olduğu, bunun da taraflar arasındaki sözleşmenin 16. maddesinde hükme bağlandığı, sözleşmelerle vergi yükümlülüğünün yön değiştirilmesinin yasaklanmadığı, ancak yapılan vergi tevkifatlarının hukuka uygun olmadığı, fazlaca vergi ödenerek örtülü kazanç elde edilmeye çalışıldığının düşünülebileceği, böyle bir durumda vergi idaresinin gerçeğe aykırılıklar tespit etmiş olması gerektiği, böyle bir tespit yapılmadığına göre, yapılan ödemelerin (vergi tevkifatlarının) örtülü kazanç elde etme anlamına geldiğinin düşünülmemesi gerektiği, sonuç olarak dava konusu hukuki ihtilaftan

Bir an için hakem kararına dayanak teşkil eden ve taraflar arasında düzenlenmiş olan sözleşmede kamu düzenine aykırı bir hükmün bulunmasının tenfize engel olacağı kabul edilse bile (ki yukarıda açıklanan sebeplerle böyle bir sözleşme karara esas alınmamış ise tenfize engel değildir) burada taraflar arasındaki sözleşmede böyle bir hükmün bulunduğu konusunda herhangi bir iddia yoktur. Bozmanın dayanağı tenfiz davasında taraf olanlar arasındaki sözleşme değil, davacıların kendi aralarında yaptıkları ve tenfizde hiçbir zaman inceleme konusu olmayan sözleşmedeki bir hükmün kamu düzenine aykırı olup olmamasının incelenmesidir. Davacılar kendi aralarında yaptıkları sözleşmeye kamu düzenine aykırı hükümler koysalar bile, davalıyla yaptıkları ve hakem kararına dayanak teşkil eden sözleşmede böyle bir durum yoksa bu husus yabancı hakem kararının tenfizine engel teşkil etmeyecektir. Tekrar vurgulamakta yarar vardır ki burada kamu düzenini ilgilendiren ve doğrudan vergi mevzuatıyla ilgili bir niza söz konusu değildir. Niza verginin taraflardan hangisi tarafından ödeneceği konusundadır. Zaten bu konunun içerik incelemesi yasağından dolayı da Türk Mahkemelerince incelenmesi söz konusu değildir. Yukarıda açıklanan sebeplerle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesindeyim: (Kazancı İçtihat Bankası, 10 Ekim 2017).

kaynaklanan talebin Türk vergi hukukuna, dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğu yönündeki iddianın yerinde olmadığı’ belirtilmiştir.”³³⁶

Davalı tarafça söz konusu rapora itiraz edilmiş ve mahkeme, bilirkişiden ek rapor talep etmiştir. 30.12.2013 tarihli ek raporda bilirkişi, önceki görüşlerini tekrar ederek;

“Uyuşmazlığın verginin Türk vergi idaresine ödenmemesi şeklinde olsaydı, hakem kararının tenfizinde kamu düzenine aykırılık gerekçesinin söz konusu olabileceği, olayda ise sorunun, Türk vergi hukuk kuralları gereğince vergi mükellefi ya da sorumlusu olarak belirlenen kişi ya da kuruluşların vergisel ödevlerini Türk vergi idarelerine beyan ve ödeme gibi yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden kaynaklanmadığını” belirtmiştir.

İlk derece mahkemesi kararının davalı tarafça temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, ilk derece mahkemesince karara dayanak yapılan bilirkişi raporlarının eksik ve yetersiz olduğunu belirterek kararı bozmuştur. Yargıtay’a göre;

“Söz konusu raporun bozma ilamında değinilen hususları karşılamaktan uzak ve yetersiz olduğu, bozmadan önceki bilirkişi raporunda olduğu gibi, soyut ve genel ifadelerle değerlendirilmeler yapıldığı görülmektedir. Oysa ki dava konusu hakem kararının, Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilebilmesi için, bozma ilamında vergi hukuku ile ilgili ‘vergi sorumlusu’ ‘vergi yükümlüsü’ ‘dar mükellef’ ‘kurumlar vergisi mükellefi’ ‘örtülü kazanç’ gibi vergi kanun ve mevzuatında yer alan teknik konuların akademik olarak açıklanması ve daha sonra da söz konusu bu vergi kavramlarının somut olay itibarıyla uygulama biçiminin belirtilmesi zorunludur. Alınan bilirkişi raporunda ise, ‘uyuşmazlığın, vergiyi kimin ödeyeceği, kimin yükümlü, kimin sorumlu olduğuna ilişkin bulunmadığı’ belirtilmek suretiyle, somut olayda gerek Ortak Girişim gerekse ortak girişimin ortaklarından olan ve üçüncü kişi olarak Ortak Girişim tarafından kendisinden hizmet satın alınan ... firması yönünden verginin ödenme biçimi, olması gereken ve mevcut durum itibarıyla açıklanmamış, gerekli teknik bilgiler verilmemiştir. Bilirkişi raporunun 10. sayfasında, ‘..ancak yapılan vergi tevkifatlarının hukuka uygun olmadığı, fazlaca vergi ödenerek örtülü kazanç elde edilmeye çalışıldığı düşünülebilir’ denilmişse de, bu konuda başka bir açıklama yapılmamış, bunun ne şekilde olduğu ya da olabileceği belirtilmemiştir. Yine bozma ilamında değinilen 16. Maddenin, iş bu davanın tarafları arasında değil, davacı Ortak Girişimi oluşturan ortaklar arasında düzenlendiği göz ardı edilerek, söz konusu hükmün, iş bu davanın taraflar arasında düzenlenmiş gibi yanlış bir tespitle, sorunun ‘ödenmiş vergilere

³³⁶ 13. HD E. 2014/27460, K. 2015/23707, K. 9.7.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, 10 Ekim 2017).

kimin katlanması' noktasında olduğu belirtilmiş, bu konudaki bozma ilamında vergi hukuku anlamında açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilen hususlara değinilmemiştir."

Karara konu olan uyuşmazlık incelendiğinde, taraflar arasındaki ihtilafın, vergi hukukundan değil, akdedilen sözleşme neticesindeki özel hukuk ilişkisinden ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Taraflar sözleşmelerinde, ileride doğabilecek ve ortak girişimce ödenmesi gerekecek muhtemel vergilerin, ortak girişim tarafından ödenmesinin ardından, davalı idareye fatura edileceğini kararlaştırmışlardır. Taraflar arasında bu konuya ilişkin uyuşmazlık çıkmış ve alacaklı olduğunu iddia eden ortak girişim şirketi, ICC tahkimine başvurmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararındaki karşı oy yazısında da ifade edildiği üzere, tenfize konu olan hakem kararı, verginin ne şekilde hesaplanması gerektiğine veya devlete ödenip ödenmeyeceğine ilişkin değildir. Diğer bir ifadeyle hakem kararı, verginin kendisi ile ilgili olmayıp, Türk vergi mevzuatına uygun olarak tahakkuk etmiş ve ödenmiş bir vergi sonucunda, taraflardan birinin, diğerine ödemesi gereken bir miktar olup olmadığı hakkındadır. Bu sebeplerle, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, hakem heyetinin Türk vergi hukukuna giren bir konuda karar verdiğine ilişkin tespiti ve bu durumu Türk kamu düzenine aykırılık şeklinde yorumlaması oldukça isabetsizdir. Taraflar, kendi hür iradeleri ile uyuşmazlığın çözümünü tahkime bırakmakta ve tahkim mahkemesince verilen kararlar ile bağlı olacaklarını taahhüt etmektedirler. Bu açıdan, kamu düzeni kıstasının bu denli keskin ve korumacı yorumlanması, taraf iradelerinin görmezden gelinerek çiğnenmesi anlamına gelmektedir.

SONUÇ

Kamu düzenine aykırılık, yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında, tenfizin reddini talep eden tarafça sıklıkla ileri sürülen bir tenfiz itirazıdır. Kamu düzeni kavramının kesin bir tanımı yapılamadığı gibi kapsamı da belirsiz olduğundan, yabancı hakem kararlarına etki eden kamu düzeni hakkında doktrinde çeşitli görüşler ve uygulamada farklılıklar bulunmaktadır. Çalışmamızda, yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyen kamu düzeninin kapsamı, içeriği ve hangi hallerde yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyeceği, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararlarıyla birlikte incelenmiştir.

İncelenen kararlar, Yargıtay'ın yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine aykırılığı değerlendirirken, genellikle tahkimin ruhuyla bağdaşan bir tutum sergilediğini göstermektedir. Yargıtay'ın bu tutumu, MÖHUK ve New York Konvansiyonu'ndan beklenen fayda ile bağdaşmaktadır. Örneğin Yargıtay'a göre, hakem yargılamalarında tek hakem tayin edilmesi kendiliğinden kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği gibi tayin edilen hakemin milliyeti de yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendirilemez. Yargıtay'ın diğer bir kararına göre ise terditli kurumsal tahkim merkezi seçiminin ve hakem seçme hakkının yalnızca iddia sahibine verilmesi, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmez ve hakem kararının tenfizini engellemez.

Yargıtay, diğer bir kararında, tahkim yargılaması sonucunda hükmedilen cezai şartın miktarına ilişkin itirazları kamu düzeni kapsamında değerlendirmiştir. Yargıtay'ın konu hakkında vermiş olduğu 12.5.2014 tarihli kararına göre, hakem heyetince hükmedilen cezai şartın fahiş olduğuna ilişkin itirazın kamu düzeni kapsamında değerlendiremez. Yargıtay, 2.6.2003 tarihli diğer bir kararında, aktif husumet itirazı ve sebepsiz zenginleşme iddiasının tenfiz yargılaması sırasında kamu

düzenine aykırılık iddiasına dayanak yapılamayacağına hükmetmiştir. Ayrıca Yargıtay'a göre, hakemlerin eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı davrandıkları açıkça ispat edilmedikçe, hakem kararının süresi içinde verilmemiş olması, kamu düzenine aykırılık şeklinde yorumlanamaz. Yargıtay 12.8.2003 tarihli diğer bir kararında, yabancı hakem kararının Türk rekabet hukukuna aykırı olduğu yönündeki iddianın, tenfiz aşamasında kamu düzenine aykırılık kapsamında değerlendiremeyeceğine hükmederek, davaya konu olan yabancı hakem kararının tenfizini mümkün kılmıştır.

Yargıtay'ın yabancı hakem kararlarını Türk kamu düzenine aykırı bulduğu kararları da mevcuttur. Örneğin Yargıtay, Türk hukukuna göre yalnızca Türk şirketlerine verilen teşviklerin yabancı bir şirket ile paylaşılmasının Türk kamu düzenine aykırı olduğuna karar vermiş ve konu hakkındaki bir yabancı hakem kararını Türk kamu düzenine aykırı bularak tenfizini engellemiştir. Yargıtay, vergi hukukuna yönelik konularda da koruyucu bir tutum sergileyerek kamu düzenine aykırılık sebebiyle tenfizi engelleyici kararlar vermiştir. Örneğin Yargıtay, 19.10.2007 tarihli bir kararında, hakemlerin katma değer vergisi ödenmesine ilişkin kararını Türk kamu düzenine aykırı bularak söz konusu hakem kararının tenfizini engellemiştir. Vergi hukukuna ilişkin diğer bir karar ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.2.2012 tarihli kararıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, söz konusu kararında, hakemlerin kurumlar vergisi ödenmesine yönelik kararını Türk kamu düzenine aykırı bulmuş ve hakem kararının tenfizine karar veren ilk derece mahkemesinin Yargıtay'ın bozma kararına uyması gerektiğine hükmetmiştir.

Görüldüğü gibi Yargıtay, nadiren ve yalnızca belirli konularda yabancı hakem kararlarını Türk kamu düzenine aykırı bularak tenfizlerini engellemektedir. Buna rağmen, özellikle yabancı doktrinde, Yargıtay'ın oldukça eski tarihli kararlarına atıf

yapılarak, Yargıtay'ın yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzenine ilişkin olumsuz bir tutum sergilediği iddia edilmektedir. Örneğin birtakım yabancı yazarlar, Yargıtay'ın 10.3.1976 tarihli kararına atıf yaparak, Yargıtay'ın ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin hakem kararını kontrol etmesini kamu düzenine aykırı bulunduğunu belirtmektedirler. Ancak Yargıtay, 10.7.1991 tarihinde söz konusu hatalı içtihadından dönmüş ve isabetli olarak ICC Tahkim Mahkemesince yapılan tasdik işleminin kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.

Yabancı yazarlar tarafından hatalı olarak eleştirilen diğer bir konu ise Yargıtay'ın Türk kanunlarına yapılan atfın maddi hukuku ve usul hukukunu birlikte kapsayıp kapsamadığını değerlendirdiği kararlarıdır. Yargıtay, her ne kadar, 1.2.1996 ve 25.12.1997 tarihli kararlarında, hatalı olarak, taraflarca Türk kanunlarına yapılan atfın maddi hukuku ve usul hukukunu birlikte kapsadığını belirtmiş olsa da, Yargıtay 25.5.2000 tarihinden itibaren bu görüşünü değiştirmiş ve isabetli olarak, Türk kanunlarına yapılan atfın, yalnızca maddi hukuk kurallarını kapsayacağını belirtmiştir. Yabancı yazarlarca yapılan bu hatalı değerlendirmelerin en büyük sebebi, Türkiye'de yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında yabancı dilde kaleme alınmış güncel akademik çalışmaların mevcut olmamasıdır. Dolayısıyla Türk hukukçuları, Yargıtay'ın yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin güncel kararları hakkında çeşitli dillerde akademik makaleler yayınlamalı ve uluslararası doktrini konu hakkında bilgilendirerek tahkim alanında Türkiye'ye duyulan önyargıyı ortadan kaldırmalıdır.

KAYNAKÇA

AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, 4. bası, İstanbul 2016.

AKINCI Ziya, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994. (*Tenfiz*)

AKINCI Ziya, Gereksiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir Mi?, 70(1996)1-3 İBD. (*Gerekçe*)

ALTUĞ Yılmaz/YASAN Mustafa, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003.

AMRO Ihab, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Theory and in Practice: A Comparative Study in Common Law and Civil Law Countries, Birleşik Krallık 2013.

ANSAY Tuğrul, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New-York Antlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984.

AYGÜL Musa, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri, 31(2011)2 MHB.

BAHTİYAR Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 16. bası, İstanbul 2015.

BERG Albert Jan van den, The New York Arbitration Convention of 1958, Amsterdam 1981.

BERMANN George, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The interpretation and Application of the New York Convention by National Courts, 2017.

BİRSEL Mahmut Tefik, Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal Ve Küresel Boyutları, 7(2005) Özel Sayı DEÜHFD-İrfan Baştuğ Anısına Armağan.

BİRSEL Mahmut Tefik/Alı Cem BUDAK, Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?, Sempozyum Bildiriler Tartışmalar 11 Nisan 1997, Ankara 1997.

BORN Gary, International Commercial Arbitration, C. III, 2. bası, Hollanda 2014.

BORN Gary, International Arbitration: Law and Practice, 2. bası, Hollanda 2016. (*International Arbitration*).

BÖRNER Andreas, Article III, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Hollanda 2010.

BRINER Robert, Philosophy and Objectives of the Convention, New York Convention Day, New York 1998.

CRAIG W. Laurence/W. PARK William/PAULSSON Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. bası, 2000.

ÇALIŞKAN Zeynep, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, İstanbul 2013.

ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. bası, İstanbul 2017.

DAYINLARLI Kemal, Yabancı Hakem Kararlarının 2675 Sayılı Kanuna Göre Tenfizi, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984.

DAYINLARLI Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, 2. bası, Ankara 2011. (*Kamu Düzeni*)

DEYNEKLİ Adnan, Türkiye’de yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar, International Conference On Eurasian Economies St. Petersburg-Russia 17-18 September 2013, İstanbul 2013.

DEYNEKLİ Adnan/SALDIRIM Mustafa, Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, 3. bası, Ankara 2011.

DOĞAN Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. bası, Ankara 2016.

EDİS Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.

EKŞİ Nuray, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.

EKŞİ Nuray, Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat, 9. bası, İstanbul 2015. (*Mevzuat*)

EKŞİ Nuray, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010. (*Yargıtay Kararları*)

EKŞİ Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. bası, İstanbul 2015. (*Ticaret*)

EKŞİ Nuray, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2009. (*Icsid*)

EKŞİ Nuray, New York Konvansiyonu’na Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul 2009. (*İptal Edilmiş Hakem Kararları*)

EKŞİ Nuray, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, 67(2009)1 AnkaraBD. (*ICC Hakem Kararları*)

EKŞİ Nuray, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının New York Konvansiyonuna Göre Tenfizine İlişkin Bazı Sorunlar, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı, İstanbul 2007. (*İstanbul Konferansı*)

EKŞİ Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007. (*Mahkeme Kararları*)

ERKAN Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara 2013.

ERTEKİN Erol/KARATAŞ İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997.

FOUCHARD Philippe/GAILLARD Emmanuel/GOLDMAN Berthold, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Hollanda 1999.

GIBSON Christopher, Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law, 113(2009)2 Penn State Law Review.

GÖKYAYLA DEMİR Cemile, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001.

GÜVEN Pelin, Tanıma-Tenfiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2013.

KALPSÜZ Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. bası, Ankara 2010.

KALPSÜZ Turgut, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesinin Tenfiz Şartları ve Tenfiz Usulü, ICC Türkiye Milli Komitesi Milletlerarası Tahkim Semineri, 4 Temmuz 2007 İstanbul, Ankara 2007. (*Tenfiz Şartları*)

KALPSÜZ Turgut, Hakem Kararlarının Milliyeti, 9(1978)3 BATİDER. (*Hakem Kararının Milliyeti*)

KALPSÜZ Turgut, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984. (*Yabancı Hakem Kararı Kavramı*)

KAPLAN Yavuz, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kesinleşme ve Bağlayıcılık Ölçütlerinin Değerlendirilmesi, V(2001)1-4 AÜEHFD.

KERR Michael, Concord and Conflict in International Arbitration, 13(1997)2 Arbitration International.

KRONKE Herbert, The New York Convention Fifty Years on: Overview and Assessment, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Hollanda 2010.

KOCH Christopher, Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Sözleşmesi, Uluslararası Ticari Tahkim Konusundaki Son Gelişmeler Semineri, (1996)15 İTO Yayını.

KORAL Rabi, Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984.

KORAL Rabi, Ex Contractu İfa Davası ve Yargıtay İçtihatları, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984.(*Ex Contractu*)

KORAL Rabi, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Hıfzı Timur Anısına Armağan, İstanbul 1979. (*Hakemliğin Milliyeti*)

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. bası, İstanbul 2001.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. bası, İstanbul 2001. (*Cilt IV*)

KURU Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. bası, Ankara 2010.

KURU Baki/YILMAZ Ejder, Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984.

MAYER Pierre/SHEPPARD Audley, Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Award, 19(2003)2 Arbitration International.

MOSES Margaret, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2. bası, Amerika Birleşik Devletleri 2012.

NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/GELGEL ÖZTEKİN Günseli, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, C. 2, 2. bası, İstanbul 2014. (*Mevzuat*)

NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/GELGELÖZTEKİN Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. 1, 5. bası, İstanbul 2016.

NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 21. bası, İstanbul 2015.

NOMER Ergin, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi 09.06.1999 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 19-20(1999-2000)1-2 MHB-Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan. (*Kamu Düzeni*)

NOMER Ergin, Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Mahmut Belik’e Armağan, İstanbul 1993. (*Tenfiz*)

NOMER Ergin, 10.6.1958 tarihli Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusundaki New York Antlaşmasına ilişkin Dr. Şeref Ünal’ın Tebliği ile İlgili Yorum, Avrupa(Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu 10 Mayıs 1990, Ankara 1990. (*Yorum*)

OKUR Mustafa, Adli Teminat, Ankara 2011.

OTTO Dirk/ELWAN Omaia, Article V(2), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Hollanda 2010.

ÖKÇÜN Gündüz, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967.

PAULSSON Jan, The New York Convention in International Practice – Problems of Assimilation, ASA Special Series No. 9, M. Blessing edition, 1996.

PINAR Burak, Yargı ve İcra Harçları, 2. bası, Ankara 2009.

REDFERN Alan/HUNTER Martin, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 6. bası, Londra 2015.

RUHİ Ahmet Cemal/KAPLAN Yavuz, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public), 22(2002)2 MHB-Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan.

SAKMAR Ata/EKŞİ Nuray/YILMAZ İlhan, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, 3. bası, İstanbul 2001.

SAKMAR Ata, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982.

SAMMARTANO Mauro Rubino, The Keban Arbitration, 46(1980)4 Arbitration: The Journal of the Institute of Arbitrators.

SANDERS Pieter, The Making of the Convention, New York Convention Day, New York 1998.

SCHERER Maxi, Article III [Recognition and Enforcement of Arbitral Awards; General Rule], New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Commentary, Münih 2012.

SHEPPARD Audely, Public Policy and the Enforcement of Arbitral Awards: Should there be a Global Standard?, I(2003)2 Oil, Gas&Energy Law Intelligence.

STONE Katherine Van Wezel/BALES Richard/COLVIN Alexander, Arbitration Law, 3. bası, Amerika Birleşik Devletleri 2015.

ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN FİGENMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. bası, İstanbul 2016.

ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. bası, İstanbul 2016.

ŞANLI Cemal, Türkiye'de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 17-18(1997-1998)1-2 MHB-Özel Sayı Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan. (Tenfiz)

ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984. (Tenfiz Sorunu)

ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986. (Esasa Uygulanacak Hukuk)

ŞİT Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005.

TANRIVER Süha, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, 17-18(1997-1998)1-2 MHB-Özel Sayı Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan.

TEKİNALP Ünal, Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Antlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi, IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1965.

TÜTÜNCÜBAŞI Uğur, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, 12(2010)2 DEÜHFD.

UYAR Cüneyt, Kesinleşmemiş Tenfiz İlamına Dayanılarak İhtiyati Haciz Talep Edilebilir Mi?, 86(2012)3 İBD.

ÜNAL Şeref, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası, Avrupa(Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu 10 Mayıs 1990, Ankara 1990.

ÜSTÜNDAĞ Saim, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, II. Hakem Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984.

YILMAZ Nida, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Harç Meselesi Üzerine İnceleme, 84(2010)5 İBD.