

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ AÇISINDAN KESİNLEŞME VE BAĞLAYICILIK ÖLÇÜTLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

*Yrd.Doç.Dr. Yavuz KAPLAN**

I. GENEL OLARAK

Tahkim, genel olarak, belirli bir devletin hukuk düzenine istinat ettiği için, hakem kararının hangi koşullar altında geçerli ve bağlayıcı olduğunu da *lex fori* belirler. Hakem kararının bağlayıcı ve tenfiz edilebilir olması, ancak, bu şartların yerine getirilmesi halinde söz konusu olur. Yabancı hakem kararlarının tenfizinde ise, ülkeler, ya kendi iç hukuk düzenlemeleri ile getirdikleri şartların gerçekleşmiş olmasını ya da buna dair milletlerarası sözleşmelere taraf olmaları halinde, burada belirtilen şartların yerine getirilmiş olmasını aramaktadırlar. Bundan başka, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin şartları, hem iç hukuk kuralları vasıtasıyla düzenleyen, hem de milletlerarası sözleşmelerle getirilen düzenlemeleri benimseyen ülkeler de mevcuttur.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından Dünya çapında en fazla kabul gören ve katılıma mazhar olan Sözleşme, 10 Haziran 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası İçin Sözleşme” veya kısaca New York Sözleşmesi’dir. Türkiye 1991 yılından itibaren bu Sözleşme’ye taraf olmuştur¹.

Yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için, taraflar için bağlayıcı hale gelmiş olması gerektiği, milletlerarası hukuk düzenlemeleri ve doktrini tarafından genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu noktadaki sorun, hakem kararlarının verildikleri anda mı, yoksa kesinleştikleri ve bu nedenle belli bir makam tarafından üzerlerine icra edilebilirlik şerhi düşüldüğü anda mı bağlayıcı hale geldikleri konusunda görüş ve yaklaşım farklılıkları olmasından kaynaklanmaktadır.

* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Bu Sözleşme, Türkiye tarafından, 8.5.1991 tarihinde, 3731 nolu, “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” ile kabul edilmiştir. Sözleşme metni için bkz. RG.25.9.1991-21002.

Bazı iç hukuk düzenlerine göre, hakem kararının bağlayıcılık arz etmesi için, belirli bir makam tarafından onaylanması veya belirli bir şekli muameleye tâbi tutulması gereklidir. Amerikan tahkim hukukuna göre, devlet mahkemesi, özellikle, aleyhine hakem kararı verilen tarafa, yargılama sonucunu ve mahkûmiyet kararını açıkça bildirmek zorundadır (*judgment upon the award; confirmation of the award*)².

Alman hukukuna göre, bir hakem karardan söz edilebilmesi için, kararın, ZPO'nun 1054.m'sine uygun olarak verilmesi ve yazılı olması zorunludur. Bir hakem kararının metnine, tarafların da üzerinde anlaşmaları ile, ZPO'nun 1062/1,2.m'si anlamında, icra edilebilirlik kararı vermeye yetkili mahkemenin bulunduğu mahaldeki noter tarafından da icra edilebilirlik şerhi konulabilir. İlgili noter, ZPO'nun 1053/4.m'si gereği, hakem kararı hakkında bu şerhi vermeyi, ZPO'nun 1053/1,2.m'lerindeki koşulların sağlanmamış olmasından dolayı reddetme hakkına da sahiptir. Böyle bir ret halinde, taraflar, yetkili istinaf mahkemesine (*oberlandes Gericht*) başvuruda bulunabilirler³.

ZPO'nun 1054/1.m'sinde yer alan, hakem kararının yazılı olması ilkesi zorunlu niteliktedir⁴. Ancak, hakem kararı, taraflar için, yargılamanın yapıldığı yerde açıklandığı anda, henüz yazılı hale getirilmeden önce de, bağlayıcılık arz eder. Daha sonra, taraflara, hakemler tarafından imzalanmış karar metni gönderilir⁵. Almanya'da, ZPO'da 1 Ocak 1998 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere yapılan değişiklikle, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ayrı bir düzenleme yapılmayarak, New York Sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

2 "Confirmation of the award", hakem kararının kesinleştirildiğinin deklare edilmesidir: SATMER, F.: Verweigerung der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche wegen Verfahrensmängeln, Zürich 1994, s.204.

3 Bkz. THOMAS, H./PUTZO, H.: ZPO, München 1999, § 1053/1-6.par.; BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN: Zivilprozessordnung, 57.A., München 1999, § 1053/6.par.; ayrıca, tenfiz edilebilirlik beyanını yapmaya yetkili mahkemeler için bkz. ZPO.1062.m.

4 SCHLOSSER, P.: Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2.A., Tübingen 1989, s.525; SCHWAB, K.H./WALTER, G.: Schiedsgerichtsbarkeit, 5.B., München 1995, s.165; SCHULTHESS, H.C.: Das verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Zürich 1981, s.99; Alman ZPO'da, 1997 değişikliğinden sonra, ZPO'nun 1054/1.m'si ile, yazılılık şartı zorunlu hale getirildi: Bu konuda bkz. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, § 1054/2.par.; THOMAS/PUTZO, § 1054/5.par.

5 Bkz. ZPO.1054/3,4.m.; ayrıca, ZPO'nun 1055.m'sine göre, hakem kararı taraflar arasında, kesinleşmiş bir mahkeme kararının etkisini doğuracaktır. Alman öğretisinde, bir hakem kararının ülke içi durumlarda, uygulama kabiliyeti kazanabilmesi için, öncelikle kesinleşme ve tenfiz edilebilirlik kaydına (*Vollstreckbarerklärung*) ihtiyaç vardır: Bkz. ZPO m.1064.

İsviçre’de de, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, IPRG’nin 194.m’si gereği, New York Sözleşmesi hükümlerine tâbi kılınmıştır.

4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 14.m’sinde, milletlerarası hakem kararlarında, bu Kanun açısından bulunması gerekli unsurlar belirtilmiş ve hakem kararının hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilmesi öngörülmüştür. Taraflar, giderini ödemek şartıyla, hakem kararının asliye hukuk mahkemesine gönderilmesini de isteyebilirler. Bu durumda, gönderilen hakem kararı mahkemece kalemde saklanacaktır. 4686 sayılı Kanun, büyük ölçüde UNCITRAL Model Yasası’ndan alınmış olmasına karşılık, onun yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 35. ve 36.m’leri, düzenleme dışında bırakılmıştır. Zira, bu iki maddede belirtilen hükümler, New York Sözleşmesi’nin IV. ve V.m’lerinin tekrarıdır. Türkiye zaten bu Sözleşme’ye taraf olduğu için, aynı hükümleri burada tekrar etmemiş ve herhangi bir düzenleme getirmeyerek, tanıma ve tenfizi New York Sözleşmesi hükümlerine bırakmıştır.

II. KESİNLEŞME VE BAĞLAYICILIK ÖLÇÜTLERİNİN NEW YORK SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. New York Sözleşmesi’nin Düzenlemesi

Hakem kararının yetkili bir makam tarafından onaylanarak icra edilebilir hale getirilmemiş olması, yani tahkim ülkesinde henüz kesinleştirilmemiş olması, tenfiz aşamasında, tenfiz talebinin reddini gerekli kılan bir usul ihlâli olarak ortaya çıkabilir. Zira, böyle bir ihmal, tenfiz ülkesinde, bu nitelikteki bir hakem kararının bağlayıcı olamayacağı şeklinde değerlendirilerek, tenfizden kaçınılmasına yol açabilecektir. New York Sözleşmesi’nin V/1.e.m’sine göre ise, bir hakem kararının bağlayıcı nitelikte olmaması, tenfiz dâvalısı tarafından ileri sürülmesi halinde, tenfizin reddi sebebi olarak kabul edilmektedir. İşte bu noktada, New York Sözleşmesi’nin, bir hakem kararının bağlayıcı olup olmadığının tespiti bakımından, söz konusu hakem kararının kesinleşmiş olmasını arayıp aradığının belirlenmesi gerekir. Yani, bir hakem kararının tenfizi isteminde bulunulabilmesi için, hakem kararının herhangi bir makam tarafından onaylanarak kesinleştirilmesinin gerekli olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Aslında, New York Sözleşmesi’nin IV.m’si gereği, tenfiz dâvacısı, tenfiz talebinde bulunurken, yalnız bu maddede belirtilen şartları yerine getirmek zorundadır⁶. Bu anlamda belirtilen belgeler, hakem kararı ile tahkim sözleşmesinin metinlerinden ve bunların tercümelerinden ibaret olup, hakem kararının hakem-

⁶ SATMER, s. 205.

lerden başka bir makam tarafından onaylanmış olması aranmamaktadır⁷. Bu nedenle, bir hakem kararı kural olarak verildiği anda bağlayıcı olup, bağlayıcı olmadığına ya da iptal edildiğinin ispat yükü, bunu iddia eden tarafa aittir⁸.

New York Sözleşmesi'nin V/1.e.m'sinde, "bağlayıcılık" teriminin kullanılmasının tercih edilme nedeni, Sözleşme hükümlerinin milletlerarası hakem kararlarının tenfizi açısından uygulama alanının genişletilmesidir. Bu nedenle, kesinleşme veya icra edilebilirlik gibi teknik terimler yerine, teknik olmayan bir terim kullanılmıştır. Bundan dolayı, bağlayıcılık koşulunun gerçekleşmiş sayılması için, herhangi bir makamin onayı veya işlemi gerekmediği gibi, kanun yollarının tüketilmiş olması da gerekmez. Söz konusu madde açısından, bağlayıcılığın belirlenmesinde ağırlıklı olan görüş, bağlayıcılığın tahkime uygulanan hukuka gidilmeksizin, bağımsız olarak belirlenmesi yönündedir. Zira, hakem kararına "bağlayıcılığı" bizzat tarafların iradesi verecektir. Böylece, hakem kararlarının verildikleri anda bağlayıcı olduklarının kabulü gerekir⁹.

New York Sözleşmesi'ndeki bu düzenlemeden çıkan anlama göre, her iki eski Cenevre Sözleşmesi gereği lüzumlu görülen çifte tenfiz (*doppelte Exequatur*), bertaraf edilmiş olmaktadır¹⁰. Bu eski düzenlemelere göre, tenfiz dâvacısı, hem tahkim yargılamasının yapıldığı tahkim yeri ülkesinin yetkili makamları önünde, hem de tenfiz yeri hâkimi önünde, verilen hakem kararının tenfiz kabiliyetini haiz bulunduğunu ispatlamak zorunda bırakılırdı.

2. Türk Hukukundaki Durum

Türk hukuku açısından, yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili hükümler 2675 sayılı MÖHUK'un 43-45.m'leri arasında yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un 43/I.m'sine göre, yabancı hakem kararlarının tenfizi için, kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olmaları aranmaktadır. Aynı Kanun'un 44.m'sinde

⁷ New York Sözleşmesi'nin IV.m'si ile MÖHUK'un 44.m'sini karşı.

⁸ BG.14.3.1984 T. ve BGE.110 Ib 195; ayrıca bkz. BÜLOW, A.: "Das UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche", (UNÜ), KTS 1, 1959, s.8; ayrıca bkz. New York Sözleşmesi'nin V/1.e.m.; SATMER, s.208 vd.

⁹ NOMER,E./EKŞİ, N./GELGEL, G.: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000, s.145.

¹⁰ BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 88. BUCHER, A.: Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel/Frankfurt a.M.1989, s.156-160; WALTER, G.: "Der nicht niederlegte Schiedsspruch", RIW 34, 1988, s.159; Türk Yargıtay'ı da, 19.HD'nin 22.5.1998 T'li ve 6099 E. ve 7735 K'ında, dâvalının hakem kararının üstünde kesinleşme şerhi bulunmadığından bahisle tenfiz isteminin reddini talep etmesini kabul etmeyerek, dâvalının hakem kararına itiraz etmemiş olması dolayısıyla, hakem kararının kesinleşmiş olduğuna karar vermiştir. Yargıtay burada, hakem kararının kesinleşmiş olduğuna ilişkin bir mahkeme şerhi (*exequatur*) aramamıştır. Bkz. AKINCI, Z.: "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi", (Yabancı Hakem), Yargı Reformu 2000, Sempozyum, İzmir Barosu Yayını, İzmir 2000, s.292.

ise, tenfiz isteminde bulunulması için verilmesi gerekli olan belgeler belirtilmiştir. Bu belgeler, tahkim sözleşmesi veya şartının aslı yahut usulüne göre onanmış örneği; hakem kararının kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı ve onanmış örneği ile bunların tercüme edilmiş ve onanmış örneklerinden ibarettir. Söz konusu Kanun'un 45.m'sinde ise, tenfiz engelleri sayılmıştır.

MÖHUK'un yukarıda belirttiğim 43-45.m'leri, esas itibarıyla New York Sözleşmesi'nin IV ve V.m'lerinden esinlenilerek hazırlanmıştır. Ancak, MÖHUK'un 44.m'sindeki ifade, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sindekinden farklı olarak "kesinleşme" ve "onanma" terimlerine yer vermiştir. Aynı Kanun'un 45/i.m'si, hakem kararının tâbi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş veya icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili makamı tarafından iptal edilmiş olması halinde, tenfiz davasının ispat etmesi koşuluyla, tenfiz isteminin reddedilebileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle, MÖHUK'un 43 ve 45/i.m'lerinin, kesinleşme şartı aranılması nedeniyle, çifte tenfize (*double exequatur*) yol açıkları söylenebilir¹¹.

Öte yandan, Türkiye, 1991 yılından beri New York Sözleşmesi'ne taraftır¹². Türk 1982 Anayasası'nın 90.m'sine göre, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe giren anlaşmaların, Türkiye açısından kanun hükmünde kabul edileceği düşünüldüğünde, bu iki düzenleme arasında uyumsuzluk olması kaçınılmazdır. Bu nedenle, MÖHUK'un I/II.m'sinde yer alan, milletlerarası sözleşme hükümlerinin saklı tutulacağına ve dolayısıyla, öncelikli olarak uygulanacaklarına ilişkin hükümden yola çıkılarak, New York Sözleşmesi hükümlerinin öncelikli olarak uygulanması gerekir.

Kanaatimizce de, Sözleşme'nin IV ve V.m'lerinin açık düzenlemesi karşısında, yine New York Sözleşmesi'ne taraf olan bir devlette verilmiş olan hakem kararları açısından ayrı bir kesinleşme şerhi aranmaması gerekir. Türk hâkimi, böyle bir hakem kararını sadece New York Sözleşmesi'nin V.m'inde sayılan tenfiz engelleri açısından tetkik etmeli ve aynı Sözleşme'nin IV.m'inde belirtti-

¹¹ Yargıtay 11.HD., 24.12.1991 T., 1990/2931 E. ve 1991/6828 s.K'ında, Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi tarafından verilen ve İzmir 2. Asliye Ticaret Mahkemesinden tenfizi istenilen ve kesinleşmediğinden dolayı alt mahkemenin tenfizi reddeden kararını onamıştır. Halbuki bu karar, Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi Tüzüğüne göre kesinleşmişti. Yargıtay'ın bu yaklaşımından, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi için, önce verildikleri ülkede, bu ülke hukukuna göre kesinleştirilip icra safhasına getirilmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. Ancak Yargıtay 11.HD., yukarıdaki kararın aksine olarak, 18.6.1991 T., 1990/229 E. ve 1991/4166 s.K'ında, tarafların tahkim usulü olarak seçtikleri, İngiltere'deki GAFTA Tahkim Kurallarına göre, kararın kesinleşmiş olmasını tenfiz için yeterli saymış ve bu yöndeki alt mahkeme kararını onamıştır. Bu konuda bkz. YKD., 1991, C.XVII, S.11, s.1670 vd.

¹² Bkz. yukarıda dn. I.

len belgelerin ibraz edilmiş olması şartıyla, hakem kararını tenfiz etmelidir¹³. MÖHUK'un 43.m'sinde belirtilen kesinleşmiş olma ve 45.m'sinde sayılan tenfiz engelleri ise, New York Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devlette verilmiş olan hakem kararları hakkında uygulanabilir niteliktedir.

Bu noktada, yukarıdaki görüşe, tahkim ülkesinde hakem kararının iptali yoluna gidilmesi halinde, tenfiz sürecine devam etmenin kaosa neden olabileceği itirazı yapılabilecektir. Ancak, New York Sözleşmesi'nin VI.m'si bu konuda herhangi bir boşluk bırakmamıştır. Tenfiz mahkemesine, hakem kararının iptali yoluna gidildiğinin beyan edilmesi halinde, tenfiz mahkemesi kararın tenfizini iptal dâvası sonuçlanıncaya kadar erteleyebilecektir. Tenfiz mahkemesi, ayrıca, tenfizi kötü niyetle ertelemek isteyen taraf için caydırıcı olması amacıyla, böyle bir erteleme kararının verilmesini, uygun teminat yatırılması şartıyla kabul etme yoluna gidebilir.

Kanaatimce, New York Sözleşmesi'nin VI.m'si, aynı zamanda, Sözleşme'nin V/1e.m'sinde yer alan tenfizin reddi sebebinin, hakem kararının "*kesinleşmesi*" değil, "*bağlayıcı*" olması şeklinde anlaşılması gerektiğinin de ispatıdır. Zira, New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sinden anlaşılması gereken kesinleşme olsaydı, kesinleşmiş hakem kararlarına karşı artık iptal yoluna başvurulamayacağı için, Sözleşme'nin VI.m'sinde, yeniden iptal yoluna gidilmesinden bahsedilmesi anlamsız olurdu. Ayrıca, zaten, tenfiz talebinin bu nedenle reddedilmesine ilişkin New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sinin orijinal metninde yer alan terim "*binding*" kelimesidir ve kesinleşme değil, bağlayıcılık anlamına gelmektedir.

III. GENEL DEĞERLENDİRME

Hakem kararının bağlayıcı olup olmadığı, esas olarak, yargılamada tatbik edilen hukuka göre belirlenir¹⁴. Yani, yabancı hakem kararı hangi usul sistemi içerisinde verilmişse, o usul sistemine göre hakem kararının bağlayıcı hale gelip gelmediğinin belirlenmesi gerekir. Ancak, bu noktada, tahkimin genel yapısına uygun olarak taraf iradelerine öncelik tanınması gerekir. Yani, kararın bağlayıcılığı, ancak, tarafların bu konuda herhangi bir anlaşmasının bulunmadığı ve *ad hoc* tahkime gidildiği durumlarda, tahkime uygulanan usul hukuku sistemine göre belirlenecektir. Taraflar, kararın verildiği anda bağlayıcı olduğunu kararlaştır-

¹³ Türk hukuku açısından, yabancı hakem kararının tahkim ülkesinde iptal edilmiş olmasının, kararın bağlayıcılığını ve dolayısıyla Türkiye'de kararın tenfizini ne şekilde etkileyeceği ile ilgili olarak, aşağıda "Genel Değerlendirme" başlığı altında yaptığımız açıklamalara bakınız.

¹⁴ BGH.18.1.1990 T. ve RIW 36, 1990, s.494'te yayınlanan K.; ayrıca bkz. SCHULTHESS, s.98 vd; SCHLOSSER, s.572 vd; ayrıca doktrinde sayın NOMER'in bu doğrultudaki görüşleri için bkz. Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990, Tartışmalar, s.90.

tırmışlar ya da bunu benimseyen bir kurumsal tahkim usulünü tercih etmişlerse, artık bu kararın tenfizi için ayrı bir tasdik keyfiyetine gerek olmayacaktır¹⁵. Örneğin, 1 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kuralları'nın 28/6.m'sine göre, her karar taraflar için bağlayıcı niteliktedir. Ayrıca, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı bu Kurallar altında tahkime sunmakla, verilen kararı derhal icra etmeyi kabul ettikleri ve yapılması geçerli olduğu ölçüde temyiz yoluna gitmekten feragat ettiklerinin kabul edileceği belirtilmiştir.

Tahkim müessesesinin tam anlamıyla bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturma mekanizması olması isteniliyorsa, hakem mahkemesi kararlarının, taraflar arasında hak doğurucu nitelikte olması¹⁶, etkili kılınması ve tarafları bağlayıcı nitelikte olması gerekir¹⁷. Bunun gerçekleşmesi için en önemli desteği verecek olanlar ise, kuşkusuz ülkelerin yetkili resmî makamlarıdır. Bu desteğin verilmesi konusundaki gerekliliği, temelde şu noktalara dayandırmak mümkündür:

Öncelikle, taraflar, aralarında bir tahkim sözleşmesi yaparak ya da esas sözleşmeye bir tahkim kaydı koymak suretiyle, muhtemel bir hukukî uyuşmazlık halinde, devlet mahkemelerini yetkisiz hale getirerek, devre dışı bırakmak ve onun yerine, aralarındaki uyuşmazlığın zorunlu ve nihaî olarak bir hakem mahkemesi tarafından giderilmesini amaçlamaktadır. Tarafların bu isteği, her tahkim sözleşmesinin en belirgin özelliğidir ve New York Sözleşmesi'nin de arka plânında mevcut olan, engel ve zorluklarla dolu millî hukuk sistemlerinden sıyrılarak, milletlerarası alanda daha kolay tanınıp tenfiz edilebilecek hakem kararlarının verilmesi amacıyla paralellik gösterir. Bu nedenle, tahkim sözleşmesi, şekle ilişkin hükümleri itibarıyla, millî hukuk düzenlerinin şekle ilişkin hükümleri karşısında da önceliklidir¹⁸. Bu hukukî durum, New York Sözleşmesi'ne taraf olan bütün devletler için geçerlidir. Zira, bu devletler, onu onaylamak suretiyle, bağımsız milletlerarası hakem mahkemeleri eliyle verilmiş olan hakem kararlarını tanımayı ve tenfiz etmeyi kabul etmişlerdir¹⁹.

¹⁵ Doktrinde sayın ŞANLI'nın bu yöndeki görüşleri için bkz. Avrupa (Cenevre)- New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1990, Tartışmalar, s.90-92.

¹⁶ Hakem kararı, yetkili makamın kesinleşme şerhi olmasa dahi, taraflar için bağlayıcı niteliktedir ve mahkeme kararına eş değerdir: STEIN/ JONAS: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21.A., Tübingen 1994, § 1025/2.par.

¹⁷ BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 91'e göre, bir hakem kararı hakkında, verildiği yerde tenfiz edilebilir kaydı konulmamış olsa bile, onun bağlayıcılığı kabul edilmelidir: Bu konuda ayrıca bkz. BUCHER, s.950.

¹⁸ New York Sözleşmesi'nin V/1d.m'sine göre, taraf iradelerinin, resmî hukuk kuralları karşısında önceliği vardır. Bu öncelik, örneğin, New York'ta verilen bir hakem kararı ile ilgili olarak, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tanınmıştır: Bkz. BG.26.2.1982 T. ve BGE.108 Ib 90 vd.

¹⁹ New York Sözleşmesi'nin II/1.m'si, sözleşmeye taraf olan devletleri, yazılı tahkim sözleşmeleri-

New York Sözleşmesi'nin tatbik edildiği bir devlette, herhangi bir resmî makamın onayı olmaksızın, yetkili bir hakem mahkemesi tarafından verilen kararın, tenfiz edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir²⁰. Bu kabul, aynı zamanda, bir hakem kararının bağlayıcılığının ispat edilmesi bakımından, karşı tarafı bağlamak amacıyla gerektiğinde ileri sürüldüğünde, ayrıca bir mahkeme kararının ibraz edilmesinin talep edilemeyeceği anlamına gelir²¹. Buna paralel olarak, hakem kararlarının hakem mahkemesince verildiği anda bağlayıcı kabul edilecekleri, Türk hukukunda da kabul edilmeye başlamıştır²².

Hattâ, tarafların tahkim sözleşmesinde, hakem kararının nihai nitelikte olmasını kararlaştırmaları dahi mümkündür. Tarafların bu konudaki anlaşmaları, hakem kararının bağlayıcılığına da etki eder. Taraflar, kendi aralarında, hakem kararının verildiği anda bağlayıcı ve kesin olmasını kararlaştırabilirler²³.

Hakem kararının tenfizi talebinin, New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sindeki nedenlerden dolayı reddedilmesinin şartları, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sinde yer alan tenfiz talebinde bulunma şartlarından farklıdır. New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sindeki tenfizin reddi sebepleri, ancak, taraflardan biri tarafından ileri sürülmesi halinde tenfiz hâkimi tarafından dikkate alınabilecektir. Öyleyse, New York Sözleşmesi çerçevesinde, bir hakem kararı verildiğinde, âkit devletler arasında, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sinde belirtilen belgelerin ibrazı halinde, kural olarak, bu hakem kararının tenfizi gerekir. Ancak, tenfiz davalısının tahkim ülkesinde kanun yoluna giderek iptal isteminde bulunması ve bunu tenfiz hâkimine bildirmesi halinde, tenfiz istemi, kanun yolunun sonuçlanmasına kadar bekletilecek ve kabul edilmeyecektir.

Tahkim yerindeki mahkeme, tahkim yargılamasının yapıldığı hakem mahkemesine ve taraflara, hakem kararının, iptal edildiğini bildirirse, böyle bir karar,

ni dikkate almakla yükümlü kılmuştur. Tahkim sözleşmesi veya kaydının varlığına rağmen, taraflardan biri, uyumsuzluğu devlet mahkemesine götürmek isterse, diğer tarafın bu konudaki itirazı üzerine, mahkeme olayı, hakem mahkemesine göndermek zorunda kalacaktır: Bkz. New York Sözleşmesi'nin II/2.m.; ayrıca bkz. ANDERMACHER, B.G./WALDER, H.U.: "Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit/ Le point sur la procedure civile et l'arbitrage", SJZ.96, 2000, s.39.

20 WALTER, G.: "Die Vollstreckbarerklärung als Voraussetzung bestimmter Wirkungen des Schiedsspruchs", (Vollstreckbarerklärung), FS Karl Heinz Schwab, München 1990, s.558 vd.

21 Bu anlayış, New York Sözleşmesi'nin IV.m'sine de uygundur. Bunun aksinin düşünülmesi, New York Sözleşmesi'nin kaldırılmasını hedeflediği çifte tenfiz (*doppelte Exequatur*) rejiminin, yeneden ortaya çıkması tehlikesini de beraberinde getirir.

22 YHGK'nun 9.6.1999 T. ve 1999/19-467 E., 1999/489 K. için bkz. NOMER/EKŞİ/ GELGEL, s.145.

23 SATMER, s.208.

prensip itibarıyla²⁴, New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'si çerçevesinde, hakem kararının bağlayıcılığını ve tenfiz edilebilirliğini ortadan kaldıracak niteliktedir. Tahkim yerindeki mahkemenin, hakem mahkemesi üzerindeki denetim hakkı, hakem mahkemesinin otoritesinin de bir hukukî düzenlemeye tâbi olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır²⁵.

Bu nedenlerle, tahkim usulünün tâbi olduğu hukuk düzeni, hangi koşullar altında hakem kararlarının iptal edilebileceğini veya uygulanmasının ertelenebileceğini belirleyebilir²⁶. Bazı iptal sebeplerinin ortaya çıkması ve bu nedenle, verilen hakem kararının, verildiği memleket kanunu veya tâbi olduğu kanun yönünden, yetkili bir makam tarafından iptal veya icrasının geri bırakılmış bulunması halinde, böyle bir hakem kararının bağlayıcılığı ortadan kalkacak ve tenfiz aşamasında reddi söz konusu olabilecektir²⁷. Bu çerçevede, bir hakem kararının belli bir iptal sebebinin varlığına bağlı olarak, tahkim yeri dışındaki bir ülkede iptal edilebilmesi, yalnızca, tahkim usulünün, bu ülkenin usul kurallarına göre cereyan ettirilmiş olması halinde, söz konusu olabilir²⁸.

Hakem kararının iptali ile onun bağlayıcılığının düşmüş kabul edilebilmesi ve bu nedenle tenfiz talebinin reddedilmesi açısından, üzerinde durulması gereken diğer bir önemli nokta da, 21 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemliğe İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin IX.m'sidir²⁹. Bu Sözleşme'ye taraf olan devletler bakımından, hakem kararlarının iptali, ancak, Sözleşme'nin IX/1.m'sinde belirtilen nedenlere münhasıran yapılmış olması halinde, tenfiz ülkesinde tenfizin reddi sebebi olarak kabul edilecektir. Burada sayılan nedenlerden başka bir nedene dayalı olarak iptal edilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi istemi, âkit başka bir devlet ülkesinde tenfizden kaçınma sebebi teşkil

²⁴ Dn.29'a konu olan paragrafa bkz.

²⁵ WALKER, H.P.: Die freie Gestaltung des Verfahrens vor einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien, Zürich 1968, s.15; SCHLOSSER ise, bir hakem kararının devlet mahkemesi tarafından iptal edilmesi veya düzeltilmesi kararının, tenfiz ülkesinde dikkate alınması için, bu kararın o ülke tarafından da tanınması gerektiği görüşündedir: Bkz. SCHLOSSER, s.573; bu konuda prensipte Schlosser'in görüşüne katılmakla beraber, özellikle New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler açısından, 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin IX.m'sinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerektiği düşüncesindeyim.

²⁶ THOMAS/PUTZO, § 1059; MUSIELAK: Zivilprozessordnung, München 1999, § 1059/1.par.; ayrıca değişiklikten önceki benzer durum için bkz. STEIN/JONAS, § 1044/134.par.

²⁷ Bkz. BG.14.3.1984 T. ve BGE.110 Ib 194 vd.

²⁸ New York Sözleşmesi'nin V/1e.m'sine göre, hakem kararı, verildiği ülkenin yetkili makamı veya hakem kararına hukuku tatbik edilen devletin yetkili makamı tarafından iptal edildi ise, bir tenfizin reddi sebebinin varlığı kabul edilir.

²⁹ Bu Sözleşme, Türkiye tarafından da, 8 Mayıs 1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla kabul edilmiştir: Sözleşme metni için bkz. RG.23.9.1991-21000.

etmeyecektir. Bu iptal sebeplerinin sayılması sırasında ise, taraf iradelerine öncelik tanınacağı ifade edilmiş ve ancak, böyle bir iradenin olmaması halinde, hakem kararının verildiği memleket kanununun dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu durumda, iptal sebepleri açısından, taraf iradelerine öncelik tanınması gerekir.

Tahkim ülkesinde emredici nitelikte kabul edilen bir iptal nedeni, Cenevre Sözleşmesi'nin IX/1.m'sinde sayılanlar arasında yer almıyorsa, zaten buna dayalı olarak verilen bir iptal kararı da, tenfiz aşamasında dikkate alınmayacaktır. Cenevre Sözleşmesi'nin IX/2.m'si, New York Sözleşmesi'ne taraf olan âkit devletler arasındaki ilişkilerde, münhasıran bu Sözleşme'nin IX/1.m'sinde yer alan iptal sebeplerinin göz önünde bulundurulacağını beyan etmektedir. Öyleyse, New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletler arasındaki ilişkiler açısından, bu iptal sebepleri dışında bir nedene dayalı olarak tahkim ülkesinde iptal edilmiş bir hakem kararının, tenfiz ülkesinde, bağlayıcılığının kalmadığı nedeniyle reddedilmesi söz konusu olmayacaktır.