

# Yargıtay Kararları Işığında Icc Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi\*

Nuray Ekşi\*\*

## ÖZET

*Tahkim ile ilgili yasal düzenlemeler ve taraf olduğumuz milletlerarası antlaşmalar, Türkiye'nin, hukukî açıdan bu alanda Avrupa ülkeleri ile aynı konumda olduğunu açıkça göstermektedir. Ne yazık ki mevzuat alanında gösterilen başarı, uygulamaya yansıtılmamış ve Türkiye, tahkim cenneti sayılan ülkeler arasına girememiştir. Tahkim tecrübesindeki bu başarısızlık, ICC hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için açılan davalara da sirayet etmiştir. ICC hakem kararlarının tanınması veya tenfizi için açılan davalar, bu davaların nitelikleri ile bağdaşmayacak ölçüde uzun sürmektedir. ICC hakem kararlarının tanınması veya tenfizini engelleyen bir müessese olan kamu düzenine bazen gereksiz olarak başvurulmakta veya kapsamı geniş yorumlanmakta; bu da yabancıların gözünde Türkiye'yi tahkim aleyhtarı bir devlet haline getirmektedir. ICC hakem kararlarının tenfizi davalarında Yargıtay tarafından verilen ilk kararlar, Türkiye'nin tahkim yanlısı bir ülke olmadığı izlenimini vermiştir. Yargıtay, zamanla önceki kararlarındaki görüşlerinden dönmesine rağmen bu kararların yabancı doktrin ve mahkemeler üzerindeki menfi izlerini henüz silememiştir. Türkiye 'de mahkemelerin tahkim yanlısı bir tutum sergilemeleri, tahkim tecrübesinin artmasına ve tahkim uygulamasının yaygınlaşmasına bağlıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** Tanıma, Tenfiz, Enforcement Yabancı hakem kararlarının tenfizi, MÖHUKmd. 60-63, ICC hakem kararlarının tenfizi, New York Konvansiyonu, Enerji Şartı Sözleşmesi, ICSID, Kamu düzeni, İki taraflı adli yardımlaşma antlaşması

## **Recognition and Enforcement of ICC Arbitral Awards in Turkey under the Judgments of the Court of Cassation ABSTRACT**

*Turkish companies as well as the Turkish Government itself are increasingly involved in arbitration proceedings conducted abroad. Therefore, the enhanced ability to obtain recognition and enforcement of arbitral awards is a highly sensitive issue for foreigners who have an arbitration agreement with Turkish nationals or companies. In spite of the progress achieved in legal regulations and relative to international conventions, Turkey is not yet included among the countries that are considered as havens for arbitration. Relative progress in arbitration practice extends its effect to the courts attitude to the recognition and enforcement of ICC awards. This Article analyses the precedents of the Turkish Court of Appeal relating to the enforcement of ICC arbitral awards. As an initial matter, the Article addresses the legal framework for recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Turkey. Secondly, the issues of pre-requisites for enforcement will be discussed. Finally, the most recent grounds for refusing enforcement of ICC arbitral awards will be reviewed with particular reference to the precedents of the Court of Appeal.*

**Keywords:** Enforcement of foreign arbitral awards, Recognition, Enforcement of ICC arbitral awards, PILA Art. 60-63, New York Convention, Energy Charter Treaty, ICSID, Public policy, Bilateral treaty on legal assistance

\* 25 Kasım 2008 tarihinde İstanbul Sanayi Odasında yapılan "ICC Tahkimine İlişkin Milletlerarası Seminer"de [International Seminar on the International Chamber of Commerce-ICC Arbitration, held in Istanbul Chamber of Industry on 25 October 2008] sunulan tebliğ.

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

## I / Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar

Yabancı bir ülkede verilen hakem kararının sonuçlarının diğer bir ülkeye teşmil edilebilmesi için söz konusu kararın tanınması veya tenfiz edilmesi gerekir Tanıma veya tenfiz davası, her ne kadar yabancı hakem kararının Türkiye'de sonuç doğurması için açılıyorsa da iki dava sonuçları itibariyle birbirinden farklıdır. Bu sebeple, öncelikle, yabancı hakem kararının tanınması davasının mı yoksa tenfizi davasının mı açılacağına karar vermek gerekir. Bu kararı vermede etkili olan husus yabancı hakem kararının niteliğidir. Yabancı hakem kararının içeriğinde icra-ilik vasfı varsa o zaman bu kararın tenfizi için dava açmak gerekir. Eğer yabancı hakem kararının içeriğinde icra-ilik vasfı yoksa bu durumda tanıma davası açılmalıdır. Örneğin, alacağın tahsiline, tazminatın ödenmesine ilişkin yabancı hakem kararlarının tenfizi; buna karşın borcun olmadığına tespitine ilişkin yabancı hakem kararının ise tanınması için dava açılmalıdır. Tenfizine karar verilen yabancı hakem kararı, üç sonuç doğurur: (1) kesin hüküm, (2) kesin delil ve (3) icra edilebilirlik. İlk iki sonuç tanıma ve tenfizde ortak iken tenfizin üçüncü sonucu yani icra edilebilirlik tanımada yoktur. Bu açıdan tenfiz, tanımayı da içine alan daha geniş bir müessesedir. Ancak bazı durumlarda yabancı hakem kararının içeriğinde icra-ilik vasfı olmasına rağmen söz konusu hakem kararının Türkiye'de yalnızca kesin delil ve kesin hüküm olarak kullanılması için tanınması yeterli olabilir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda Türk tahkim hukuku kapsamlı bir düzenlemeye sahiptir. 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un* (MÖHUK) 60-63. maddeleri<sup>1</sup> arasında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir<sup>2</sup>. Ayrıca Türkiye, *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 New York Konvansiyonu*'nu onay-

lamıştır<sup>3</sup>. MÖHUK'un 60-63. maddeleri, New York Konvansiyonundaki hükümlerle hemen hemen aynı içeriğe sahiptir.

Türkiye, birçok devletle hukukî ve ticarî konularda iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmaları yapmıştır<sup>4</sup>. Türkiye'nin taraf olduğu adli yardımlaşma antlaşmaları genel olarak yabancılar tarafından açılan davalarda teminat yatırılması; milletlerarası tebligat; milletlerarası istinabe ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemektedirler. İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının bir kısmında suçluların iadesi başta olmak üzere ceza hukukuna ilişkin hususlar da düzenlenmiştir. Ayrıca söz konusu antlaşmaların önemli bir kısmında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler yer almaktadır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler içeren antlaşmalar sadece tanıma veya tenfiz talebinin reddine ilişkin sebepleri değil ayrıca tenfiz usulüne ilişkin esasları da düzenlemektedirler. Avusturya ile yapılan antlaşmanın 20-21. maddeleri<sup>5</sup>; Polonya ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>6</sup>; Cezayir ile yapılan antlaşmanın 20-27. maddeleri<sup>7</sup>; Irak ile yapılan antlaşmanın 79-85. maddeleri<sup>8</sup>; Azerbaycan ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>9</sup>; Çin ile yapılan antlaşmanın 21-26. maddeleri<sup>10</sup>; Gürcistan ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>11</sup>; Arnavutluk ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>12</sup>; Kazakistan ile yapılan antlaşmanın 21-26. maddeleri<sup>13</sup>; Moğolistan ile yapılan antlaşmanın 19-24. maddeleri<sup>14</sup>; Litvanya ile yapılan antlaşmanın 19-23. maddeleri<sup>15</sup> yabancı hakem kararlarının ta-

3 RG 21.5.1991/20877.

4 İki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının listesi için bkz. EKŞİ Nuray, *Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Temel Mevzuat*, 2. bası, İstanbul 2009, s. 193-199; Nuray EKŞİ, *Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar*, 2. bası, İstanbul 2006, s. 198-203; Aysel ÇELİKEL/ Cemal ŞANLI/Günseli ÖZTEKİN/Bahadır ERDEM/İnci ATAMAN, *Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri*, II. Cilt: İki Taraflı Sözleşmeler. İstanbul 2005, s. 1351 vd..

5 RG 4.8.1931/1864.

6 RG 23.7.1990/20583.

7 RG 8.9.1991/20985.

8 RG 2.8.1992/21303.

9 RG 25.8.1993/21679.

10 RG 12.11.1994/22109.

11 RG 24.8.1997/23090.

12 RG 9.11.1997/23165.

13 RG 12.11.1997/23168.

14 RG 4.5.2004/25452.

15 RG 20.4.2004/25439

1 5718 sayılı MÖHUK'a göre hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin NÖMER/Nuray EKŞİ/Günseli GELGEL ÖZTEKİN, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, C. I, 3. bası, İstanbul 2008, s. 53-81.

2 1982 yılında yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK, 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 64. maddesinin (1). fıkrası ile yürürlükten kaldırılmıştır.

nmması ve tenfizine ilişkin hükümler içermektedir.

MÖHUK'un 1. maddesi, uygulama açısından önceliği milletlerarası antlaşmalara vermiştir. İki taraflı adli yardımlaşma antlaşması olan devletlerde verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, söz konusu antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Meğerki antlaşmada aksine hüküm olsun. Nitekim 16.4.1996 tarihli Yargıtay kararına<sup>16</sup> konu olan olayda, davacı vekili, müvekkili şirket ile davalı şirket arasındaki davada Azerbaycan Ali Arbitraj Mahkemesinin 21.2.1995 tarihli kararıyla davalıyı 348.111 ABD doları ödemeye mahkûm ettiğini belirterek Azerbaycan ile Türkiye arasındaki adli yardımlaşma antlaşması hükümlerine göre kararın tenfizini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, adli yardımlaşma antlaşmasının 19-20 maddelerindeki şartların gerçekleştiği, tenfiz talebinin yapıldığı tarihte adli yardımlaşma antlaşmasının yürürlükte olduğu gerekçesiyle Azerbaycan Ali Arbitraj Mahkemesinin 21.2.1995 tarihli kararının tenfizine karar vermiştir.

Yatırım uyuşmazlıklarıyla ilgili hakem kararlarının nasıl icra edileceği milletlerarası antlaşmalarla düzenlenmiştir. Türkiye'nin de taraf olduğu *Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin Konvansiyon* (Convention on Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States-ICSID)<sup>17</sup> ve *Enerji Şartı Sözleşmesi ile Ek Protokolleri* (Energy Charter Treaty and Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects-PEEREA)<sup>18</sup> yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin özel sistemler öngörmüşlerdir<sup>19</sup>.

Enerji Şartı Sözleşmesi'ne istinaden veya ICSID tahkim merkezi tarafından verilen hakem kararlarının tenfizi tamamen ayrı bir rejime tabidir<sup>20</sup>. ICSID

16 11. HD, E. 1996/104, K. 1996/2826, T. 16.4.1996: Nuray EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 456-457.

17 RG 6.12.1988/20011.

18 RG 12.7.2000/24107; RG 2.2.2000/23956.

19 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey, International Commercial Arbitration-A Comparative Survey, ICOC Publication No: 2007/45, Editors Nuray Ekşi/Pedro J. Martinez-Farga/William K. Sheehy, İstanbul 2007, s. 85-91.

20 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Legal Framework of Commercial Arbitration in Turkey, 102-104; Nuray EKŞİ,

Konvansiyonunun 54. maddesi, ICSID hakem kararlarını geleneksel tenfiz prosedürünün ve New York Konvansiyonunun dışına çıkarmıştır<sup>21</sup>. ICSID'in 54. maddesine göre, her âkit devlet ICSID hakem kararını bağlayıcı kabul edecek ve kararda yer alan parasal yükümlülükleri kendi mahkemesinin nihaî bir kararı gibi yerine getirecektir<sup>22</sup>. Benzer bir hüküm Enerji

Evaluation of the Precedents of the Turkish Court of Cassation Concerning Certain Problems for the Enforcement of Foreign Arbitral Awards under the New York Convention, Istanbul Conference on International Dispute Resolution A Global Perspective, Organised by Prof. Dr. Nuray EKŞİ at Istanbul Chamber of Commerce Assembly Hall on 15 November 2007, Edit. Prof. Dr. Nuray Ekşi/Prof. Dr. Turgut Kalpsüz/Prof. Dr. Müslüm Yılmaz, İstanbul 2008, s. 120-121.

21 DICEY/MORRIS&COLLINS, on the Conflict of Laws, Editors Lawrence Collins/CGJ Morse/David McClean/Andrian Briggs, Jonathan Haris/Campbell McLachlan, 14<sup>th</sup> édition, London 2006, s. 750, 785.

22 ICSID tahkim merkezinde bu güne kadar Türkiye'ye karşı 7 dava açılmıştır. Bu davalardan ilki *Motorola Credit Corporation Inc.* tarafından Türkiye'ye karşı açılmıştır. ICSID'de açılan davada taraflar 21.11.2005 tarihinde anlaşarak tahkim sürecini sona erdirmişlerdir. İkinci dava Amerikalı şirket *PSEG Global Inc.* tarafından 22.3.2002 tarihinde açılmıştır. Dava, Konya-İlçim'da yapılacak olan enerji santraline ilişkin sözleşmeden doğmuştur. Bu davada Türkiye'nin, yatırımın fiilen başlamamış olması sebebiyle ICSID tahkimine gidilemeyeceğine ilişkin iddiası kabul edilmemiştir. Türkiye, 19.1.2007 tarihinde sonuçlanan ICSID tahkiminde, Amerikalı yatırımcı *PSEG Global*'ın 9.061.479.34 ABD Dolarını faiziyle beraber ödemeye mahkûm edilmiştir. Ayrıca Türkiye bu davada *PSEG'e* 4.602.73,70 dolar yargılama gideri ve hakem ücreti ödemekle yükümlü kılınmıştır. Zaten Türkiye avukatlık ücreti ve yargılama gideri olarak 8.950.832.10 ABD Doları ödemişti. Kısacası Türkiye bu davada 20 milyon dolardan fazla ödeme yapmak zorunda kalmıştır. Üçüncü dava, GSM operatörü Telsim'in büyük oranda hissedarı Hollandalı şirket *Saba Fakes'm*, Türk Devletine karşı açtığı 19 milyar dolarlık davadır. Bu dava halen daha devam etmektedir. ICSID tahkim merkezinde görülen davalardan bir kısmı Enerji Şart Sözleşmesine dayanmaktadır. Enerji Şart Sözleşmesine istinaden Türkiye'ye karşı üç dava açılmıştır. Enerji Şart Sözleşmesine istinaden bu güne kadar açılan toplam dava sayısının 18 olduğu dikkate alındığında bu rakamın küçümsenmeyecek ölçüde olduğu anlaşılacaktır. Kıbrıs'ta mukim *libananco Holdings Co. Limited*, ICSID tahkim merkezinde Türkiye'ye karşı 19.4.2006 tarihinde 10 milyar dolarlık dava açmıştır. Elektrik üretimi ve dağıtımını imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan bu dava halen devam etmektedir. Polonya'da mukim *Cementownia Nowa Huta SA*, Türk Devletine karşı 4.6 milyar dolarlık bir dava açmıştır. Elektrik imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili tahkim prosedürü ICSID'de devam etmektedir. Polonya'da mukim *Europe Cernent Investment and Trade SA*, Türkiye'ye karşı 3.8 milyar dolarlık bir dava açmıştır. Bu dava da elektrik imtiyazına ilişkindir ve ICSID'de tahkim süreci devam etmektedir. *Alapli ElektrikB. V.* tarafından Türkiye'ye karşı 27.8.2008 tarihinde ICSID tahkim merkezine başvurulmuştur. Bu dava da devam etmektedir, [http://www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm (2.11.2008)]

Şartı Sözleşmesi’nde de yer almaktadır. Enerji Şart Sözleşmesi’nin 26. maddesinin 8. paragrafında, hakem kararlarının taraflar için nihai ve bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Devlet kurumları veya makamlarına ilişkin olarak verilen tedbir niteliğindeki hakem kararlarında söz konusu tedbir yerine tazminat ödenmesine karar verilebilir. Taraf devletler gecikmeksizin hakem kararlarını icra etmekle ve hakem kararlarının etkin bir şekilde icrasını sağlamak üzere gerekli yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler.

## II. ICC Hakem Kararlarının Bağlayıcılık ve İcra Kabiliyeti Kazanması

ICC Tahkim Kurallarına göre, hakem kararı, imzalanmadan önce, hakem heyeti tarafından ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesine (ICC International Court of Arbitration) sunulur. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, hakem kararının şekline ilişkin düzeltmeler yapabilir. Ancak bu düzeltmeler esnasında hakem kararının esasına dokunulamaz. Bununla beraber, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, hakem heyetinin dikkatini esasa yönelik noktalara çekebilir. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından hakem kararı, şekil açısından onaylanmadan önce hakem heyeti, kararı taraflara gönderemez (ICC Tahkim Kuralları md. 27).

Hakem kararı, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Sekreterliğine (Secretariat of the ICC International Court of Arbitration) verilir. Sekreterlik, hakem mahkemesi kararının imzalı nüshasını taraflara tebliğ eder. Ancak tebliğin yapılabilmesi için yargılama giderlerinin tamamının ödenmiş olması gerekir. Ödemeyi, her iki taraf yapabileceği gibi taraflardan biri de yapabilir. Hakem kararının onaylı suretleri, talep üzerine, Sekreterlik tarafından sadece taraflara verilebilir, başkalarına verilemez. Hakem kararı, taraflara tebliğ edilmekle bağlayıcılık kazanır. Tebliğat, genellikle kurye veya iadeli taahhütlü mektupla yapılmaktadır<sup>23</sup>.

ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, geleneksel anlamda bir “mahkeme” değildir. ICC Tahkim Kurallarının uygulanmasını sağlayan bir tahkim organı

olarak işlev görmektedir. Belirtmek gerekir ki, uyuşmazlığı karara bağlayan ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi değildir. Bu görev, ICC Tahkim Kurallarına göre atanan hakemlere aittir. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi, ICC tahkim sürecini gözetir; hakem kararını şekil itibarıyla denetler ve tasdik eder; hakemlerin ücretini belirler. ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesine yardımcı olmak üzere oluşturulan Sekreterlik ise tahkime ilişkin idari işlemleri yürütür<sup>24</sup>.

ICC tahkimine başvuran taraflar, hakem kararını gecikmeksizin derhal yerine getirme ve karara karşı kanun yollarına başvurma hakkından feragat etme yükümlülüğü altındadırlar (ICC Tahkim Kuralları md. 28). ICC hakem kararma karşı, karardaki maddî hataların düzeltilmesi veya kararın yorumlanması için, tebliğinden itibaren 30 gün içinde Sekreterliğe başvurulabilir. Sekreterlik, başvuruyu hakem mahkemesine iletir. Hakem mahkemesi, 30 günden fazla olmamak üzere diğer tarafa süre verir ve konuyla ilgili görüşlerini bildirmesini ister. Eğer hakem mahkemesi, karardaki maddî hataların düzeltilmesine veya kararın açıklığa kavuşturulmasına hükmederse, kararını taslak olarak ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesine verir. Maddî hataları düzeltme veya karardaki müphem noktaları açıklama kararı, esas kararın eki olarak yazılır ve onun bir parçasını teşkil eder (ICC Tahkim Kuralları md. 29).

ICC hakem kararı, taraflara tebliğ edildiğinde bağlayıcılık kazanmakla beraber ulusal hukuklar, kararın icra edilmesi için mahkeme kalemine tevdi edilmesini veya tanınması ya da tenfizi için dava açılmasını şart koşabilirler. Ancak gerek mahkeme kalemine tevdi gerekse tanıma ya da tenfiz ulusal hukukların aradığı icraya yönelik usullerdir. Bu usuller, ICC Tahkim Kurallarında, tahkim yargılamasının tamamlayıcı bir parçası olarak yer almamaktadırlar<sup>25</sup>.

## III. ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde aranılan şartlar, tanıma için de geçerlidir. Bununla beraber yaban-

23 W. Laurence CRAIG/William W. PARK/Jan PAULSSON, International Chamber of Commerce Arbitration, 3<sup>rd</sup> edition, Oceana Publications 2000, s. 400.

24 ICC International Court of Arbitration, ICC Publication 810, Paris 2006, s. 6-8.

25 CRAIG/PARK/PAULSSON, 400.

cı hakem kararının Türkiye’de tenfizi için müstakil dava açılması zorunludur. Buna karşın yabancı hakem kararının tanınması için mutlaka ayrı bir dava açılmasına gerek yoktur. Yabancı hakem kararının tanınması için müstakil bir dava açılabilmesi gibi mevcut bir dava içinde de yabancı hakem kararının tanınması talep edilebilir. Nitekim Yargıtay’ın 2008 yılında verdiği kararma<sup>26</sup> konu olan olayda, davacı icra takibi başlatmış; davalı icra takibine itiraz etmişti. Bunun üzerine itirazın iptali için dava açılmıştı. İtirazın iptaline ilişkin yargılama sırasında, 17.8.2004 tarihli ve 11585/DB/EC numaralı ICC hakem kararının tanınmasına karar verilmesi istenilmişti. Mahkeme tarafından ICC hakem kararı tanınmış ve kesin hüküm sebebiyle itirazın iptali davası reddedilmişti. Temyiz aşamasında davadan feragat edildiği için Yargıtay, ilk derece mahkemesi kararını ayrıntılı olarak incelememiştir.

“Davacı vekili, davacı anonim şirketin %25,17 oranında hisselerini alarak ortak olan davalı şirketin, davacı anonim şirketin sermaye artırımına engel olduğunu, bunun sonucunda davacı şirketin icra takiplerine muhatap olup, iflasın eşğine geldiğini, halka arz suretiyle sermaye artırımını yapamayan davacının büyük finansal giderlere maruz kaldığını, davacının uğradığı zararın en az 47 milyon DM olup, zararın tazmini amacıyla başlatılan icra takibine davalının itiraz ettiğini ileri sürerek, itirazın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiş, yargılama sırasında mahkemece ön sorun olarak, kesin hüküm niteliğindeki ICC Tahkim Kurulunun 17.8.2004 gün ve 11585/DB/EC numaralı kararının tanınmasına karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, ICC Tahkim Kurulunun 17.8.2004 gün ve 11585/DB/EC numaralı kararının tanınmasına, kesin hüküm nedeniyle itirazın iptali davasının reddine karar verilmiştir. Karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir. Mahkemece verilen karar taraf vekillerince süresinde temyiz edilmiş olup, dosya temyiz incelemesi yapılmak üzere gönderildikten sonra, davacı vekili, davalı hakkındaki davasından feragat ettiğine ilişkin dilekçe sunmuştur. HUMK’un 95. maddesine göre davadan feragat kati bir hükmün sonuçlarını doğurur. Ancak, mahkemece bir karar verilip, davadan el çekildikten sonra temyiz aşamasında

davadan feragat edildiğinden ve bu aşamada dahi feragat hakkında karar vermek yetkisi mahkemeye ait olduğundan, vaki feragat hakkında bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir. Davalı vekilinin temyizine gelince; bozma sebep ve şekline göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir”.

#### **IV. ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi**

##### **A. ICC Hakem Kararlarının Tenfizi Usulü**

Yabancı Hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, hem 5718 sayılı MÖHUK hem de New York Konvansiyonu ile düzenlenmiş olmakla beraber New York Konvansiyonunda yabancı hakem kararlarının tenfizi davalarında usule ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Konvansiyonun III. maddesi, tenfiz devletinin usul hukukuna atıfta bulunmuştur. Türkiye’de yabancı hakem kararının tenfizi davasında usule ilişkin hükümler 5718 sayılı MÖHUK’da yer almaktadır. O halde 5718 sayılı MÖHUK’da yer alan hükümler kıyasen New York Konvansiyonuna tabi hakem kararlarının tenfizinde de uygulanacaktır.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye’deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır [5718 sayılı MÖHUK md. 60(2)]. Yabancı bir hakem kararının tenfizini isteyen taraf, dilekçesine tahkim sözleşmesi veya şartının aslını yahut usulüne göre onanmış suretini; hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcılık kazanmış aslını veya usulüne göre onanmış suretini ve bunların tercümelerini ekler (5718 sayılı MÖHUK md. 61). Yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları duruşmalı olarak görülür. Dava dilekçesi ve ekleri karşı tarafa tebliğ edilir. İstem, basit yargılama usulüne göre karara bağlanır. Yabancı hakem kararlarının tenfizi davaları basit yargılama usulüne tabi olduğundan bu davalara adlî tatilde de bakılır.

##### **B. ICC Hakem Kararlarının Tenfizini Engelleyen Sebepler**

Yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyen haller New York Konvansiyonunun V. maddesinde dü-

26 11. HD, E. 2007/1056, K. 2008/8452, T. 24.6.2008.

zenlenmiştir. Konvansiyonun V. maddesindeki şartlardan bir kısmını tenfiz mahkemesi re’sen dikkate almak zorundadır. Diğer şartları ise tarafların iddia ve ispat etmesi gerekir. Mahkeme tarafından re’sen dikkate alınacak şartlar şunlardır:

- 1- Hakem kararının konusunu teşkil eden uyuşmazlığın tanıma veya tenfiz istenilen ülkenin hukukuna göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması,
- 2- Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması.

Taraflarca iddia ve ispat edilecek tenfiz engelleri ise şunlardır:

- 1- Tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsiz olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması,
- 2- Hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın hakem seçiminden veya tahkim yargılamasından usulen haberdar edilmemiş olması veya delillerini sunma imkânından mahrum edilmesi,
- 3- Hakem kararının, tahkim anlaşmasında yer almayan bir hususa ilişkin olması veya tahkim anlaşmasının sınırlarını aşması,
- 4- Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usulün, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı olması,
- 5- Hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş veya icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yer mahkemesi tarafından iptal edilmiş olması.

5718 sayılı MÖHUK’un 62. maddesinde, New York Konvansiyonunun V. maddesine paralel bir düzenleme yer almaktadır. New York’ta yer alan tenfiz engelleri, MÖHUK’da da kabul edildiği için bu esaslar üzerinde ayrıca durulmayacaktır. Daha önce belirttiğimiz üzere, Türkiye’nin bazı devletlerle yaptığı iki taraflı hukukî ve ticarî konularda adli yardımlaşma antlaşmalarının bir kısmında âkit devletlerden birinde verilen hakem kararının diğer âkit devlette nasıl tenfiz edileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarını da dikkate almak gerekir.

## C. Yargıtay Kararlarında ICC Hakem Kararlarının Tenfizini Engelleyen Sebepler

### 1. ICC Hakem Kararlarının Yerli Hakem Kararı Sayıldığı ve Tenfize Tabi Olmadığı Haller

Yargıtay, bazı hallerde ICC hakem kararını, yabancı hakem kararı olarak kabul etmemektedir. ICC hakem kararlarının yerli hakem kararı sayıldığı hallerde bu kararın Türkiye’de sonuç doğurması için tenfiz yoluna gitmeye gerek kalmamaktadır. Yargıtay’a göre, Türk usul kanunu uygulanarak verilen ICC hakem kararı yabancı hakem kararı olarak kabul edilemez. Karar, Türk usul kanununun otoritesi altında verildiği için yerli hakem kararıdır. Nitekim Yargıtay, 1985 yılında verdiği kararında Türk usul kanunu uygulanarak verilen ICC hakem kararının yabancı hakem kararı olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>27</sup>. Yargıtay’a göre:

“Davacı vekili, müvekkili ile davalı şirket arasındaki uyuşmazlığın tarafların anlaşmaları gereğince Uluslararası Ticaret Odası hakemliğince çözümlenmesi için hakem tayini cihetine gidildiğini; bu Oda’nın aracılığıyla Prof. Dr. Ali Bozer’in tek hakem olarak tayin edildiğini; tarafların hakemleri görevlendirme belgesinde hakemlik prosedürünün Türk kanununun otoritesi altında cereyan edeceğinin kararlaştırıldığını; hakem tarafından verilen 2.6.1977 günlü hakem kararının tam anlamı ile Türk kanunları otoritesi altında verilmiş bir Türk hakem kararı olduğunu; davalının, hakem kararında belirtilen borcu dört taksitte ödemeyi kabul ettiği halde sonradan bu kararın, bir Türk mahkemesi tarafından tebliğ edilmediğini ifade ederek ödemediğini belirterek, dava konusu hakem kararının tasdikine karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, hakem kararının yabancı hakem kararı olduğunu, bu nedenle tasdikinin istenemeyeceğini, ancak tenflzinin gerektiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş ve bu karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Hakem kararı verilirken Türk usul hukuku uygulanmış ve hakem de kararını Türkiye’de vermiş olmakla gerek otoritesi altında

27 11. HD, E.7355, K. 7099, T. 19.12.1985: Atâ ŞAKMAR/Nuray EKŞİ/İlhan YILMAZ, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uygulamadan Örnekler, 3. bası, İstanbul 2001, s. 367-368.

verilen hukuk kriteri, gerekse hakem mahkemesinin toplandığı yer hukuku kriterine göre işbu hakem kararının bir Türk hakem kararı olarak kabulü gerekmesine ve Paris Uluslararası Ticaret Odası, sadece hakemi seçen merci ve sekreteryaya görevi yapmış bulunmasına göre hakem kararının tenfize değil tasdike tabi olması gerekir”.

1996 yılında verilen ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesi<sup>28</sup> kararına konu olan olayda, davacı yüklenici, ICC Tahkim Kurullarına göre verilmiş olan 10.3.1991 tarihli hakem kararının tenfizini talep etmişti. Yargıtay, gerek MÖHUK ve gerekse New York Konvansiyonuna göre bir hakem kararının Türkiye’de tenfizinin istenebilmesi için o kararın yabancı hakem kararı sayılması gerektiğini ifade etmişti. Yargıtay’a göre:

“Taraflar arasındaki uyuşmazlığın MTO Tahkim Kurallarına göre çözümlenmiş olması, hakem kararma başlı başına yabancı hakem kararı olma vasfını vermez. MÖHUK’da hangi hakem kararlarının yabancı hakem kararı sayılacağı konusunda bir açıklık bulunmadığı gibi, New York Konvansiyonunda da yabancı hakem kararının tanımı yapılmamıştır. Anılan Konvansiyonun sadece I. maddesinde tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde verilen hakem kararları; ve ayrıca tanınması ve icrası istenen devlette millî sayılmayan hakem kararları hakkında Konvansiyon hükümlerinin tatbik edileceği hükme bağlanmıştır. Yerleşmiş Yargıtay içtihatları ile de belirtildiği gibi bir hakem kararının yerli mi, yoksa yabancı hakem kararı mı olduğu “otoritesi altında verilen kanun” hükümleri esas alınarak saptanır. Burada bahis konusu edilen kanun esasa değil, usule uygulanan kanundur. Taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinde her ne kadar usule uygulanacak kanun belirtilmemiş ise de, 10.8.1989 tarihli, tarafların da imzasını havi, görev belgesinde hakem mahkemesinin uyuşmazlığı “Türk Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine” göre çözümleneceği belirtilmiştir. Bu durumda otoritesi altında verilen hakem kararı Türk Usul Kanunu hükümlerine göre verilmiş olduğundan bu hakem kararı Türk hakem kararı sayılır. Mahkeme kararının gerekçesinde hakem kararının MTO Divanınca onaylanmasının kamu düzenine aykırı olduğu belir-

tilmiş ise de, kararın MTO Tahkim Kurullarına göre verilmiş olması, Divanca tasdiki Dairemizin yerleşmiş içtihatları ile de belirtildiği gibi, kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Bu itibarla mahkemenin kamu düzenine aykırılığa ilişkin gerekçesinde isabet yoktur. O halde tenfiz kararı istemine konu olan hakem kararı yabancı hakem kararı olmayıp, bir Türk hakem kararı olduğundan ve millî hakem kararlarına ilişkin hükümlere göre infaz edilebileceğinden tenfizi mümkün değildir”.

Aynı Daire, 1998 yılında verdiği diğer bir kararında<sup>29</sup> da yine ICC hakem kararını yerli hakem kararı saymıştır.

“Davacı.. İnşaat San. ve Tic. A.Ş. ile davalı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü arasındaki 10.5.1993 günlük sözleşmenin “ihtilâfların halli” başlıklı 67. maddesinde; bütün anlaşmazlıklar veya görüş ayrılıklarının Uluslararası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Hakemlik Kurallarına uygun olarak atanacak bir veya daha fazla sayıda hakem tarafından çözümleneceği hükme bağlanmış, davacı ve davalının teklif ettiği hakemler ile bunların birlikte tayin ettikleri hakem olmak üzere üç Türk hakem uyuşmazlığın halli için yetkilendirilmiştir. Hakemlerce oluşturulan 29.4.1997 günlük kararla hakedişlerin geç ödenmesinden ötürü 717.673.878 TL faiz alacağının tahsili, yine hakedişlerin geç ödenmesi nedeniyle davacı yana onsekiz günlük süre uzatımı verilmesi ve buna karşılık gelen 1.406.845.869 TL’lık 1995 yılı ödeneğinin 1996 yılına aktarılması, davacının bu miktarları aşan taleplerinin reddi, nihayet tahkim masrafları ve diğer ücretlerin paylaşılması hüküm altına alınmış, kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir. Bu aşamada öncelikle, MTO tahkim kuralları çerçevesinde seçilen hakemlerce bu tüzük hükümlerine göre verilen hakem kararının niteliği ve anılan tüzüğün 24. maddesinde belirtildiği şekilde hakem kararının kesin olup olmadığı yönleri üzerinde durulmalıdır. Bir hakem kararının millî ya da yabancı hakem kararı olup olmadığı hususunun saptanması önem taşımaktadır. Çünkü hakem kararı millî hakem kararı ise, Türk hakem kararlarının tabi olduğu kurallara göre sonucunu icra edecek, yabancı hakem kararı ise, kararın tenfizi ve tanınması söz konusu olacaktır. Gerek uygulamada, gerekse

28 15. HD, E. 1996/3249, K. 1996/5584, T. 25.10.1996.

29 15. HD, E. 1998/3507, K. 1998/4108, T. 6.11.1998.

öğretide bir hakem kararının yerli veya yabancı hakem kararı olup olmadığı ayırımı “otoritesi altında verilen kanun”a göre belirlenmektedir. Şayet, hakem kararı yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmişse, o karar yabancı hakem kararı sayılır. Kuşku yok ki, burada sözü geçen kanundan maksat, esasa değil usule uygulanan kanundur. Somut olayda; uyuşmazlık, tüzel kişiliği haiz bir Türk şirketi ile kamu idaresi arasındadır. Hakem kurulu ise, Türk uyuşmazlığı taşıyan kişilerden teşekkül ettirilmiştir. Yargılama, Türkiye’de sürmüş, karar burada verilmiştir. Ancak MTO tahkim kurallarının uygulanması ile hakem prosedürü ve hakem kararı tüzük hükümleri dairesinde cereyan etmiştir. Sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkisinde yabancı unsur mevcut olmamakla birlikte, tahkim sözleşmesi veya koşulunda MTO hakemliğine başvurulacağı taraflarca kabul edilmişse, bu konudaki uyuşmazlık üzerine Türkiye’de verilen hakem kararları yerli hakem kararı sayılır. Esasen, MTO bir kısım ulusların meydana getirdiği resmî bir topluluk değil, değişik ülkelerden tacir ve sanayicilerin kurduğu özel bir teşekküldür. Tüzüğü, belli bir devletin mevzuatı niteliğinde olmadığından, kamu kurumu vasfı da yoktur. Tüzük hükümleri, kanun gücü taşımadığından, kamu düzenine ilişkin emredici mahiyette de sayılmazlar. MTO hakem divanı ve sekreteryası bir kamu kurumu sayılmadığı için hakem kararlarını kontrol eden, onlara kesinlik ve kamu gücüne dayanan cebri icra kabiliyeti izafe eden bir makam da değildir. MTO tüzük kuralları altında verilen kararlar muayyen bir yabancı kanuna tebaen verilmiş karar sayılmayacağından, sonuçta yabancı hakem kararı olarak nitelendirilemez. Öte yandan, hakem kararının, divan ve sekreterliğe verilmesi ve oraca tasdik edilmesi hakem kararma mülkiyet izafe edilmesine de neden olmaz. Bu itibarla, yanlar arasındaki uyuşmazlığı gideren hakem kararı yabancı bir hakem kararı değil, Türk hakem kararıdır ve Türk hakem kararlarının tabi olduğu prosedüre tabi olması gerekir. MTO Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü’nün 24. maddesinde<sup>30</sup>, hakem kararının kesin olduğu ve tarafların uyuşmazlığı MTO’ya getirmekle verilecek ka-

ran derhal icra etmeye ve hukuken mümkün olsa bile temyiz yoluna başvurmamayı kabul ettikleri, hükme bağlanmış olsa da, bu karar Türk hakem kararı olarak Türk kamu düzeninin emredici kurallarına tabi bulunduğu ve HUMK’un 535. maddesi uyarınca temyizden peşinen feragat geçerli sonuç doğurmayaacağından, hakem kararının kesinliğinden de bahsedilemez. Taraflarca, Türk hakem kararma karşı temyiz itirazları ileri sürüldüğünden, temyiz istemlerinin incelenmesi gerekmiştir”.

## 2. ICC Hakem Kararlarının Türk Kamu Düzenine Aykırı Olması

Türk doktrin ve Yargıtay kararlarında hakemlerin bağımsızlığından şüphe edilen bir husus olarak ICC tahkiminde verilen hakem kararının, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından gözden geçirilmesi üzerinde durulmaktadır. *Kuru*, ICC Tahkim Tüzüğü’nün 27. maddesinin hakemlerin bağımsızlığı ilkesine ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olduğunu ifade etmektedir<sup>31</sup>.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 10.3.1976 tarihli Keban Barajı kararında<sup>32</sup>, hakem kararının, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesine tevdi ve tasdik ettirilmesini kamu düzenine aykırı bulmuştur. Bu karar, 1976 yılında verilmiştir. Kararın verildiği tarihte henüz MÖHUK yürürlüğe girmemişti ve Türkiye New York Konvansiyonunu onaylamamıştı. Bununla beraber 1949-1982 yılları arasında yani 2675 sayılı MÖHUK yürürlüğünden önce yabancı hakem kararlarının tenfizine HUMK’da yer alan yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin hükümler kıyasen uygulanıyordu. 12.12.2007 tarihinde 5718 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı MÖHUK’den önceki dönemde, yabancı mahkemelerden verilen ilamların tenfizi HUMK’un 537-545. maddeleri arasında düzenlenmişti. Bu maddeler, 1982-2007 yılları arasında yürürlükte kalan 2675 sayılı MÖHUK’un 46. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yabancı kararların tenfizinde aranılan şartlardan biri de kararın kamu düzenine aykırı olmamasıydı. Yargıtay kararında, ICC hakem kararının kamu düzenine aykırı

30 ICC Tahkim Kuralları, en son 1998 yılında gözden geçirilerek yeniden kaleme alınmıştır. 1998 ICC Tahkim Kurallarında, 24. maddenin muadilini 28. madde oluşturmaktadır. İçerik itibarıyla, 24. madde ile 28. madde arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

31 Baki KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. bası, İstanbul 2001, s. 6203.

32 15. HD, E. 1617, K. 1052, T. 10.3.1976: (1977)202 İKİD, s. 5671.



olup olmadığının araştırılmasının yasal dayanağını HUMK'un mülga 540. maddesinin (3). bendi oluşturmaktadır.

“Keban Barajı kararı” olarak anılan ve 1976 yılında verilen karara konu olan olayda, müteahhit davacı yabancı şirketler grubu (CCI) ile davalı Devlet Su İşleri (DSİ) arasında 19.2.1966 tarihinde imzalanan baraj yapımına ilişkin sözleşmenin 34. maddesinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceği; hakemlerin seçimi ve tahkim yargılamasının ICC Tahkim Kurallarına tabi olacağı öngörülmüştü. Üstelik uyuşmazlık çıktıktan ve hakemler seçildikten sonra düzenlenen “tensip kararı ve görev belgesi” ile kural olarak ICC Tahkim Kurallarının uygulanması; tahkim yargılamasının Lozan’da yapılması; hakem kararının Paris ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi Sekreterliğine tevdi edilmesi kararlaştırılmıştı. Hakemler, Lozan’da toplanmış ve verdikleri karar ICC Tahkim Mahkemesi Sekreterliğine sunmuşlardı. Yargıtay’a göre, taraflar arasındaki sözleşmeyle hakem heyetinin ICC Tahkim Kurallarını uygulayacaklarının kararlaştırılması; dava dilekçesinin ICC Tahkim Mahkemesi Sekreterliğine verilmesi; hakem dosyasının Sekreterlik tarafından hakemlere sunulması; hakem kararının ICC Tahkim Mahkemesine tevdi edilmesi ve kararın ICC Tahkim Mahkemesi tarafından tasdik edilmesi Türk usul hukukunun tam anlamıyla uygulanmadığını kanıtlamakta; ayrıca hakem kararının ICC Tahkim Mahkemesine tevdi ve tasdik ettirilmesi kamu düzenine aykırı bulunmaktadır. ICC Tahkim Mahkemesine tevdi ve tasdik ettirilen bu kararın tenfizi kamu düzeni sebebiyle mümkün değildir.

Ancak Yargıtay daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve ICC Kuralları uyarınca hakem kararının ICC Tahkim Mahkemesine tevdi edilerek onaylatılmasının hakemlerin bağımsızlığı ve dolayısıyla kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır<sup>33</sup>. Karara konu olan olayda, davalı yüklenici, 7.6.1985 tarihli sözleşme ile Yen i kapı önantma tesisi ve pompa istasyonlarının yapımını üstlenmiş; sözleşmenin 67. maddesine göre tahkim şartına dayanarak çapraz kur farkları ile ilgili talebini Uluslararası Ticaret Odası Tahkimine

33 15. HD, E. 2383, K. 3667, T. 10.7.1991: Erol ERTEKİN/İzzet KARATAŞ, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s. 533-534.

götmüştü. İş yaptıran taraf, ICC hakem kararının ICC Tahkim Mahkemesine tevdi ve tasdik ettirilmesi sebebiyle hakemlerin bağımsızlığı ilkesinin ihlâl edildiğini; bu yönü ile hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğunu iddia etmişti. Yargıtay, ICC hakem kararının, ICC Tahkim Mahkemesine tevdi edilmesini zorunlu kılan ICC Tahkim Kurallarının hakemlerin bağımsızlığına ve kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir.

### 3. Taraflarca Yürürlükteki Türk Kanunlarının Uygulanması Kararlaştırılmasına Rağmen ICC Hakem Heyetinin Türk Usul Kanununu Uygulamaması

Taraflarca, belirli bir devletin hukukuna yapılan yolamanın maddî hukukun yanı sıra usul hukukunu da kapsayıp kapsamadığı uygulamada bir hayli sorun çıkarmaktadır. Yargıtay, konuyla ilgili olarak birbirine zıt kararlar vermiştir. Yargıtay 25.12.1997 tarihli kararında, Türk hukukuna genel olarak yapılan yolamanın hem maddî hukuk ve hem de usul hukukunu kapsadığına hükmetmiştir<sup>34</sup>. Bu kararında Yargıtay, İsviçre’de verilen hakem kararının tenfizini New York Konvansiyonunun V(l). maddesine istinaden reddetmiş ve hakem heyetinin taraflarca seçilen usul hukuku olan Türk usul hukukunu uygulamak yerine İsviçre usul hukukunu uygulamasını tenfiz engeli olarak kabul etmiştir.

Yargıtay kararını ayrıntılı olarak incelemeyen önce İsviçre’de hakem heyeti huzurunda görülen davaya ilişkin bilgi vermek faydalı olacaktır<sup>35</sup>. Kasım 1976’da, Finlandiyalı şirket *Osuukunta Metex Andelslag VS* (“METEX”) ve Türk devletine ait *Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü* (“TEK”) Soma’da bir elektrik üretim santralının yapılması için sözleşme yapmışlardır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkması üzerine METEX Züriç’te iki ayrı tahkim yargılaması başlatmıştır. Her iki tahkim yargılamasında da, taraflar tahkim yargılamasına hangi ülkenin hukukunun uygulanması gerektiği konusunda farklı iddialar ileri sürmüşlerdir. TEK, Türk usul hukuku-

34 15. HD, E. 1997/4213, K. 1997/5603, T. 25.12.1997: XXIV(1998)4 YKD, s. 549-553; EKŞİ, Milletlerarası Nite-likli Davalara İlişkin Kararlar, 457-460.

35 Court of Appeal, 15<sup>th</sup> Legal Division, 1 February 1996, no. 1996/627: XXII(1997) Yearbook Commercial Arbitration, s. 807-814; ERTEKİN/KARATAŞ, 535-539.

nun uygulanması gerektiğini iddia ederken METEX, tahkim anlaşmalarında yer alan “yürürlükteki Türk kanunları uygulanır” şeklindeki klozun sadece Türk maddî hukuku olarak anlaşılması gerektiğini, Türk usul hukukunun uygulanmasına ilişkin bir sonuca varılamayacağını ifade etmiştir. Hakem heyeti, tarafların Türk usul hukukuna açıkça yollamada bulunmadıklarını dikkate alarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 182(2). maddesine istinaden tahkim yeri hukuku olan Zürih usul kanununu uygulamıştır. Tahkime ilişkin ilk karar, 21.1.1994 tarihinde verilmiştir. TEK, bu hakem kararının iptal edilmesi için İsviçre Federal Mahkemesine başvurmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi, talebi reddetmiştir. İkinci hakem yargılamasında, hakem heyeti, oyçokluğuyla, “yürürlükteki Türk kanunları” ifadesini, tarafların sadece maddî hukuku kastettikleri ve usul hukukuna ilişkin bir seçim yapmadıkları şeklinde yorumlamıştır. TEK, ikinci hakem kararının iptali için İsviçre’de dava açmamıştır.

METEX, ikinci hakem kararının New York Konvansiyonuna göre Türkiye’de tenfizi için dava açmıştır<sup>36</sup>. Mart 1995’de oyçokluğuyla verdiği kararında Ankara Ticaret Mahkemesi, hakem heyetinin taraflarca yapılan seçimin sadece maddî hukuka ilişkin olduğuna karar vermesi sebebiyle tahkim anlaşmasını ihlâl ettiğine; hakem kararının bu sebeple New York Konvansiyonunun V(1)(d) maddesine aykırı olduğuna ve tenfiz edilemeyeceğine karar vermiştir. Üstelik Yargıtay’a göre, taraflarca yürürlükteki Türk kanunlarının uygulanması kararlaştırıldığından ve yürürlükteki Türk kanunları sadece maddî hukuku değil usul hukukunu da kapsadığından New York Konvansiyonunun 1. maddesinin kapsamına giren yabancı bir hakem kararının varlığından da söz edilemez. Taraflar arasında, uygulanacak hukukun seçimine ilişkin anlaşmanın ihlâli kamu düzenine aykırıdır<sup>37</sup>.

Yargıtay’ın 1999 yılında verdiği karara göre, yürürlükteki Türk kanunları ifadesi, halen Türkiye’de yürürlükte bulunan tüm kanunları ifade etmektedir. Bu

tabir hem maddî hukuk kurallarını ve hem de usul hukuku kurallarını içeren bir kavramdır. Taraflar bu maddede sadece maddî hukuk kurallarını amaçlamış olsalardı bu takdirde “Türk maddî hukuk kuralları” demekle yetinirlerdi. Yargıtay’a göre, taraflar, yürürlükteki Türk kanunlarının sadece maddî hukuk kurallarına ilişkin hükümleri ihtiva ettiğini düşünse-lerdi, lisan seçme ve tahkim yerini belirlemenin yanı sıra, uygulanacak usulü de belirlerlerdi. Sözleşmenin 35. maddesindeki uyuşmazlıklara ilişkin bu teferruatlı düzenlemeye bakıldığında, usule uygulanacak hükümler konusunda sözleşmede bir boşluk bulunduğundan söz etmek mümkün değildir. Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasında sözü edilen “yürürlükteki Türk kanunları” ibaresinin usul kanunlarını da kapsayacağı duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. Yargıtay’a göre, taraflarca, usule uygulanacak hukuk kuralları sözleşmede belirlendiği halde, hakem kurulunun, bu belirlemenin sadece maddî hukuk kurallarını içerdiği; usule ilişkin kurallar bakımından taraflarca bir düzenleme yapılmadığından bahisle usule uygulanacak kuralların Türk usul kanunları dışında belirlenmesi ve hakemlik prosedürüne aykırı olarak İsviçre-Zürih usul kanunu hükümlerinin uygulanması New York Konvansiyonunun V(1)(d) maddesine aykırılık teşkil eder. New York Konvansiyonunun V(1)(d) maddesine istinaden tenfiz isteminin reddi gerektiğinden ayrıca kamu düzeninin ihlâl edilmiş olup olmadığı koşulunun araştırılmasına da ihtiyaç yoktur. İsviçre’de verilen hakem kararının tenfizi talebinin reddine ilişkin 15. Hukuk Dairesi kararı, Hukuk Genel Kurulu tarafından onaylamıştır<sup>38</sup>.

Bununla beraber, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 25.5.2000 tarihli kararında<sup>39</sup>, 15. Hukuk Dairesinden farklı bir yaklaşımı benimsenmiştir. Karara konu olan uyuşmazlık, Alman şirketi *Deutsch Investitions- und Entwicklung Handelsgesellschaft GmbH* ile iki Türk şirketi *S. Holding AŞ* ve *S. Turizm Yatırım işletmeleri AŞ* arasında yapılan “opsiyon koyma” sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Bu sözleşmenin 4. maddesine göre, taraflar arasında çıkacak olan uyuşmazlıklar

36 Court of Appeal, 15<sup>th</sup> Legal Division, 1 February 1996, no. 1996/627: XXII(1997) Yearbook Commercial Arbitration, s. 807-809; ERTEKİN/KARATAÇ, 535-539.

37 Court of Appeal, 15<sup>th</sup> Legal Division, 1 February 1996, no. 1996/627: XXII(1997) Yearbook Commercial Arbitration, s. 809-810.

38 HGK, E. 1999/15-235, K. 1999/273, T. 5.5.1999: (1999)1 BA-TİDER, s. 79-85; EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Kararlar, 470-476.

39 11. HD, E. 2000/3992, K. 2000/4704, T. 26.5.2000:27(2000)9 YKD, s. 1379-1380; EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Kararlar, 482-483.

ICC tahkimi yoluyla çözümlenecekti. Hakem heyeti, ICC uzlaştırma ve tahkim kurallarını uygulayacak; sözleşmenin yorumu ve sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar Türk hukukuna göre karara bağlanacaktı. Uyuşmazlık çıkınca, Alman şirketi, ICC tahkimine başvurmuş, hakem heyeti Türk usul hukukunu uygulamamıştır. Hakem heyeti, 26.7.1998 tarihli nihai kararında 1.671.617.64 DM'nin faiz ve masraflarla birlikte Alman şirketine ödenmesine karar vermişti. Alman şirketi kararın tenfizini talep etmişti. Yargıtay, taraflar arasındaki sözleşmenin 4. maddesinde, sözleşmenin Türk kanunlarına tabi olacağı ve hükümlerinin Türk kanunlarına göre yorumlanacağını ifade edilmesi; aynı sözleşmenin 5. maddesinde, sözleşme ile ilgili bütün ihtilâfların Uluslararası Ticaret Odasının uzlaşma ve tahkim kurallarına uygun olarak çözümleneceğinin açıkça belirtilmiş olması; taraflarca ayrıca ve açıkça Türk usul hukukunun geçerli olacağını belirtmemiş olması; esasen tarafların serbest iradeleri ile ihtilâfin çözümünü yabancı bir otoriteye bırakmakla o otoritenin usul hukukunun uygulanmasını kabullenmiş olmaları karşısında Türk usul hukukunun uygulanmamış olmasını New York Konvansiyonunun V(1)(d) ihlâli olarak görmemiş ve tenfize karar vermiştir.

#### **4. ICC Hakem Kararına Konu Olan Uyuşmazlığın Türk Hukukuna Göre Tahkim Yoluyla Çözümünün Mümkün Olmaması**

Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın, tanıma veya tenfiz talebinin yapıldığı ülke hukukuna göre tahkime elverişli olmaması bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. Hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümleneceği konusunda ortak bir uygulama bulunmamaktadır. Bazı ülkelerde tahkim yoluna başvurulacak uyuşmazlıkların kapsamı geniş tutulmuşken bazılarında oldukça dar tutulmuştur. Dolayısıyla, yabancı hakem kararının konusunu oluşturan uyuşmazlık bir ülkede tahkime konu olamayacağı için hakem kararının tenfizi talebi reddedilirken diğerinde o konuda tahkime gitmek mümkün olduğundan tenfiz talebi kabul edilebilir.

Hangi uyuşmazlıklar için tahkim yoluna başvurulabileceği konusunda hem 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda hem de HUMK'da hüküm olmakla beraber bu hükümlerden hareketle Türk hu-

kukunda tahkime tabi uyuşmazlıkların çerçevesini kesin olarak çizmek mümkün değildir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinin IV. fıkrasına göre, bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz. HUMK'un 518. maddesinde "iki tarafın münhasır arzularına bağlı uyuşmazlıklarda" tahkime gidileceği ifade edilmiştir. Ancak Yargıtay, tarafların üzerinde sulh olabilecekleri her konuda tahkim yoluna gidilemeyeceğini ifade etmektedir. Doktrinde de 518. maddenin kapsamı ve hangi uyuşmazlıklarda tahkime gidileceği konusunda tam olarak görüş birliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 4686 sayılı Kanunun 1/IV. maddesinin yanı sıra HUMK'un 518. maddesinde iki tarafın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri konularda tahkim yoluna başvurulacağını ifade edilmiş olması, söz konusu kavramın anlamı konusunda uygulamada ortaya çıkacak tereddütleri tam olarak gidermiş değildir. Türk tahkim hukukunda tahkime elverişli uyuşmazlıkların çerçevesinin tam olarak çizilememesi yabancı hakem kararlarının tenfizi aşamasında da sorun çıkarabilir. Çünkü gerek New York ve gerekse MÖHUK'da tenfiz şartları arasında, *hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması* tenfiz engeli olarak saymıştır. Diğer bir ifadeyle, yabancı hakem kararına konu olan uyuşmazlık Türk hukukuna göre tahkime elverişli bir uyuşmazlık değilse hakem kararının Türkiye'de tenfizi mümkün değildir.

Yargıtay, 23.11.2006 tarihli kararında<sup>40</sup> adı ortaklığın feshine ilişkin uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime tabi tutulup tutulamayacağını değerlendirmiştir. Davacı vekili, taraflar arasında 16.8.1985 yılında imzalanmış ortak girişim sözleşmesindeki hakem şartı gereğince Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde tayin edilen hakem kurulu kararının gereğinin davalılarca yerine getirilmediğini ileri sürerek, 1.7.2004 tarih ve 2032/MS sayılı hakem kararının tenfizine karar verilmesini istemiştir. Davalılar vekili, hakem heyetinin tahkimde çözümü mümkün olmayan bir konuda karar verdiğini, zira davacının 6.5.2002 tarihli dilekçesinde

40 11. HD, E. 2006/1946, K. 2006/12142, T. 23.11.2006.

“ortak girişim anlaşmasının sona erdirilmesini” istemiş iken 27.10.2003 tarihli dilekçe ile “ortak girişim ortaklığının haklı nedenlerle feshi”ne dönüştürmüş, hakem heyetinin de değiştirilen talep doğrultusunda karar vererek yetkisini aştığını, sözleşmenin konusunun adı ortaklığın Türkiye’deki faaliyetleri ile ilgili olduğunu, o halde bu ortaklığın feshi şartları ve feshe yetkili makamın da Türk hukukuna göre tayin edilmesi gerektiğini, BK’nın 535. maddesi gereğince haklı sebeplerin varlığı halinde adı ortaklığın feshinin mahkeme kararı ile mümkün olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkeme, uyuşmazlığın, HUMK’un 518. maddesinde düzenlenen tahkime tabi olmayan hususlarla ilgili bulunmadığı ve bu sebeple tahkimde görülmesine engel bir durumun söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Kararı, davalılar vekili temyiz etmiştir. Yargıtay, davacının yabancı olması sebebiyle teminat yatırması gerektiğini; oysa teminat yatırmadığını; teminatın yatırılıp yatırılmadığı hususunun mahkemece re’sen dikkate alınması gerektiğini belirterek kararı bozmuş; bozma sebebini dikkate alarak diğer temyiz itirazlarına değinmemiştir.

Yargıtay, 2007 yılında verdiği kararında ise, KDV’nin geri ödenmesine ilişkin uyuşmazlığın, tahkime elverişli olup olmadığını incelemiştir. Yargıtay bu kararında, faturada yer alan KDV miktarının davacı şirkete ödenmesine ilişkin ICC hakem kararının tenüz edilmesinin mümkün olmadığını; vergi miktarını tahsile tek yetkili kurumun vergi daireleri olduğunu; bu hususta tahkime gidilemeyeceğine ifade etmiştir<sup>41</sup>. Davacılar *Compass Group International BV* ve *Eurest Inflight Yemek Servisleri AŞ* vekili, davalı *İstanbul Hava Yolları AŞ* ile önceki unvanı *Compass Group International BV* olan *Eurest International BV* arasında 27.3.2000 tarihinde *İstanbul Hava Yolları’nın* catering hizmetlerinin devri konusunda bir sözleşme akdettiklerini, sözleşmenin uygulanması sırasında özellikle KDV’nin geri ödenmesi konusunda uyuşmazlık ortaya çıktığını, sözleşmenin 18.2. maddesi uyarınca müvekkillerinin yaptığı tahkim başvurusu üzerine verilen nihaî kararın davalı tarafından uygulanmasından imtina edildiğini ileri sürerek 20.4.2004 tarihli nihai kararın tenfizine karar verilmesini talep

etmiştir. Davalı *İstanbul Hava Yolları* vekili, hisse devir sözleşmesinde davacıların sözleşmenin tarafı olmamaları nedeniyle kendileriyle bir tahkim sözleşmesinin yapılmış olmasına imkân olmadığını; tenfizi istenilen hakem kararının tabi olduğu Hollanda hukuku kurallarına göre kesinleşip icra kabiliyetini kazanmadığını; New York Konvansiyonunun V(2) (b) maddesinde kamu düzenine aykırı kararın tenfizinin mümkün olmadığını belirtildiğini; New York Konvansiyonunun V(2)(a) maddesinden başka 11(1). maddesinde tahkim sözleşmesinin hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir meseleye ilişkin olma koşulunun yer aldığını; anılan maddede tahkime elverişliliğinin hangi hukuka göre belirleneceğinin açıklanmamış olması sebebiyle “tenfiz ülkesi” hukukunun esas alınmasının gerektiğini; HUMK’un 518. maddesi uyarınca ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konularda tahkime gidebileceklerini; somut olayda hakemin hüküm fıkrasında faturada yer alan 2.830.000 USD tutarındaki KDV miktarının davacı şirkete ödenmesine karar verildiğini; verilen kararın kamu düzenini açıkça ihlâl ettiğini; söz konusu vergi miktarını tahsile yetkili tek kurumun vergi dairesi olduğunu ve bu miktarın kuruma zaten ödenmiş olduğunu; hakem kararının bu nedenle de kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürerek tenfiz talebinin reddini istemiştir.

Mahkemece, New York Konvansiyonu hükümleri uyarınca tenfiz kararı verilebilmesi için yabancı hakem kararının geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmasının gerektiği; tenfizi talep edilen hakem kararının, davalı ile sonradan unvanı *Compass Group International BV* olarak değiştirilen davacı *Eurest International BV* arasında yapılmış olan 27.3.2000 tarihli satış sözleşmesinin 18.2. maddesinde yer alan tahkim şartına dayandığı; bu tahkim şartının geçerliliği konusunda tereddüt bulunmadığı; hakem kararından da anlaşılacağı üzere *Euresfm* tahkim anlaşmasına taraf olup olmadığı hususunun hakem kurulu tarafından incelenerek, bir ara karar ile sonuçlandırıldığı; buna göre davacı *Eurest*’in dava açma hakkının bulunduğu; hakemin bu kararının ve dayandığı hukukî gerekçelerinin hakem kararının tenfizi safhasında tartışılmasının ve değerlendirmesinin hukuken mümkün olmadığı; taraflar arasındaki akdi yükümlülükten doğan uyuşmazlığın hakemlik

41 11. HD, E. 2006/7396, K. 2007/6672, T. 1.5.2007.

yoluyla çözüme elverişli olmadığını iddia etmenin mümkün olmadığı gerekçeleriyle, tenfizi talep edilen Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Uluslararası Hakem Mahkemesinin 20.4.2004 tarihli kararının aynen tenfizine karar verilmiştir. Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir. Yargıtay, kararı bozmuştur.

“Taraflar arasındaki uyuşmazlık yabancı hakem kararının tenfizine ilişkindir. Hakem kararlarının tenfizi, hem Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun’da hem de Türkiye’nin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesinde düzenlenmiştir. New York Konvansiyonunun III. maddesi uyarınca, yabancı ülkede verilen bir hakem kararı, ancak tenfiz koşullarını taşıdığı için mahkeme tarafından tespit edilmesi durumunda Türkiye’de icra edilebilecektir. Aynı sözleşmenin V. maddesinde ise hakem kararının tenfizine engel olacak durumlar sayılmıştır. Somut uyuşmazlıkta, *İstanbul Havayolları AŞ ile Eurest International BV (Compass)* arasında 27.3.2000 tarihinde, *İstanbul Havayolları*’nın bir iç ticari bölümü olan ikram hizmetleri işinin *Compass’a* devrine ilişkin bir sözleşme imzalandığı, *İstanbul Havayollarının* ikram hizmetlerini *Compass’a* satışına ilişkin devir bedeli üzerinden tahakkuk edecek KDV’nin 2.830.000USD’lik bölümünün *Compass* tarafından karşılanacağı, varılan anlaşma uyarınca *Compass*’ın 2.830.000USD’yi yetkili Türk vergi dairelerine ödemesi amacıyla *İstanbul Havayollarına* gönderdiği, ancak, *İstanbul Havayolları*’nın söz konusu KDV tutarını bu olayda KDV tahakkuk etmemesi gerektiği gerekçesiyle süresi içerisinde vergi dairesine yatırmadığı, vergi dairesinin harekete geçerek *İstanbul Havayolları*’na devir işlemi için KDV tahakkuk ettirmesi nedeniyle *İstanbul Havayolları*’nın vergi mahkemesinde açtığı davanın reddedildiği, yapılan temyizden de bilahare vazgeçilerek 4811 sayılı Vergi Barışı Kanunundan yararlanılarak, tahakkuk eden KDV borcunun tamamının *İstanbul Havayollarında* vergi dairesine ödendiği konuları taraflar arasında tartışma konusu değildir. Davacıardan *Eurest Inflight Yemek Servisleri AŞ’nin* tahkim anlaşmasına taraf olmadığı *İstanbul Havayollarınca* ileri sürülmüş ise de, adı geçen şirketin aktif dava ehliyeti hususunun hakemce bir ara kararıyla çözümlenmiş bulunması karşısında tenfiz mahkemesince bu hususun

değerlendirilmesine hukuken olanak yok ise de, New York Sözleşmesinin V(2)(a) maddesinde “tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilâf mevzuunun hakem yolu ile halle elverişli bulunmaması” hakem kararının tenfizine engel hal olarak belirtilmiştir. Türk hukukunda hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğuna ilişkin temel prensip HUMK’un 518. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu madde uyarınca “yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez” denilmek suretiyle, taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunun tenfiz mahkemesinde dikkate alınacağı, hatta bunun bir zorunluluk olduğu, bu incelemenin hiç bir şekilde uyuşmazlığın esasına ilişkin olmayıp, hakem kararının esasen doğruluğunu inceleme anlamına gelmeyeceği açıktır. Biraz önce de vurgulandığı üzere burada tenfiz bakımından önemli olan taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusudur. Hakem kararı incelendiğinde, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın hakem kararının başlığında “Katma Değer Vergisi ödemesi ve masraflara ilişkin alacak talepleri hakkında kesin hakem kararı” olarak tanımlandığı, yine hakem kararının (20), (22), (26), (29) ve (30). paragrafları dikkate alındığında taraflar arasındaki uyuşmazlığın KDV yükümlülüğü ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Yasalarımız uyarınca ancak belirli uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün olup, hakem kararında KDV bedelinin ödenip, ödenmeyeceği hakkında hüküm tesisi, tahkim yoluyla çözümlenemeyecek bir konu hakkında karar verilmesi anlamına gelmektedir. Öte yandan, somut uyuşmazlığın gelişiminde davacılar tarafından davalıya satış sözleşmesi kapsamında ödenen KDV’nin davalı tarafından ilgili vergi dairesine yatırılmasını emreden vergi mahkemesi kararı, davalının 4811 sayılı Kanundan faydalanabilmek amacıyla davadan feragati nedeniyle kesinleşmiştir. Hakem kararının (30) numaralı paragrafı, davacıların talebinin ve hakem kararının temelini açıkça, kesinleşmiş Türk mahkeme kararının aksine, taraflar arasındaki sözleşmenin KDV’den muaf olması düşüncesine dayanmaktadır. Oysa bu husus İstanbul Vergi Mahkemesinin 2001/229 Esas, 2001/1221 sayılı ilamıyla kesinleşmiş olup, taraflar arasındaki sözleşmenin KDV’den muaf olmadığına karar verilmiştir. Bu sebeple, taraflar arasındaki sözleşmenin KDV’den muaf olduğu ve bu nedenle KDV karşılığı davalıya ödenen

ranın istirdadına dair karar veren hakem kararının, kesinleşen Türk mahkemesi kararı ile çelişeceği ve bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinin açık olması karşısında, dava konusu hakem kararının New York Konvansiyonunun V(2)(b) ve 2675 sayılı Kanununun 45(b) maddeleri karşısında tanınması ve tenfizin mümkün olmamasına göre, davacıların tenfiz isteminin reddine karar verilmesi gerekirken istemin kabulü doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenlerle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir .

### 5. ICC Hakem Kararın Kısmen Tenfizi

ICC hakem kararının kısmen tenfiz edilmesi talep edilebilir. Hatta davacı, ICC hakem kararının tamamının tenfizini talep etse bile davalının hakem kararının tamamen tenfiz edilemeyeceği, ancak kısmen tenfizin mümkün olduğu itirazı ile karşılaşabilir. Bu durumda mahkeme, hakem kararının tenfizi istenen kısmının hakem kararının tamamından ayrılabilir olup olmadığına karar vermesi gerekir.

Tenfiz mahkemesi, kısmi tenfiz kararı vermede takdir yetkisine sahiptir. Bölünebilir bir para borcuna ilişkin hakem kararının kısmen tenfiz edilmesine bir engel yoktur. Önemli olan kısmen tenfizi mümkün olan kısmın, hakem kararının tamamından ayrılabilir nitelikte olmasıdır.

Yargıtay 18.12.2003 tarihli kararında<sup>42</sup> aynı sonuca varmıştır. Karara konu olan olayda taraflar arasında 11.3.1998, 16.3.1998 ve 17.4.1998 tarihli üç sözleşme yapılmıştı. Taraflara arasındaki iki sözleşmede yer alan tahkim şartı uyarınca uyuşmazlığın çözümlenmesi için Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tahkimine başvurulmuş; ICC hakem mahkemesinin 19.6.2000 tarihli kararı 25.10.2000 tarihinde onaylanarak kesinleşmiş; 19.6.2000 tarihli hakem kararının tenfizi talep edilmişti. İki sözleşmede tahkim şartı olduğu halde 16.3.1998 tarihli sözleşmede tahkim şartı yoktu. Tahkim şartı mevcut olmadığından bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkün değildi. Buna rağmen hakem heyeti, her üç sözleşmeden doğan uyuşmazlığı karara bağlamıştı. Davalı, hakem kararının tamamının tenfiz

edilmesine itiraz etmişti. Bu durumda hakem kararının kısmen tenfizin mümkün olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay’a göre, kural olarak hakem kararının kısmen tenfize yasal yönden bir engel bulunmamaktadır. MÖHUK’un 45(h)<sup>43</sup> maddesi hükmüne göre, hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında) yabancı hakem kararının tenfizi isteminin reddedeceği belirtilerek kısmi tenfizin mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay, ICC hakem kararının kısmen tenfizin mümkün olduğunu, ancak tenfizi istenen ICC hakem kararında taraflar arasındaki üç sözleşme birlikte değerlendirilerek bir sonuca varıldığını; somut olayda ICC hakem kararının hangi kısmının tahkim şartı içermeyen sözleşmeye ait olduğunun belirlenmesinin mümkün olmadığını; bu sebeple tenfizin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay’a göre, tenfizi istenen ICC hakem kararının hüküm fıkrasından tahkim şartı bulunmayan sözleşme için hükmedilen tazminat miktarını anlamak mümkün değildir. Tenfiz talebini inceleyen mahkeme uyuşmazlığın esasına giremeyeceği gibi, hakem kararında yer almayan bir bedelin tenfize de hükmedemez. Yargıtay, kısmen tenfizi mümkün olmayan hakem kararının tenfizi talebini reddeden ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

### V. ICC Hakem Kararlarının Tenfiz Açısından Türkiye’nin Tahkim Yanlısı (Arbitration Friendly) Bir Ülke Olup Olmadığı Meselesi

Yargıtay, ICC hakem kararlarının tenfizi davalarında verdiği eski kararlarında tahkim aleyhtarı bir tutum sergilediği için eleştirilmiştir. Özellikle ICC tahkiminde, kararın, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesine tevdi ve tasdik ettirilmesi Yargıtay tarafından önceleri, hakemlerin bağımsızlığından şüphe edilmesini gerektiren bir husus olarak ele alınmıştı. Yargıtay, bu konudaki görüşünü daha sonra değiştirmiştir. Fakat Yargıtay’ın 1976 yılında Keban Barajı davasında verdiği karar halen daha unutulmamış ve ne zaman yabancı hakem kararlarının tenfizi gündeme

42 19. HD, E. 2003/7270, K. 2003/12888, T. 18.12.2003: 30(2004)5 YKD, s. 747-748; EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Kararlar, 493-494.

43 Karar, 2675 sayılı MÖHUK döneminde verilmişti. Mülga 2675 sayılı MÖHUK’un 45(h) maddesi, 5718 sayılı MÖHUK’un 62(g) maddesi ile aynı içeriğe sahiptir.

gelse Türkiye'nin **"tahkim dostu olmayan"** (**"arbitration unfriendly"**) bir ülke olduğu dile getirilmiştir ve getirilmeye de devam edilmektedir.

Yargıtay'ın, Keban Barajı kararındaki tutumunu eleştiren *Koch*, ICC Milletlerarası Tahkim Mahkemesi ve Sekreteryasın hakem kararı sürecine katılmadığını; Milletlerarası Tahkim Mahkemesi ve Sekreteryanın nihaî olarak ortaya çıkan kararı sadece şekil açısından denetlediğini; hakem kararının içerik yönünden değiştirilmesinin talep edilemeyeceğini veya esasa yönelik uyarıda bulunulamayacağını; Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin hakemlerin yerine geçemeyeceğini; kararın hakemlere ait olduğunu ve bu sebeple hakem kararının Milletlerarası Tahkim Mahkemesi tarafından tasdik edilmesinin kamu düzeni ile ilgisi olmadığını ifade etmiştir<sup>44</sup>.

*Kerr*<sup>45</sup>, alaycı bir üslupla Yargıtay'ın kamu düzenine istinaden ICC hakem kararının tenfizini reddetmesini "muhteşem sonuç" ("remarkable conclusion") olarak değerlendirmiştir. Türk mahkemelerinin bu tutumunun sadece ICC'de değil Türkiye'de iş yapan, Türk ortağı olan yabancılar, Türkiye ile bir tahkim anlaşması olan herkes için endişe doğurduğu ifade edilmiştir. 1976 yılında verilen eski bir karara ve New York Konvansiyonunun Türkiye açısından yürürlüğe girmesinden önce verilmesine rağmen Türk mahkemelerinin önyargılı davranacakları ve kamu düzenini geniş yorumlayacakları yönündeki tereddütlerin devam etmesine sebep olmuştur<sup>46</sup>.

Türkiye'nin, New York Konvansiyonunu onaylamak için harekete geçmesinin, Konvansiyonu 1991 yılında onaylamasının ve New York Konvansiyonuna kanun niteliği vermesinin Türk şirketleri ve Devletiyle tahkim anlaşması yapan yabancılar güven vermede tek başına yeterli olmadığı; asıl önemli hususun mahkemelerin yaklaşımı olduğu; Türk mahkemelerinin düşünce tarzını değiştirmeleri gerektiği; Yargıtay gibi üst derece mahkemesinin düşünceleri, Keban davasında alman karara en ufak benzerlik taşırsa o zaman Türkiye'de milletlerarası tahkim aleyhine bir havanın varlığına karine teşkil edeceği ifade edilmiş-

tir<sup>47</sup>. Türk Yargıtay'ından beklenen, yabancı hakem kararlarının tenfiz edileceğine ilişkin bir sinyal vermesidir. Elbette bu, bir gecede elde edilecek bir sonuç değildir. İsviçre ve Amerika örneğinde olduğu gibi diğer ülkelerde bile New York Konvansiyonuna uygun olarak hakem kararlarının tenfiz edilmesi hususundaki yaklaşımlar zamanla değişmiş ve New York Konvansiyonunun etkin hale gelmesi oldukça uzun bir zaman almıştır<sup>48</sup>. *Koch*, New York Konvansiyonunun kabul edilmesi birinci aşamayı oluştururken ikinci önemli aşamayı Konvansiyona mahkemelerin bakış açısının olduğunu belirterek, yabancı hakem kararlarının, kendisinin ve eşinin İstanbul'da karşılandığı kadar Türkiye'de sıcak karşılanması temenisinde bulunmuştur<sup>49</sup>.

Türk Yargıtay'ının aynı dar yaklaşımı, METEX ile TEK arasındaki uyuşmazlıkta verilen ICC hakem kararının tenfizi talebini 1995 yılında reddeden Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından verilen kararı onaylayarak sergilediği belirtilmiştir. METEX ile TEK arasındaki sözleşmede, tahkim yeri olarak Züriç kararlaştırılmıştı ve hakemlerin uyuşmazlığı, sözleşmedeki şartlara ve yürürlükteki Türk kanunlarına göre karara bağlayacakları öngörülmüştü. METEX ile TEK arasındaki uyuşmazlıkta, ICC tahkimine başvurulmuş ve hakemler, "yürürlükteki Türk kanunları" (Turkish laws in force) ifadesi ile tarafların yalnızca Türk maddî hukuk kurallarını kastettikleri; bu ifadenin Türk usul kanununu kapsamadığı sonucuna varmıştı. Diğer bir ifadeyle, hakemler, yürürlükteki Türk kanunları ifadesini sadece uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan maddî hukuk kuralları olarak yorumladılar ve usule tahkim yeri hukuku olan Züriç kantonu usul hukukunu uyguladılar.

Hakem kararının Türkiye'de tenfizi için dava açılmıştı. Yargıtay, bu ifadenin hem Türk maddî hukuk kurallarını hem de usul kurallarını kapsadığını belirterek tarafların seçtiği usul hukuku olan Türk hukukunu uygulamak yerine tahkim yeri usul hukukunu uygulayan hakem kararının tenfizi talebini reddetmişti. Üstelik red sebebi olarak kamu düzenine de dayanmıştı. Yargıtay'a göre, "yürürlükteki Türk

44 KOCH, 38.

45 KERR, 139-140.

46 KOCH, 42.

47 KOCH, 42.

48 KOCH, 42.

49 KOCH, 42.

kanunları” ifadesi hem usule hem de esasa uygulanacak hukuku kapsamaktadır; hakemlerin, tarafların anlaşmasın<sup>50</sup> aksine Zürih kantonu usul hukukunu uygulamaları Türk kamu düzenine aykırıdır.

*Craig/Park/Pouhson*, Yargıtay’ın 1995 yılında verdiği METEX kararını talihsiz bir karar olarak değerlendirmektedirler<sup>50</sup>. Bu yazarlara göre, hakemler. İsviçre-Zürih Usul Kanununu uygulamış olmakla beraber, bu Kanunun uygulanmasının TEK aleyhine hak kaybına sebebiyet verdiği iddiası ileri sürülmediği gibi hakemlerin, TEK’e karşı önyargılı davranmasına da sebebiyet vermemiştir. Madem ki, İsviçre-Zürih Usul Kanununun uygulanması usulî bir hata veya hak kaybına yol açmadı, hakem kararının kamu düzeni sebebiyle reddi de doğru değildir.

*Kerr*, METEX kararının, Türk mahkemelerinin yabancı hakem kararlarına karşı olan önyargısını yansıttığını ve kamu düzeni müessesini kötüye kullandıklarını gösterdiğini ifade etmektedir<sup>51</sup>. *Kerr’e* göre, aslında taraflardan hangisinin haklı olduğu sorunu ile iki ayrı devletin birbirine benzer usul hukuklarından hangisinin uygulanacağını bir bağlantısı bulunmamaktadır. Ancak Türk mahkemeleri bunu bahane ederek yabancı hakem kararının tenfiz edilmesini kamu düzeni sebebiyle engellemişlerdir. Bu karar hatalı bulan *Kerr*, New York Konvansiyonunun, tenfiz mahkemesinin hakem kararını esas yönünden incelemesini yasaklaması sebebiyle, bu yorumuyla Türk mahkemesinin hakem kararının esasına yönelik bir değerlendirme yaptığını ve kamu düzeni istisnasını uygunsuz bir şekilde geniş yorumladığını ifade etmiştir<sup>52</sup>. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararın hatalı olduğunu ifade eden *Şanlı’ya* göre<sup>53</sup>, Yargıtay, bu kararındaki yorum ve uygulaması ile tenfiz davalarında karşılaşılan belirsizlikleri tenfizi engelleyecek doğrultuda yorumladığını ortaya koymuştur.

Yargıtay uygulamasının ortaya çıkardığı sonuçlar kısmen doğru olsa da bazen ağır eleştirilerin yapılmasına sebep olmakta, hatta Türk mahkemelerinin kamu düzenini yabancı hakem kararlarının tenfizi

engellemek için bir silâh olarak kullandığı iddialarına yol açmaktadır. Neticede, yabancıların gözünde. ICC hakem kararlarının Türkiye’de tenfiz edilmediği veya Türkiye’nin New York Konvansiyonunu doğru uygulamadığı yönünde yanlış bir izlenim yaratılmaktadır. Yabancı doktrinde, Türk mahkemelerinin kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyen kararlarına dışarıdan bakıldığında bunların adil gözükmediği ifade edilmektedir<sup>54</sup>. *Kerr*, Türk mahkemelerinin kamu düzenini oldukça geniş yorumlayarak yabancı hakem kararlarının tenfizini engellediklerini belirtmektedir<sup>55</sup>.

Hatta yabancı mahkemelerin daha da ileri gidip Türkiye’de yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmediği gerekçesiyle, Türk şirketlerinin tahkim anlaşması itirazlarını reddettikleri ifade edilmektedir. Nitekim Viyana İstinaf Mahkemesi, yabancı davacının Türk mahkemelerinin yanlı kararlarla ICC hakem kararlarının tenfizini engellediği yönündeki delillerini dikkate alarak Türk tarafının tahkim anlaşması nedeniyle davanın mahkemede görülemeyeceğine ilişkin itirazını reddetmiş ve davanın bu şartlar altında Viyana mahkemesinde görülmesine karar vermiştir<sup>56</sup>. *Şanlı’ya* göre, Türk Yargıtay’ının kamu düzenine ilişkin bu tutumu, uluslararası ticarete Türk şirketleri veya vatandaşlarının hareket alanlarını önemli ölçüde daraltacak ve onlar açısından önemli sorunlar yaratacaktır<sup>57</sup>. Türk şirketleri tahkim anlaşması yapmış olmalarına rağmen yabancı mahkemeler önünde yargılanabilecektir.

## VI. ICC Hakem Kararının İptali İçin Türkiye’de Dava Açılması

Hakem kararının iptali, mahkemelerin tahkime müdahale etme yollarından birini oluşturmaktadır. Hakem kararının verildiği yer veya tahkim usulüne uygulanan hukuka göre, bazı şartların varlığı halinde, hakem kararının iptali davası açılabilir. Bu bağlamda, ICC Tahkim Kurallarına göre Türkiye’de yapılan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı

50 C R AIG/PA RK/PAU L S SON, 99-100.

51 KERR, 139.

52 KERR, 139-140.

53 Cemal ŞANLI, Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, (1997-1998)1-2 MHB Yılmaz Altuğ’a Armağan, 406-407.

54 REDFERN/HUNTER, § 10.54, 459.

55 KERR, 139.

56 ŞANLI, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, 407; 1. YAZMAN, İdari Sözleşmeler ve Uluslararası Tahkim/Panel, 16 Temmuz 1999, Tartışmalar, s. 90-91.

57 ŞANLI, Yargıtay Kararlarında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, 407.



nm iptal edilip edilemeyeceği meselesine açıklık kazandırmak gerekir. Ayrıca ICC tahkimi yabancı bir ülkede gerçekleşse bile Türk usul hukuku uygulanmışsa hakem kararının Türkiye’de iptal edilip edilemeyeceği de ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

Yargıtay, Türkiye’de ICC Tahkim Kurallarına göre verilen hakem kararla karşı Türk mahkemelerinde iptal davası açılabilmesi görüşündedir. Yargıtay kararına konu olan olayda, ICC Tahkim Kurallarına göre, Türkiye’de Türk hakemler tarafından verilen kararın iptali için dava açılmıştı. Bu dava 2007 yılında karara bağlanmıştır<sup>58</sup>. Taraflar arasındaki sözleşmede, uyuşmazlığın ICC Tahkim Kurallarına göre oluşturulacak üç hakem tarafından çözümleneceği ve hakemlerin Türk yasalarına tabi olduğu belirtilmişti. Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, hakemlerin verdiği kararın iptali için Ankara 26. Asliye Mahkemesinde dava açmıştı. Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen kararın Yargıtay tarafından bozulması üzerine, Mahkeme kararında direnmişti. Direnme kararı üzerine dosya kendisine intikal eden HGK, oyçokluğuyla, aşağıdaki kararı vermiştir.

“Dava, yanlar arasında 2.12.1993 tarihinde imzalanan sözleşmenin uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlığı karara bağlayan hakem kurulu kararının, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uyarınca iptali istemiyle açılmıştır. Davacı iş sahibi, *Tarım ve Köyişleri Bakanlığı*, davalı yüklenici şirkettir. *Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü* tarafından yürütülen II. Tarımsal Yaym ve Uygulamalı Araştırma Projesi çerçevesinde Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası ve Tarımsal Geliştirme Uluslararası Fonundan alınan kredilerle, Eskişehir Araştırma Kompleksi inşaatı işinin yaptırılması amacıyla Dünya Bankası esaslarına göre hazırlanmış sözleşme formu ve ekleri uyarınca 8.10.1993 tarihinde açılan uluslararası ihale sonucu iş sahibi/Tarım ve Köyişleri Bakanlığı adına *Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü* ile davalı/yüklenici *Du-Ç’e Mühendislik İnşaat Turizm ve Yatırım Ticaret AŞ* arasında 2.12.1993 tarih 61878 sayılı sözleşme imzalanmış ve bu sözleşme 2.12.1993 tarih 419/32518 sayılı Maliye Bakanlığı vizesini mü-

58 HGK, E. 2007/15-444, K. 2007/554, T. 18.7.2007.

teakip Sayıştay tarafından 7.12.1993 gün 6636-9Uj sayılı ile tescil edilerek yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin “ihtilâfların halli” “ana ihtilâfların halli, hakeme başvurma” alt başlıklı 67. maddesinde, ihtilâf konusu hususların Uluslararası Ticaret Odasının uzlaşma ve tahkim kurallarına göre ve taraflarca seçilmiş üç hakem tarafından çözümleneceği kabul edilmiş, aynı maddenin devamında “hakemler Türk yasalarına tabi olacaklardır” hükmüne yer verilmiştir. İnşaat işinin geçici kabulü 20.4.1998 tarihinde, kesin kabulü ise 4.3.1999 tarihinde yapılmış; bilahare, taraflar arasında iç kaynak kesintilerinin miktarı ve bağlantılı konularda uyuşmazlık çıkmıştır. İş sahibi, tahkim sözleşmesinin gereğini yerine getirerek uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna başvurmuştur. Hakem heyeti taraflarca, konunun uzmanı hukukçular “Prof. Dr. Ali Bozer”, “Prof. Dr. Sabih Arkan” ve “Prof. Dr. Kemal Dayınları”dan oluşturulmuş; tarafların iddia ve savunmasını aldıktan sonra dosyada mevcut kararını vermiştir. İş sahibi, hakem kararının iptali için 16.2.2005 tarihinde dava açmıştır. Yargılama esnasında Ankara 26. Asliye Mahkemesi, konuyu 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri çerçevesinde ele almış ve bilahare 21.2.2006 tarihinde hakem kararının 4686 sayılı Kanun hükümleri uyarınca iptaline karar vermiştir”.

“Davalı tarafın temyizi üzerine, 15. Hukuk Dairesi “uyuşmazlığa konu inşaat sözleşmesinin 5.7.2001 günlü Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunundan önce imzalandığını, sözleşmenin “ihtilâfların halli” başlıklı 67. maddesinde ihtilâf konusu hususların Uluslararası Ticaret Odasının uzlaşma ve tahkim kurallarına göre seçilmiş üç hakem tarafından çözümleneceği kabul ettiğini aynı maddenin devamında “hakemler Türk yasalarına tabi olacaklardır” hükmü yer aldığı, taraflar arasındaki sözleşmenin Türk yasalarına göre hakemlerin karar vermesi gerektiği, sözleşme tarihinde mevcut olan Türk yasaları olduğunu, asıl olan taraf iradelerinin kabul ettiği HUMK’un 516-526. maddeleri arasında bulunan hükümlerin uygulanması gerektiğini, sonradan yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda, yürürlüğe girdiği tarih hakkında ayrı ve özel bir hüküm bulunmadığından Kanunun 5.7.2001 tarihinden sonraki uyuşmaz-

lıklar hakkında uygulanacağı, daha önce var olan devam eden uyuşmazlıklarda ise tarafların serbest iradeleri ile bu tarihteki mevzuatı seçtiklerinin kabulü gerektiği” gerekçesi ile Ankara 26. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararını esasa girmeden usul yönünden bozmuştur. Mahkemenin, önceki kararında direnmesi üzere dosya, HGK intikal etmiştir. HGK’ya göre, somut olayda taraf iradelerine göre, hangi usul kanununun uygulanacağını belirlemek gerekmektedir.

“Taraflar arasındaki sözleşmenin akdedildiği

2 12.1993 tarihinde tahkime ilişkin düzenleme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 516-526 maddelerinde yer almaktadır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ise bu tarihten çok sonra 5.7.2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Usul hükümlerinin geriye yürüme etkisinin tamamen sözleşmeyle hayat bulan ihtiyari tahkim kuralları hakkında uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira temeli sözleşme olan ve taraf iradelerini baz alan tahkim anlaşmasında tarafların açıkça ortaya koydukları kuralları ve belirledikleri hukuk uygulanacaktır. Yine buna ilişkin değişiklik yapılabilmesi şartları sözleşmede belirlenen ilkeler çerçevesinde olacaktır. Tarafların sözleşme tarihinde belirledikleri usul yöntemi ise o tarihte cari olan HUMK’un 516 ile 526. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerde yer alan yöntemdir. Sözleşmenin tanzim ve hayata geçişinden çok sonra 5.7.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda bir geçiş hükmüne de yer verilmemiş; yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Geçiş hükmü taşımayan bu kuralların; temelini, yöntemini, sınırlarını, usulünü sözleşmeden alan taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüm mercii durumundaki tahkim usulüne etkili olacağı kabul olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar davacı yan iddiasında ve bunu benimseyen Mahkeme gerekçesinde hakem kurulunun görev belgesini de baz alarak uyuşmazlığın çıktığı tarih itibarıyla sözleşmedeki tahkimin “Türkiye’nin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi” bir tahkim olduğunu belirtmişlerse de anılan görev belgesi, sözleşmeyle ortaya konulan kanun hükümleri ve bu kanunda belirlenen yöntem dışına çıkan yeni bir tahkim anlaşması anlamına gelmediği gibi sözleşmeyi değiştirme gücüne sahip bir belge de değildir. Taraflar arasındaki sözleşme asıl olup; görev belgesi bu sözleşmede değişiklik

yapan yeni bir sözleşme veya yeni bir tahkim şartı olarak da kabul edilemez. Diğer taraftan, taraflarca sözleşme dışında yeniden tahkim anlaşması yapılabileceği esasen kabul edilebilir. Ancak dosyada bu şekilde yeni bir tahkim anlaşmasının varlığı da iddia ve ispat edilmiş değildir. Sonuçta, görev belgesi sözleşmeyi değiştirici nitelikte kabul edilemeyeceğinden davada uygulanması gereken ve asıl olan, taraf iradelerinin kabul ettiği ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 516-526. maddeleri arasında düzenlemesi yapılan hükümlerdir. Sonradan yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda, Kanunun yürürlüğe gireceği tarih hakkında ayrı ve özel bir hüküm bulunmadığından, Kanunun, 5.7.2001 tarihinden sonraki uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını, daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise tarafların serbest iradeleriyle o tarihteki mevzuat uygulamasını seçtiklerinin kabulü zorunludur. Sonuç itibarıyla, istisnai bir yol olan tahkimde taraf iradeleri asıldır ve taraf iradeleri sözleşmede açıkça “hakemler Türk yasalarına tabi olacaklardır” şeklinde ortaya konulmuştur. Böylece, sözleşmenin akdedildiği tarihte geçerli olan Türk kanunlarının uygulanması kabul edilmiş olup, bu kanun da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’dur. Böylece somut olayda açık bir geçiş hükmü dahi içermeyen 4686 sayılı Kanunun uygulama yeri olmadığı gibi, eldeki dava da bu kanun anlamında bir iptal davası olarak nitelendirilemez. Davacı başvurusunu yaparken hakem kararının iptali olarak adlandırmış ise de, tarafların 4686 sayılı Kanundan önce var olan ve devam eden ihtilâflarının, serbest iradeleriyle tayı ettikleri o tarihteki mevzuat hükümlerine göre çözümleneceği açık bulunmasına göre, hakem kararlarının “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun ortaya koyduğu yöntemle göre ancak temyizi olanaklıdır. Mahkemece, davacı talebinin, 4686 sayılı Kanun hükümlerine göre iptal davası olarak nitelenip, işi esasına da girilerek kabul edilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. Nitekim, aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulu’nun 18.10.2006 gün ve 2006/15-609 Esas, 2006/656 Karar sayılı ilamında da açıkça vurgulanmıştır”<sup>59</sup>.

59 HGK, E. 2007/15-444, K. 2007/554, T. 18.7.2007: “Karşılıklı (1).. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, usul hükümlerini içeren bir düzenlemedir. Nitekim hakem kararına karşı iptal davası açılacağı Kanunun 15. maddesinde yazılmıştır.

## Türk tahkim hukukunda, hakem kararlarının iptali,

Usul kanunları, kazanılmış hakları ihlâl etmek kaydıyla makalede şamil olarak uygulanırlar. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 578. maddesinde de "kanunun müktesep hakları ihlâl etmemek şartıyla makabline şamil olduğu" vurgulanarak kanun koyucunun usul kanunlarının yürürlüğüyle ilgili düşüncesi ortaya konulmuştur. Doktrince büyük ölçüde benimsenen görüş de bu yoldadır. (2) 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde "bu Kanun hükümlerinin hakemlerce uygulanmasının kabul edildiği" hallerde de bu Kanunun uygulanması benimsenmiştir. Davaya konu olayda hakemlerce bu Kanunun uygulanması kabul edildiğinden 1. maddedeki yasal zorunluluk nedeniyle, 4686 sayılı Kanunun iptal davasına ilişkin hükümleri uygulanmamıştır. (3) Yine Yasanın 1. maddesinde " tarafların bu kanun hükümlerinin uygulanmasını kabul etmeleri halinde de 4686 sayılı yasa uygulanacaktır. Hakemlerce hazırlanan görev belgesinde açıkça yasanın uygulanacağı yazılmıştır. Taraf vekilleri bu belgeyi imza ederek belgeyi kabullenmişlerdir. Bu belge yeni bir tahkim anlaşması hükmündedir. Taraf vekillerinin tahkim anlaşması yapmaya yetkileri olmadığı ileri sürülmediğine göre, taraflar 4686 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda uyuşmazlığın çözümleneceğini kabul etmiş sayılırlar. Görev belgesinin imzalanmasının yeni bir tahkim anlaşması niteliğinde olduğunu doktrin ağırlıklı olarak kabul etmektedir. Hakem sözleşmesi, tarafların uyuşmazlığı mahkeme dışında çözümleneceği esastan hareketle imzalanır. Taraflar tahkimle ilgili olarak hakem yargılamasında belirlenecek usulü de serbestçe kararlaştırabilirler. Bu belirlenecek hakem sözleşmesi veya tahkim şartında yer alabileceği gibi sonradan tarafların kabul edecekleri yeni bir anlaşma veya dava konusu olaydaki gibi görev belgesinin imzalanması suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bu durumda belirlendikleri usul kuralları çerçevesinde haklarını arayabilirler. Görev belgesinde hakem kararının iptal davasına konu edilebileceği açıkça yazılmış, vekillerce de imzalanmıştır. Bu durumda yargılama sonunda verilen karar iptal davasına konu edilebilecektir. Nitekim hakemlerce tarafların anlaşmalarını usul dışında karar verilmesi, 4686 sayılı Kanunun 15. maddesinin l(f) maddesinde iptal nedeni olarak gösterilmiştir. Hal böyle olunca usule ilişkin uyuşmazlık iptal davasında incelenecek ve bu kararın temyiz olunması hâlinde Yargıtay'ca denetlenecektir. Özet olarak, hakemlerce verilen kararın iptal davasına konu edilmesi yerinde olduğundan, yerel mahkemenin bu yöndeki ısrar kararının onanması... gerektiğini düşündüğünden aksine oluşan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum".

■ "Karşılık: 2.12.1993 tarihli tahkim şartını içeren sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık yabancılık unsuru taşıdığından ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlendiğinden milletlerarası tahkim ile ilgili bulunmamaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanununun zaman itibarıyla uygulanması açısından uyuşmazlığın doğduğu asıl sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının yapıldığı tarihin önemi yoktur. Önemli olan Kanunun 1. maddesine göre onun uygulanacağı tasrih edilen uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihtir. Buna göre 4686 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklara 4686 sayılı Kanunun uygulanması zorunludur. Dolayısıyla 4686 sayılı Kanunun, doğdukları asıl borç sözleşmelerinin 5.7.2001 tarihinden sonraki bir tarihi taşıyan uyuşmazlıklara uygulanacağı görüşü Kanunun amacına aykırı düşer. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi gereken durumlarda uyulması gereken usul kurallarını düzenlemektedir. Kanun bu niteliği itibarıyla usul kuralları içerdiğinden usul kurallarının yürürlüğü ile ilgili HUMK'un 578. maddesi-

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda<sup>60</sup> zenînenmiştir. 4686 sayılı Kanunun yanı sıra 1993 yılında Türkiye tarafından onaylanan Milletlerarası Ticarî Tahkim Konusundaki Avrupa (Cenevre) Konvansiyonunda<sup>61</sup> da hakem kararlarının iptaline ilişkin hükümler yer almaktadır. 4686 sayılı Kanunun 1 maddesinin IV. fıkrasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar saklı tutulmuştur. O halde uygulama açısından öncelik Cenevre Konvansiyonuna verilecektir. Cenevre Konvansiyonunun uygulanması, iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartlar şunlardır: (1) Uyuşmazlığın, milletlerarası ticarete ilişkin olması ve (2) tarafların mutad meskenlerinin veya muamele merkezlerinin farklı devletler-

sindeki düzenlemeyi de belirtmek gerekir. HUMK'un 578. maddesine göre, işbu Kanun müktesep hakları ihlâl etmemek şartıyla makabline şamildir. Anılan hüküm uyarınca Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önce, bu Kanunda yazılı unsurları içeren tahkim davalarında, önceki mevzuata göre başlamış olup da tamamlanan usulî işlemlerden doğan haklar saklı tutulmuştur. Önceki mevzuata göre başlamış olup da henüz tamamlanmamış usulî işlemlerin ise Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yürütülmesi HUMK'un 578. maddesindeki düzenlemenin bir sonucudur. Öte yandan uyuşmazlık 2.12.1993 tarihli sözleşmenin "ihtilâfların halli" başlıklı 67. maddesi uyarınca Uluslararası Ticaret Odasının (ICC) uzlaşma ve tahkim kurallarına göre ve seçilmiş üç hakem tarafından çözümlenmiştir. Hakem yargılaması aşamasında hakem heyeti ve tahkime yetkili taraf vekillerince imzalanmak suretiyle oluşturulan görev belgesinde (terms of reference) "verilecek hakem kararına karşı kanun yolunun 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerince icra edileceği" kararlaştırılmıştır. ICC tahkim Kurallarına göre, tahkim talebinin sekreteryaya tevdi tarihinde dava açılmış sayılır (m. 4/2). Hakem mahkemesinin teşkilinden sonra Sekreteryaya tarafından dosya hakem mahkemesine tevdi edilir (m. 13). Dosyanın hakem mahkemesine tevdi üzerine, hakemler ve tarafların iştiraki ile bir "görev belgesi" (terms of reference) düzenlenir (m. 18). Görev belgesine dercedilecek hususlardan biri de uygulanacak usul kurallarıdır (m. 18/1-91). Taraflarca imzalanan görev belgesinde hükme bağlanan hususlar, tahkim prosedürü boyunca ve hatta tenfiz safhasında tarafları bağlar. Bu sebeple görev belgesinin tanzimi, uluslararası tahkim prosedürleri bakımından pratik önem taşır. Taraf vekilleri ve hakem heyetini oluşturan hakemlerce imzalanan görev belgesinin 10. sayfasının "dava ve mukabil davada tatbik edilecek usul" başlıklı bölümünde verilecek hakem kararına karşı kanun yolunun 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerince icra edileceği belirtilmiştir. Taraflar, hakem kurulu kararına karşı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre Kanun yoluna gitmekte anlaşmalarından yeni düzenleme nedeni ile de HUMK'un 516 vd. maddelerin olayda uygulama olanağı bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak olayda Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanması gerekir. Bu nedenlerle yerel mahkeme kararının onanması düşüncesinde olduğundan sayın çoğunluğun aksine görüşüne katılmıyorum".

60 RG 5.7.2001/24453.

61 RG 21.5.1991/20877.

bulunması. Somut olayda hakem kararının iptali h kınımdan Cenevre Konvansiyonunun uygulanması mümkün değildir. Çünkü tarafların mutad meskeni veya muamele merkezleri farklı ülkelerde değildir.

O halde hakem kararının iptali davasına 4686 sayılı Kanunun uygulanıp uygulanmayacağını araştırmak gerekir. 4686 sayılı Kanunun uygulama alanı 1. ve 2. maddelerde belirlenmiştir. 4686 sayılı Kanunun uygulanabilmesi iki zorunlu unsurun bir araya gelmesine bağlıdır: (1) Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması, (2) Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya Kanunun taraflar veya hakemlerce seçilmiş olması. Dikkat edilirse ilk şart alternatifli olmayan, mutlaka bulunması zorunlu olan bir unsurdan söz etmektedir. Buna karşılık ikinci şart kendi içinde alternatif bir düzenlemeye sahiptir. Tahkim yeri Türkiye'de olmamakla beraber, Kanunun uygulanacağı taraflarca veya hakemlerce kararlaştırılmışsa, tahkim, 4686 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacaktır. HGK'nın 18.7.2007 tarihli kararına konu olan olayda, tahkim yeri, Türkiye'dir. Üstelik görev belgesinde 4686 sayılı Kanunun uygulanması taraflarca ve hakemlerce kabul edilmişti. Ancak tahkim yerinin Türkiye'de olması ve 4686 sayılı Kanunun uygulanmasının kararlaştırılması yeterli değildir. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerekir. Uyuşmazlığın hangi hallerde yabancılık unsuru taşıyacağı 4686 sayılı Kanunun 2. maddesinde sayılmıştır. Bu maddede sayılan hallerden herhangi birinin varlığı yeterlidir. 4686 sayılı Kanunun 2. maddesinin (3). paragrafında, taraflar arasındaki sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından kredi alınması, uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıran bir unsur olarak öngörülmüştür.

Uluslararası İmar ve Kalkınma Bankası ile Tarımsal Geliştirme Uluslararası Fonundan kredi alınmıştır. Alman bu kredi ile Eskişehir Araştırma Kompleksi inşaatının yaptırılması için Tarım ve Köyüşleri Bakanlığı adına *Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürlüğü* ile *Du-Çe AŞ* arasında bir inşaat sözleşmesi yapılmıştır. İnşaat sözleşmesinin uygulanması için yurt dışından kredi alındığı için 4686 sayılı Kanunun 2(3). maddesinde öngörülen şekilde yabancılık unsuru gerçekleşmiştir. Dolayısıyla 4686 sayılı Kanunun uygulama alanına girdiğinden hakem kararının iptali için açılan davada bu Kanunun 15. maddesi uygulanacaktır.

Ancak HGK'nın 18.7.2007 tarihli kararına konu olan olayda, 4686 sayılı Kanunun *zaman itibariyle* uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir sorun teşkil etmektedir. 4686 sayılı Kanunda, Kanunun zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. 4686 sayılı Kanunun 18. maddesinde, Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmişse de, Kanunun yürürlüğünden önce yapılmış tahkim anlaşmalarına veya Kanunun yürürlüğünden önce başlamış tahkim yargılamalarına etkisi düzenlenmemiştir. Yargıtay, taraflar arasındaki tahkim şartını içeren sözleşmenin yapıldığı tarihi esas almaktadır<sup>62</sup>. 4686 sayılı Kanunda intikal hükümlerine yer verilmemiş olması sebebiyle, usul kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel kural ve prensiplerden hareketle bir sonuca varmak gerekir. Çünkü 4686 sayılı Kanun, usul hukukuna ilişkindir. HUMK'un 578. maddesinde, Kanunun kazanılmış hakları ihlâl etmemek şartıyla makabline şâmil olduğu ifade edilmiştir. HUMK'un 578. maddesindeki ifade yanıltıcı niteliktedir. Aslında burada usul kanununun mäkable şâmil olmasından değil, derhal yürürlüğe girmesinden söz etmek gerekir<sup>63</sup>. 4686 sayılı Kanun, esas itibariyle usul hukukuna ilişkin hükümler içermektedir. Usulî meseleler açısından, 4686 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarih esas alınacaktır. Dolayısıyla, 4686 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, bu Kanunun kapsamına giren tahkimlerde, hakem kararma karşı açılan iptal davasında bu Kanun uygulanacaktır<sup>64</sup>.

## VII. ICC Hakem Kararının Tenfizine İlişkin Dava Devam Ederken Bu Karara İstinaden Türk Mahkemesi Tarafından İhtiyati Haciz Kararı Verilmesi

Türkiye'de, hakem kararının tenfizi davaları, tenfiz davasının niteliği ile bağdaşmayacak ölçüde, uzun sürmektedir. Tahkim yargılamasında davayı kaybeden taraf, kararın tenfizine ilişkin süreç devam ederken mallarını elden çıkarabilir. Bu bağlamda, ICC hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilmesi için açılan dava henüz sonuçlanmadan önce borçlunun mallarını kaçırmaya ihtimaline karşı ihtiyati haciz kararı

62 15. HD, E. 2002/4900. K. 2002/5118, T. 13.11.2002.

63 ÜSTÜNDAĞ, 74-75.

64 Nuray EKŞİ, Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, (2003)1-2 MHB Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 324-325.

talep edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Yargıtay, 2004 yılında verdiği kararında<sup>65</sup> bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Yargıtay'a göre, ICC Tahkim Kurallarına göre verilen yabancı hakem kararının tenfizi davası temyiz aşamasındayken borçlunun ekonomik bunalım içinde bulunması sebebiyle mallarını kaçırmaya ihtimaline karşı ihtiyati haciz talep edebilir.

“Davacı *Bredamenanhibus SPA* vekili müvekkili firmanın diğer taraftan 28.175.104.463.136 TL alacağı bulunduğunu, Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına göre teşekkül etmiş hakem mahkemesince verilen 22.9.1998 tarihli kararın 24.2.2004 tarihinde temyizine karar verildiğini, ekonomik bunalım içinde bulunan borçluların mal kaçırmaya ihtimali olduğunu ileri sürerek ihtiyati haciz talebinde bulunmuştur. Mahkemece temyizine karar verilen alacak nedeniyle ihtiyati haciz talebi teminatsız olarak kabul edilmiştir. Borçlu *BMC AŞ* ve *Çukurova AŞ* vekili, tenfiz kararının temyiz edilmesi nedeniyle kesinleşmediğini, bu nedenle ihtiyati haciz talep edilemeyeceğini, borçluların mallarını kaçırmaya veya gizleme yönünde eylemleri bulunmadığını, teminatsız olarak ihtiyati hacze karar verilemeyeceğini ileri sürerek ihtiyati haczin kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkemece, tenfizine karar verilen hakem kararı kesinleşmeden takip konusu yapılamayacağından ve ihtiyati haczi tamamlayan merasim tamamlanamayacağından ihtiyati hacze itirazın haklı olduğu gerekçesiyle ihtiyati haczin kaldırılmasına karar verilmiş, hüküm alacaklı vekilince temyiz edilmiştir. Yabancı hakem kararının temyizine ilişkin karara dayanarak alacaklı tarafından ihtiyati haciz istenmiş, verilen ihtiyati haciz kararı borçluların itirazı üzerine kaldırılmıştır. Tenfiz kararı kesinleşmeden icra edilemez ise de, bu karara dayanarak ihtiyati haciz istenmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. İhtiyati haczi tamamlayan merasimin gerçekleşip gerçekleşmediği sonraki bir aşama olup hükme gerekçe yapılamaz. Mahkemece bu yön gözetilerek itirazın reddi gerekirken, kabulünde isabet görülmemiştir.”

### VIII. Sonuç

Tahkim, Türk hukukunda uzun bir geçmişe sahiptir. Tahkim ile ilgili yasal düzenlemeler ve taraf olduğumuz milletlerarası antlaşmalar, Türkiye'nin, hukukî açıdan bu alanda Avrupa ülkeleri ile aynı konumda

olduğunu açıkça göstermektedir. Ne yazık ki mevzuat alanında gösterilen başarı, uygulamaya yansıtılmamış ve Türkiye, tahkim cenneti sayılan ülkeler arasına girememiştir. Üstelik Türk hukukunda, tahkim uygulaması yaygınlaştırılmadığı gibi kurumsal tahkim alanında da milletlerarası bir başarı elde edilmesi için gerekli adımlar atılmamıştır.

Tahkim tecrübesindeki bu başarısızlık, ICC hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için açılan davalara da sirayet etmiştir. ICC hakem kararlarının tanınması veya tenfizi için açılan davalar, bu davaların nitelikleri ile bağdaşmayacak ölçüde uzun sürmektedir. ICC hakem kararlarının tanınması veya tenfizini engelleyen bir müessese olan kamu düzenine bazen gereksiz olarak başvurulmakta veya kapsamı geniş yorumlanmakta; bu da yabancıların gözünde Türkiye'yi tahkim aleyhtarı bir devlet haline getirmektedir. ICC hakem kararlarının tenfizi davalarında Yargıtay tarafından verilen ilk kararlar, Türkiye'nin tahkim yanlısı bir ülke olmadığı izlenimini vermiştir. Yargıtay, zamanla önceki kararlarındaki görüşlerinden dönmesine rağmen bu kararların yabancı doktrin ve mahkemeler üzerindeki menfi izlerini henüz silememiştir. Türkiye'de mahkemelerin tahkim yanlısı bir tutum sergilemeleri, tahkim tecrübesinin artmasına ve tahkim uygulamasının yaygınlaşmasına bağlıdır.

65 19. HD, E. 2004/9775, K. 2004/13391, T. 30.12.2004.