

MİLLETLERARASI TİCARÎ HAKEM KARARLARININ İPTAL ve
TENFİZ DAVALARI YOLUYLA MAHKEMELERCE MÜKERRER
KONTROLE TÂBÎ TUTULMALARI SORUNU ve BU SORUNUN
GİDERİLMESİNE YÖNELİK İKİ ÖNERİ

Yard. Doç. Dr. İnci ATAMAN-FİĞANMEŞE*

Özet

Günümüz tahkim yargılaması usulü, bir hakem kararının çeşitli defalar millî mahkemelerce kontrole tâbî tutulmasını mümkün kılmaktadır. Hakem kararında aleyhine hükmedilmiş tarafın hakem kararının iptali talebiyle tahkim yeri ülkesinin millî mahkemelerine başvurması mümkün olduğu gibi, hakem kararında lehine hükmedilmiş tarafın da hakem kararının tanınması veya tenfizi talebiyle millî mahkemelere başvurması mümkündür. Bir tahkim davasının her iki tarafının da ayrı ayrı, birbirinden farklı taleplerle (iptal talebi/ tanınma-tenfiz talebi) başvurdukları millî mahkemelerin, tarafların talepleri hakkında karar verebilmeleri için, ilgili hakem kararını çeşitli kıstaslar yönünden kontrol etmeleri gerekecektir. Bugün birçok ülkenin doğrudan iktibas ettiği veya milletlerarası tahkim mevzuatını hazırlarken yararlandığı UNCITRAL Model Kanunu'nda öngörülen "iptal" sebepleri ile dünya üzerindeki hemen her ülkenin taraf olduğu New York Konvansiyon'unun öngördüğü "tenfizin reddi" sebepleri aynıdır. Bu nedenle, bir millî mahkeme bir hakem kararını kontrol ederken bu kontrolü ister görmekte olduğu iptal davası sebebiyle yapıyor olsun, isterse de görmekte olduğu tenfiz davası sebebiyle yapıyor olsun, hakem kararını aynı kıstaslar yönünden kontrol edecektir. Hakem kararlarının millî mahkemelerce çeşitli defalar neredeyse birbirinin aynısı olan kıstaslar yönünden kontrole tâbî tutulmalarının ise, başta usul ekonomisine aykırı olmak gibi

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim
Dahı [inci.af@doruk.net.tr]

çeşitli sakıncaları vardır. Mükerrer kontrolün sakıncalarının tüm çıplaklığıyla ortaya çıktığı durum, iptal edilmiş hakem kararlarının uygulamada rastlandığı üzere, haklarındaki iptal kararına rağmen tenfiz edilmeleri durumudur. İptal edilmiş olan bir hakem kararının tenfiz edilmesi, iptal davasının görülmesi için harcanmış zaman, emek ve paranın boşa gitmesi anlamına gelir. Hakem kararlarının mükerrer kontrolü sorununun giderilmesi için getirilmiş çeşitli öneriler arasında yer alan “iptal davalarının kaldırılması” yönündeki öneri, kısmen de olsa Türkiye, Belçika, İsviçre ve Fransa gibi bazı ülkelerin mevzuatında hayat bulmuştur. Mükerrer kontrol sorununun giderilmesi için ileri sürülmüş öneriler içinde en etkin ancak hayata geçirilmesi şimdilik zor görüneni, hakem kararlarını tek elden kontrol edecek bir milletlerarası mahkemenin kurulması önerisidir.

Anahtar Kelimeler: *Hakem Kararının Kontrolü, Cenevre Sözleşmesi (1961), İptal Davası, İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, Millî Mahkemeler, New York Konvansiyonu (1958), Tahkim, Tenfiz Davası, UNCITRAL Model Kanunu.*

PROBLEMS ARISING OUT OF THE MULTIPLE JUDICIAL CONTROL UPON INTERNATIONAL ARBITRAL AWARDS AND POSSIBLE WAYS TO OVERCOME THIS PROBLEM

Abstract

Under the existing system of judicial control of international commercial arbitral awards, both the losing and the winning parties of an arbitral proceeding may independently initiate proceedings which result in the control of arbitral awards by national courts. While the losing party can initiate setting aside (annulment) proceedings before the courts in the country in which the arbitral decision was rendered, the winning party can initiate enforcement proceedings before courts of the country where the losing party has assets. During both the setting aside proceedings and the enforcement proceedings, the arbitral award will be subjected to the control of national courts. The standards of control which will be exercised by courts however, will both for the setting aside procedure and the enforcement procedure substantially be the same. This is mainly because the reasons foreseen in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration for setting aside an arbitral award are the same as the reasons upon which enforcement of an arbitral award may be denied according to the New York Convention. It should be noted that -in addition to the fact that arbitral awards may be subjected to multiple judicial control having the same scope- the annulment of an arbitral award does not always result in the denial of enforcement of the arbitral award; in some jurisdictions, arbitral awards set aside in the country of origin can be enforced.

All of these facts lead to questioning the existing system of judicial control of arbitral awards. Viewed from the perspective of judicial economy, the existing system of multiple judicial control of arbitral awards seems to be infringing the procedural law standard of minimisation of duplication of effort. In order to reduce the problem of multiple judicial control, some countries such as Turkey, Switzerland, Belgium and France adopted legislation for optional exclusion of the action to set aside. Amongst the suggestions made by legal scholars to overcome the problem of multiple judicial control of arbitral awards, the suggestion of the establishment of a new international court which shall have exclusive jurisdiction on the control of arbitral awards, is the most promising but seemingly most unrealisable one.

Keywords: Arbitration, Annulment Procedure, Control of Arbitral Awards, Enforcement Procedure, Enforcement of Annuled Awards, Geneva Convention (1961), National Courts, New York Convention (1958), Setting Aside Procedure, UNCITRAL Model Law.

Giriş

“Hakemleri” ve “millî mahkemeleri” milletlerarası ticarî tahkim yargılamasında görev üstlendikleri yargılama safhaları açısından kıyasladığımızda, gözden kaçmayacak şu farkla karşılaşırız: Hakemlerin, gördükleri uyuşmazlık hakkında nihaî kararı vermeleriyle, prensip olarak¹ dava ile ilgili işleri sona erer²; hâlbuki *millî mahkemeler* bakımından durum farklıdır. Bir tahkim davasında nihaî hakem kararının verilmiş olması, millî *mahkemelerin* de bu dava ile ilgili işlerinin sona ermiş olduğu anlamına gelmez; zira, hakem kararının verilmesinden sonra tahkim davasının taraflarından birinin hakem kararının *iptali* veya *tanınması*³/*tenfizi* talebiyle millî mahkemelere başvurması mümkündür. Bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının iptali veya tenfizi talebiyle kendisine başvurulmuş millî mahkemenin ise, ilgili hakem kararını çeşitli kıstaslar yönünden “kontrol” etmesi ve bu “kontrol” neticesinde vardığı sonuca göre ilgili hakem kararını iptal

¹ Hakemlerin, uyuşmazlık hakkında karar verdikten sonra; bu kararı düzeltmek ve yine bu kararı yorumlamak ve tamamlamak gibi işleri yapmaları gerekebilir.

² Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKBY/PARTASIDES, s. 430, Nr. 10-01.

³ Bu çalışmada ifade kolaylığı sağlanması açısından, sadece hakem kararlarının tanınmasını da içeren “tenfiz” ifadesi kullanılacaktır.

edip etmeme veya hakkında tenfiz kararı verip vermeme konusunda bir hükme varması gerekir.

Bir milletlerarası tahkim davasının taraflarından her ikisi de millî mahkemelere ayrı ayrı, birbirinden farklı taleplerle (iptal talebi /tenfiz talebi) başvurarak, bu tahkim davası neticesinde verilen hakem kararının millî mahkemelerce kontrol edilmesi yolunu açabilirler. Kuşkusuz, bir tahkim davasının taraflarının millî mahkemelere hiç başvurmama-ları da mümkündür; böyle bir durumda hakem kararı millî mahkemelerin kontrolüne tâbi olmaz⁴. Esasen uygulamada, milletlerarası ticarî tahkim alanında hakem kararlarının davayı kaybeden taraflarca kendiliğinden yerine getirilme oranı yüksektir; pek çok hakem kararı iptal veya tenfiz davasına hiç konu olmadan yerine getirilir⁵. Ancak, bilhassa son yıllarda, hakem kararlarına karşı açılan *iptal davalarının* sayısında bir artış olduğu gözlenmektedir⁶; öyle ki, iptal davalarının sayısındaki bu artış, önceki yılların “centilmenlik döneminin” sona ermiş olduğu, yolunda yorumlara dahi konu olmaktadır⁷.

Gerek tahkim davasında aleyhine karar verilen taraf, hakem kararına karşı açacağı “*iptal davasıyla*”, gerekse de tahkim davasında lehine karar verilmiş olan taraf, hakem kararının devlet zoruyla icrasını sağlayabilmek için açacağı “*tenfiz davasıyla*”, ilgili hakem kararının millî mahkemelerce kontrol edilmesine sebep olurlar. Bu durum, aynı hakem kararının farklı ülkelerde⁸ bulunan millî mahkemelerce, hem

⁴ Hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belge verilmesi talebiyle mahkemelere başvurulduğunda da, hakem kararlarının bir kontrolden geçirildiklerine dair açıklamalarımız için bkz. aşağıda dpn. 34 civarı.

⁵ 2008 tarihinde PriceWaterhouseCoopers’in soru yönelttikleri şirketlerin bildirdiklerine göre, hakem kararlarında aleyhlerine hükmedilmiş olan taraflar, genellikle bu hakem kararlarını kendi iradeleri ile yerine getirmektedirler. Yine PriceWaterhouseCoopers’in raporuna göre, hakem kararlarının ancak %8’i millî mahkemelerin önüne gelmektedir; *International Arbitration: Corporate Attitudes & Practices 2008* (COUTELIER, s. 4, dpn.4’den naklen). Konu hakkında bilgi için ayrıca bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 395, dpn. 846 civarı.

⁶ LALIVE, s. 6; Serge LAZAREFF, De la Parole Donee, Cahiers de l’Arbitrage, juillet 2007 (LALIVE, s. 6’dan naklen); COUTELIER, s. 3-4.

⁷ Serge LAZAREFF, Improving International Arbitration- The Need For Speed and Trust, *yeri*: Liber Amicorum Michel Gaudet, ICC Publishing 1998 (COUTELIER, s. 3’den naklen).

⁸ İptal ve tenfiz davalarının hangi ülkelerin mahkemelerinde açılabileceği konusunda bilgi için bkz. aşağıda dpn. 18 ve dpn. 45 civarı.

“iptal davası” hem de “tenfiz davası” yoluyla çeşitli defalar kontrole tâbi tutulmasına neden olur. Hâlbuki, bir milletlerarası hakem kararının çeşitli defalar farklı mahkemelerin kontrolünden geçirilmesi, gerek usul ekonomisi gerekse de milletlerarası ticaretin ihtiyaç duyduğu öngörülebilirlik ve sürat açısından arzu edilen bir durum değildir.

Şunu da belirtelim ki, millî mahkemeler sadece dar anlamda milletlerarası “*ticarî*” hakem kararlarını değil, milletlerarası “*yatırım*” tahkimi alanında verilen hakem kararlarını da -kendilerine bu kararların iptali veya tenfizi talebiyle başvurulduğunda- kontrol ederler. Bunun tek istisnası ICSID tahkimidir. ICSID Konvansiyonu bir ICSID hakem kararının gerek iptali gerekse de tenfizi için millî mahkemelere başvuru yolunu kapatmış⁹ olduğundan, ICSID hakem kararları millî mahkemelerin kontrolüne tâbi olmazlar.

İşte bu çalışmada, öncelikle (ICSID hakem kararları dışındaki) milletlerarası ticarî hakem kararlarının farklı ülkelerde bulunan millî mahkemelerce iptal ve tenfiz davaları yoluyla kontrolü ve farklı mahkemelerce gerçekleştirilen kontrollerin birbirine etkisini inceleyerek, milletlerarası ticarî tahkim alanında hakem kararlarının mükerrer kontrolü sorununu mercek altına alacağız; bundan sonra ise, hakem kararlarının mükerrer kontrolü sorununun giderilmesi için getirilmiş önerilerden ikisini ele alarak bu sorunun giderilmesinin gerçekten de mümkün olup olmadığı konusu üzerinde duracağız.

I- Milletlerarası Ticarî Tahkim ile Millî Mahkemeler Arasındaki Kontrol İlişkisi

A- Genel Olarak

Her ne kadar, aralarındaki uyuşmazlığı milletlerarası tahkim yoluyla çözme konusunda anlaşılan taraflar bu uyuşmazlıklarının millî mahkemeler önüne getirilip, uyuşmazlıkları hakkında millî mahkemelerin karar vermeleri ihtimalini bertaraf etmek istemiş olsalar da, belirli durumlarda millî mahkemelerin tahkim yargılamasına dahil edilmele-ri gerekir. Millî mahkemelerin tahkim yargılamasına dahil edildikleri durumları, tahkim yargılamasının evrelerine göre şu iki ayrı başlık altında gruplandırarak ele almak mümkündür¹⁰:

⁹ Konu hakkında bilgi için bkz. aşağıda dpn. 112 civarı.

¹⁰ Bu şekildeki ayrımı yapan müellifler için: Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. EKŞİ, *New York*, s. 13; GOMEZ, s. 62-63.

i- Henüz “*tahkim yargılamasının yürütülmekte olduğu evrede*”, millî mahkemelerin tahkime dahil. (Örnek olarak, millî mahkemelerin tahkim yoluyla görülmekte olan davaya ilişkin ihtiyatî tedbir kararları (4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) md. 6) veya millî mahkemelerin tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin kararları (MTK. md. 10/B) gösterilebilir).

ii- *Hakem kararının verilmesinden “sonraki” evrede* millî mahkemelerin tahkime dahil. [Bu evrede millî mahkemelerin tahkim yargılamasına dahil: (a) Hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgenin verilmesi (MTK md. 15/B); (b) İptal davası (MTK 15/A); (c) Tanıma ve tenfiz davasında, görülür (New York Konvansiyonu)].

Bu makalenin konusu “iptal ve tenfiz” davaları yoluyla hakem kararlarının mükerrer kontrolü olduğundan, burada sadece iptal ve tenfiz davaları çerçevesinde bir inceleme yapılacaktır. Bu sebeple burada üzerinde duracak olduğumuz tahkim yargılaması evresi¹¹, yukarıdaki gruplandırmaya göre ikinci grubun kapsadığı evre olan “*hakem kararının verilmesinden sonraki evredir*”. Yine aynı sebeple, her ne kadar üzerinde duracak olduğumuz evre olan “*hakem kararının verilmesinden sonraki*” evreye ilişkin olsa da, “*hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgenin*” verilmesi talebiyle millî mahkemelere başvurulduğunda, mahkemelerin bu belgenin verilmesi için hakem kararı üzerinde yürütecekleri kontrol işlemleri de (MTK md. 15/B) bu makalenin konusunu teşkil etmemektedir. Aşağıda esas itibarıyla, hakem kararlarının iptal ve tenfiz davaları sırasında mahkemelerce kontrolleri üzerinde duracağız; hakem kararlarının icra edilebilir olduğuna dair belgenin verilebilmesi için yapılan kontrole ise, sadece bu makalenin esas konusunu teşkil eden hakem kararlarının iptal ve tenfiz davaları yoluyla kontrolü hakkındaki açıklamalarımız çerçevesinde kısaca değineceğiz¹².

¹¹ “Tahkim kavramı, yargılama safhasında hakemlerce uygulanacak usulü ve esasa uygulanacak maddî kuralları ve neticede verilen kararı da kapsamaktadır”. ŞANLI, *Akitler*, s. 232.

¹² Bkz. aşağıda dpn. 34 civarı.

B- Hakem Kararlarının “İptal Davası” Yoluyla Kontrolü

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, bugün¹³ tüm devletlerin mevzuatı, “*kendi ülkelerinde verilmiş¹⁴ olup*” aranan belli başlı bazı kıstaslara uygun olmayan hakem kararlarının millî mahkemelerince iptalini¹⁵ (veya bozulmasını¹⁶), mümkün kılmaktadır. Türk mevzuatında da, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesi, tahkim yeri Türkiye olan milletlerarası hakem kararlarının “iptali” talebiyle Türk mahkemelerine başvuru imkânını düzenlemektedir.

Hakem kararının iptalinin sağlanabilmesi için, öncelikle hakem kararının iptali talebiyle yetkili mahkemelere başvurulması gerekir. Mahkemeye başvurup hakem kararının iptalini talep edecek olan taraf, prensip olarak, hakem kararında “*aleyhine hüküm kurulmuş olan taraf*”tır. Mesela, hakemlerin rüşvet almış olduklarını ve bu sebeple kendisi aleyhine karar vermiş olduklarını düşünen taraf, yetkili mah-

¹³ Önceki yıllarda *Belçika* ile *Malezya* tahkim mevzuatı uyarınca, bu ülkelerde verilmiş belirli niteliklere sahip milletlerarası ticarî hakem kararları aleyhine bu ülkelerin millî mahkemelerinde iptal davası açılmasına imkân tanınmamış olduğuna ilişkin açıklamalarımız için bkz. ileride dpn. 94 civarı

¹⁴ Bkz. aşağıda dpn. 19 civarı.

¹⁵ Günümüzde hakem kararlarına karşı başvuru yolu olarak “iptal davası”nın yaygın biçimde dünyanın birçok ülkesinde kabul edilmiş olması (bkz. aşağıda dpn. 16) nedeniyle, bu makalede “iptal davasını” esas alıp, “iptal davası” ifadesini hakem kararlarına karşı verdikleri ülkede tanınan diğer başvuru yollarını da kapsayacak bir anlamda kullanacağız.

¹⁶ Bugün yürürlükteki Türk mevzuatı hakem kararına karşı başvuru yolu olarak “iptal davasını” öngörmekteyken, farklı ülke kanunları farklı yollar öngörebilir. Mesela, bazı ülkelerin mevzuatı, hakem kararlarına karşı müracaat yolu olarak Türkiye’de olduğu üzere “iptal’ davası” yolunu öngörürken, diğer bazı ülkelerin mevzuatı, hakem kararlarına karşı başvuru yolu olarak “temyiz yolunu” öngörebilir. Nitekim, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hakem kararlarına karşı başvuru yolu olarak temyiz yolunu öngörüyordu. Ancak artık günümüzde birçok ülkenin kurallarını aynen iktibas ettiği veyahut da büyük ölçüde esinlendiği UNCITRAL Model Kanunu (bkz. aşağıda dpn. 17) sayesinde farklı ülkelerin milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeleri arasındaki farklar giderek kaybolmaktadır. UNCITRAL Model Kanunu milletlerarası nitelikteki ticarî hakem kararlarına karşı başvuru-labilecek müracaat yolu olarak “iptal davasını” öngörüyor olduğundan, bugün dünyadaki yaygın anlayış, bir ülkede yürütülmüş tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarına karşı o ülke mahkemelerinde “iptal davası” açılacağı yolundadır.

kemeye başvurarak, adalete aykırı biçimde kendi aleyhine verilmiş bu hakem kararının iptalini talep edebilir.

Bir hakem kararının iptali için hangi ülkenin mahkemelerine başvurulabileceği konusunda ise, UNCITRAL Model Kanunu¹⁷ sayesinde farklı ülke hukuklarının anlayışları arasındaki farklar giderek kaybolmaktadır; ancak bu konudaki anlayışın bütünüyle yeknesaklaşmış olduğu henüz söylenemez. Prensip olarak, bugün yaygın biçimde kabul edilen anlayış, bir hakem kararının “yerli” sayıldığı ülkenin mahkemeleri tarafından iptal edilebileceği yönündedir¹⁸. Bir hakem kararının hangi ülke bakımından “yerli” sayılacağı konusunda ise, günümüzde hâkimiyet kazanan anlayış, hakem kararının “karar yeri¹⁹ ülkesi (tahkim yeri ülkesi)²⁰” neresi ise o ülke bakımından “yer-

¹⁷ UNCITRAL Model Kanunu metni için bkz. «www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb» UNCITRAL Model Kanunu’nun Türkçe’ye tercüme edilmiş metni için bkz. Begüm DURUKAN/Ebru ELDEM, *yeri*: BİRSEL/BU-DAK, s. 169 vd..

¹⁸ Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. GHARAVI, s. 12, parag. 25 vd., 113, parag. 271; RENSMANN, s. 184.

¹⁹ Karar yeri ülkesi, tarafların veya hakemlerin karar yeri olması hususunda anlaşmaya varmış oldukları yerdir. Belirtmek gerekir ki, bazı tahkim davalarında, tahkim yargılaması, taraflarca karar yeri ülkesi olarak kararlaştırılmış ülkede hiç yürütülmemektedir; buna rağmen, taraflarca karar yeri ülkesi olması hususunda üzerinde anlaşmaya varılan ülke hukuku, tahkim yargılamasının “lex arbitri’si” olarak kabul edilmekte ve buna istinaden hakem kararı bu ülke bakımından “yerli” sayılmaktadır. Tahkim yargılamasının “karar yeri” olarak kararlaştırılmış ülkede yürütülmediği halde bu ülke hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki etkisi nedeniyle, karar yerinin adeta bir “*faraziye*” gibi etkin olduğu sonucuna varmak mümkündür. “Karar yeri”nin etkisini bir *faraziye*’nin etkisine benzeten müellif için bkz. KAUFMANN-KOHLER, s. 344. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hakem kararının, “karar yeri” ülkesinin değil, tahkim yargılamasının tâbi olduğu usul hukukunun ait olduğu ülkenin milliyetini taşıdığı kabul edilebilir (bkz. aşağıda dpn. 25 civarı). Bu çalışmada istisnaî bir durum olan karar yeri ülkesi ile tahkim yargılamasının tâbi olduğu usul hukukunun ait olduğu devlet ülkesinin farklı ülkeler olması durumuna değinilmeksizin, ifade kolaylığı da sağlaması açısından, hakem kararına milliyetini veren unsur olarak sadece hakem kararının verildiği yerden söz edilecektir.

Hakem kararlarının milliyetini belirleyen kıstaslar için bkz. diğer müellifler yanında örnek olarak bkz., AKINCI, *Tenfiz*, s. 9 vd.

²⁰ “Tahkim yeri” ifadesi de “karar yeri” ifadesi ile aynı anlama gelecek şekilde kullanılabilir (bkz. dpn. 19). “Tahkim yeri” ifadesi hakkında bilgi için

li” sayılacağı anlayışdır²¹. Bu nedenle günümüzde Türkiye dahil pek çok ülkenin hukukunda kabul edilen anlayış uyarınca, hakem kararlarına karşı açılacak iptal davaları bakımından yetkili mahkeme, hakem kararının verilmiş sayıldığı ülkenin mahkemeleri, yani “*karar yeri ülkesi*”²² mahkemeleri”dir. Gerek 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’muz, gerek UNCITRAL Model Kanunu ve gerekse de İsviçre milletlerarası tahkim mevzuatı da bu anlayışı benimsemiştir. Şu halde, Türk mahkemeleri sadece karar yeri Türkiye olan milletlerarası hakem kararlarını iptal edebilir²³; karar yeri ülkesi (tahkim

diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. KALPSÜZ, s. 37; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 28-29.

²¹ Tahkim yerinin (karar yerinin) milletlerarası tahkim hukukunda giderek ağırlık kazanmakta olduğu hakkında bilgi için bkz. GHARAVI, s. 12 vd.; ÖZEL, s. 60; RENSMANN, s. 48 vd..

²² Karar yeri ülkesi (tahkim yeri ülkesi), hakkında açıklamalarımız için bkz. yukarıda dpn. 19.

²³ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, uygulama alanının, yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya “bu Kanun hükümlerinin taraflar veya hakem kurulunca seçildiği” uyuşmazlıklar olduğunu öngörmektedir (md.1/2). Bu hükümden yola çıkarak, tahkim yeri yurtdışında bir ülke olsa dahi, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun, seçilmiş olması halinde, 4686 sayılı Kanun’un uygulama alanı bulacağı, doktrinde ileri sürülmektedir bkz. AKINCI, *Tahkim*, s. 50. Bu görüşün kabulü halinde, tahkim yeri yurtdışında bir ülke olup tarafların 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na teb’an yürütülmesi hususunda anlaşmaya varmış oldukları bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararı aleyhine açılacak iptal davasının da bu Kanunda öngörülen şekilde Türkiye’de asliye hukuk mahkemesinde görülebilecek olduğu kabul edilebilmelidir. Ne var ki, yine 4686 sayılı Kanun’un 1/3. maddesi hükmü, tahkim yerinin yabancı bir ülke olması halinde, bu Kanun’un sadece 5. ve 6. maddelerinin, yani tahkim itirazı ile ihtiyati tedbire ilişkin madde hükümlerinin tatbik alanı bulabileceğini öngörmektedir. Şu halde, 1/3. madde hükmü, esasen tahkim yerinin yurtdışında bir ülke olduğu hallerde, 4686 sayılı Kanun’un tatbik edilecek usul hukuku olarak seçilmesine engel olmakta, bu Kanunun bütününe sadece tahkim yeri Türkiye olan tahkimler hakkında uygulanmasına izin vermektedir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nu düzenleyenlerin iradesinin de, bu Kanun’un sadece Türkiye’de cereyan eden tahkimler hakkında uygulanması yönünde olduğu anlaşılmaktadır; bkz. BİRSEL/BUDAK, s. 76, 80 vd.. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun bütününe sadece tahkim yeri Türkiye olan tahkimler hakkında uygulama alanı bulacak olması yolundaki anlayış, esasen UNCITRAL Model Kanunu’nun 1(2). maddesi ve İsviçre’nin Milletlerarası Tahkime ilişkin hükümleri (IPRG md.176) ile de uyumludur. Mesela, UNCITRAL Model Kanunu’nun 1(2). maddesi hükmü uyarınca, Ka-

yeri ülkesi) yabancı bir ülke olan milletlerarası hakem kararlarını ise Türk mahkemeleri iptal edemezler. Bu noktada şuna işaret edelim ki, bazı ülkeler henüz iptal davaları bakımından “karar yeri” ülkesi mahkemelerinin yetkili olduğu anlayışını benimsemiş değildirlere. Gerçekten de az sayıda da olsa bazı başka ülke hukukları²⁴, hakem kararının verildiği ülkenin hangisi olduğuna veyahut da tahkim yargılamasında uygulanan usul hukukunun hangi ülkeye ait olduğuna bakılmaksızın her milletlerarası hakem kararının kendi ülkelerinin mahkemelerince iptal edilebileceğini öngörür. Nihayet, teorik olarak *lex arbitri*’nin karar yeri ülkesi dışında başka bir ülke olabileceğinin kabulü halinde, iptal davasının *lex arbitri*’nin, yani tahkim yargılamasını yöneten “*usul hukukunun ait olduğu ülke mahkemesinde*”²⁵ de açılabilceğinin kabul edilmesi gerektiğini de belirtelim²⁶.

nun, sadece tahkim yerinin bu Kanunun yürürlükte olduğu ülkede bulunması halinde tatbik alanı bulur. Model Kanun’un bu şekilde düzenlenmiş olmasının altında yatan sebep, tahkim yeri ülkesi ile tahkimde uygulanan usul hukukunun ait olduğu ülkenin farklı ülkeler olmasının zorluklara yol açacağı düşüncesi olmuştur; Model Kanunun 1(2) maddesi hakkında açıklamalar için bkz. BROCHES, s. 4 vd..

²⁴ Konuyu ele alan müelliflerden *Gharavi*, 2002 yılında basılmış kitabında *Suudi Arabistan, Endonezya, Tanzanya ve Kenya* hukuklarına göre, bu ülke mahkemelerinin, “karar yeri ülkesinin” neresi olduğuna bakılmaksızın dünyanın tüm ülkelerinde verilmiş hakem kararlarının iptali bakımından yetkili sayıldığını belirtmektedir; GHARAVI, s. 21 vd.. Aynı konuyu ele alan *Nienaber* ise, yine 2002 tarihli kitabında, *Mısır, Umman ve Tunus*’ta, milli mahkemelerin, tahkim yeri yabancı bir ülke olan hakem kararlarını da iptal edebileceklerini belirtilmektedir; bkz. NIENABER, s. 281, 282. *İran*’ın 1997 tarihli olup UN-CITRAL Model Kanunu’ndan esinlenerek hazırlanmış Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda bu Kanun’un uygulama alanını belirleyen bir hüküm olmadığı bu nedenle, yabancı ülkelerde verilmiş hakem kararlarının da 1997 tarihli bu Kanun hükümleri çerçevesinde iptalinin mümkün olup olmadığının *İran*’da tartışmalı olduğuna ilişkin bilgi ve konu hakkında *İran* mahkemesi kararları için bkz. ABEDIAN, s. 579 vd.. *Pakistan, Bangladeş ve Endonezya* hukuklarının, milli mahkemelerini, kendi ülkeleri dışında verilmiş hakem kararlarını iptal etme konusunda da yetkili gördükleri konusunda açıklama ve mahkeme kararları için bkz. ABEDIAN, s. 582 vd..

²⁵ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu’nun V (1)(e)maddesinde, hakem kararlarının verildiği ülkenin yanında, hakem yargılaması usulünün tâbi olduğu hukukun ait olduğu ülkede de iptal edilebileceğinin düzenlediği ve bu ülkelerden birinde açılan davanın diğerinde açılan davaya etkisinin ne olacağı konusunda bilgi için bkz. EKŞİ, *New-York*, s. 56-57.

²⁶ Bunun için, “tahkim yeri ülkesi” ile “tahkimde tatbik edilen usul hukuku-

Bir hakem kararının iptali için yetkili millî mahkemeye başvurulduğunda, bu mahkeme, hakem kararını, kendi ülkesinin tahkim mevzuatında yer alan kıstaslar²⁷ yönünden kontrol eder. İşte bu kontrol neticesinde mahkeme, ilgili hakem kararının aranan kıstasları karşılamadığı sonucuna varırsa, hakem kararını iptal eder²⁸. Karar yeri Türkiye olan bir milletlerarası hakem kararının iptali talebiyle yetkili Türk mahkemesine başvurulduğunda da, Türk mahkemesi, söz konusu hakem kararını 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A maddesinde sayılan kıstaslar²⁹ yönünden kontrol edecektir. Şayet bu

nun ait olduğu ülkenin" farklı iki ülke olması gerekir. Tahkim yeri ülkesinin, tahkimde usul hukuku tatbik edilen ülkeden farklı olması ise, neredeyse hiç karşılaşılmayan bir durumdur; KAUFMANN-KOHLER, s. 338; NIENABER, s. 278. Bu sebeple, teorik olarak iptal davasının, sadece tahkim yeri ülkesinde değil, aynı zamanda tahkimde tatbik edilen usul hukukunun ait olduğu ülkede de görülebileceğinden söz edilebilecek olsa da, pratik hayatta bunun uygulamasını görmek neredeyse imkânsızdır.

²⁷ Esasen, bugün dünyanın birçok ülkesinin tahkim mevzuatında yer alan ve ülkelerinde verilmiş bir hakem kararının karşılamaması halinde bu kararın iptalinin gerekeceği öngörülen kıstaslar büyük ölçüde birbirinin aynıdır. Zira, UNCITRAL Model Kanunu'nun (bkz. dpn. 17) 34. maddesinde hakem kararlarının iptalini gerektirecek kıstaslar düzenlenmiş olup, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun da kaleme alınması sırasında yararlanılmış olan en önemli kaynaklardan biri olan bu Model Kanun, bugün pek çok ülke tarafından ya doğrudan iktibas edilmiş veya Türkiye'de olduğu gibi diğer ülkelerin de milletlerarası tahkim mevzuatının oluşturulması sırasında önemli bir esin kaynağı teşkil etmiştir.

²⁸ Hakem kararının iptalinin, tahkim davasını kaybeden taraf için önemi konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda dpn. 96 civarı.

²⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu md. 15/A şu hükmü içermektedir:
Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:

1-Başvuruyu yapan taraf;

a)Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu;

b)Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını;

c)Kararın tahkim süresi içinde verilmediğini;

d)Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini;

e)Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını,

kontrol neticesinde Türk mahkemesi karar yeri Türkiye olan hakem kararının 15. maddede öngörülen kıstasları karşılamadığı sonucuna varırsa, hakem kararını iptal eder.

Bir hakem kararının iptal edilmesi durumunda bu “*iptal kararının etkisinin nereye kadar uzanacağı*” konusu ise, milletlerarası tahkimin tartışılmakta olan ve henüz üzerinde mutabakata varılmamış olan meselelerinden biridir. İncelemekte olduğumuz hakem kararlarının mükerrer kontrolü meselesi ile de yakından ilgili olan bu konuyu aşağıda³⁰ ayrı bir başlık altında ele alacak olmakla birlikte, bu noktada sadece şunu belirtmekle yetinelim ki, klasik görüşe göre iptal kararı ülkeyi aşan uluslararası bir etkiye sahipken, bu klasik görüşe karşı çıkanlara göre iptal kararının etkisi verildiği ülkeyle sınırlı olup, yereldir. İşte bu iki görüş arasındaki fark, iptal edilmiş hakem kararlarının kaderini tayin etmektedir. Zira iptal edilmiş bir hakem kararının diğer ülkelerde tenfizinin mümkün olup olmadığı, bu iki görüşten hangisinin kabul edildiğine bağlı olarak belirlenecektir. Klasik görüşe göre iptal edilmiş bir hakem kararının diğer ülkelerde tenfizi mümkün olmazken, diğer görüşe göre, iptal edilmiş olmasına rağmen bir hakem kararının başka ülkelerde tenfizi mümkündür.

C- Hakem Kararının “Tenfiz Davası” Yoluyla Kontrolü

Hakem kararı aleyhine olan taraf bu kararın gereklerini kendi rızasıyla yerine getirmese, hakem kararının cebrî icra organlarınca zor kullanılarak yerine getirilmesi gerekecektir. Böyle bir durumda hakem kararı “*lehine*” olan tarafın hangi ülkenin cebrî icra organlarına başvuracağı, hakem kararı “*aleyhine*” olan tarafın malvarlığının hangi ülkede bulunduğuna bağlı olarak belirlenir. Burada belli başlı şu iki

f)Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu,

g)Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini,
İspat ederse veya,
2-Mahkemece;

a)Hakem veya hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

b)Kararın kamu düzenine aykırı olduğu,
tespit edilirse.

³⁰ Açıklamalar için bkz. aşağıda dpn. 72 civarı.

ihtimal vardır: (1) Hakem kararı aleyhine olan tarafın karar yeri ülkesinde yeterli malvarlığı vardır, bu ihtimalde hakem kararının icrası için, karar yeri ülkesinin icra organlarına başvurulabilir; (2) Hakem kararı aleyhine olan tarafın karar yeri ülkesinde hiç malvarlığı yoktur, ya da yeterli değildir, bu ihtimalde ise, hakem kararı aleyhine olan tarafın malvarlığı hangi ülke (veya ülkelerde) bulunuyorsa, o ülke (veya ülkelerin) icra organlarına başvurulur.

Ne var ki, hakem kararı lehine olan tarafın, elindeki hakem kararı ile doğrudan icra organlarına başvurması, prensip olarak icra organlarını harekete geçirmeyecektir. Zira, millî mahkeme kararlarının verildikleri ülkenin icra organları nezdindeki etkisinden farklı olarak, ticarî tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararları, prensip olarak verildikleri andaki “orijinal halleriyle”, karar yeri ülkesinin (yani yerli sayıldıkları ülkenin³¹) dahi icra organlarını harekete geçirme gücünü içlerinde barındırmazlar³². Bu durum, esas itibarıyla yukarıda sözünü etmiş olduğumuz iki ihtimal bakımından da geçerlidir; yani gerek “*karar yeri ülkesinin*” icra organları, gerekse de karar yeri ülkesi dışında “*diğer bir ülkenin*” icra organları, prensip olarak, kendilerine tahkim yargılaması neticesinde verildiği haliyle ibraz edilen bir hakem kararına istinaden harekete geçmezler.

Bir hakem kararının, “yerli” sayıldığı ülkede dahi icra organlarını harekete geçirebilmesi için, genellikle³³ bu ülkenin mahkemelerinin de dahlini gerektirecek bazı kontrol ve işlemlerden geçirilmesi gerekir. Bir hakem kararının “yerli” sayıldığı ülkenin icra organlarını harekete geçirmesi için aşması gereken kontrolün nasıl ve hangi yönlerden yapılacağına ilişkin düzenlemeler ülkeden ülkeye değişir³⁴. Mesela, 4686

³¹ Hakem kararlarının hangi ülke bakımından yerli sayıldıkları konusundaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda dpn. 23 civarı.

³² Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 434, Nr. 10-09.

³³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan tahkim hükümleri içinde hakem kararı hakkında mahkemelerden “icra edilebilirlik” belgesinin alınacağına dair bir hükmün yer alması sonuçları hakkında bkz. BUDAK, 57-58.

³⁴ Bir hakem kararının “yerli” sayıldığı ülkenin icra organlarını harekete geçirebilmesi için, aşması gereken kontrollere ilişkin olarak ülkelerin birbirinden farklı düzenlemeleri bulunduğu hakkında bilgi için bkz. RUBINO-SAMMARTANO, s. 910.907-909; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 433, Nr. 10-08.

sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/B maddesi, asliye hukuk mahkemesince verilecek “hakem kararının icra edilebilir” olduğuna ilişkin belgeden söz etmektedir. 4686 sayılı Kanun’un 15/B maddesi uyarınca hakem kararının “icra edilebilir” olduğuna dair belgenin verilebilmesi için, yetkili asliye hukuk hâkiminin hakem kararını belirli yönlerden kontrole tâbi tutması gerekir. Söz konusu 15/B madde hükmü uyarınca, hakkında “icra edilebilir” olduğuna dair belge verilmesi istenen hakem kararı, hâkim tarafından re’sen dikkate alınması gereken iptal sebepleri yönünden, yani “hakem kararına konu uyuşmazlığın tahkime elverişliliği” ve “kamu düzenine aykırı olmaması” yönlerinden kontrol edilmelidir. Kanaatimizce³⁵ Türkiye’de verilmiş milletlerarası nitelikli bir hakem kararı ancak yetkili asliye hukuk mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek bu kontrol neticesinde verilecek “icra edilebilir olduğuna dair belge” ile Türk icra organlarınca yürütülecek takip işlemlerine konu olabilecektir.

Pek çok ülkenin hukuk düzenlemesi uyarınca, bir hakem kararının “yerli” sayıldığı ülkenin icra organlarınca yürütülecek takip işlemlerine konu olabilmesi için hemen yukarıdaki paragrafta sözünü ettiğimiz gibi mahkemelerce yürütülecek bir takım kontrollerden geçirilmesi zorunluysa, bir hakem kararının “yabancı” sayıldığı bir ülkede bu ülkenin mahkemelerinin kontrolünden geçirilip “kesin hüküm” kuvvetinin bu yabancı ülkeye teşmili sağlanmadan, yani hakkında “tenfiz” kararı verilmeden, bu yabancı ülkede takip işlemlerine konu olamayacağı açıktır. Nitekim, genellikle³⁶, tenfiz davası sırasında “yabancı” hakem

³⁵ Gerçi -mülga 1086 sayılı HUMK’un 536. maddesinden (ayrıntılı bilgi için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 130 vd..) farklı olarak- 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/B maddesinin lafzı, mahkemece “hakem kararının icra edilebilir” olduğuna ilişkin belgenin verilmiş olunmasının, bu hakem kararına istinaden cebri icra organlarının takip işlemlerine başlayabilmelerinin öncelikli şartı olduğunu açıkça belirten bir ifade içermemektedir; ancak madde metninden anlaşılması gerekenin, mahkeme tarafından verilmiş “hakem kararının icra edilebilir” olduğuna dair belge olmadan, “yerel” sayılan milletlerarası hakem kararları hakkında cebri icra organlarının takip işlemlerine girişemeyecekleri yönünde olması gerektiği düşüncesindeyiz.

³⁶ Buna mukabil, UNCITRAL Model Kanunu farklı bir düzenleme getirmiştir. UNCITRAL Model Kanunu’nun 36. maddesinde, yerli ve yabancı hakem kararı ayırımı yapılmaksızın, milletlerarası nitelikli bir hakem kararının icra organlarını takip işlemlerini başlatmaya sevk edebilmesi için, öncelikle bu hakem kararı hakkında icra organlarına başvurulacak ülkenin mahkemele-

kararları, “yerli” sayılan hakem kararlarının takip işlemlerine konu olabilmeleri için tâbi tutuldukları kontrole kıyasla çok daha teferruatlı bir kontrolden geçirilirler.

Bir hakem kararının “yabancı” sayıldığı ülkenin icra organlarını harekete geçirebilmesi için evvela bu hakem kararında lehine hükmedilmiş olan tarafın, bu ülkenin mahkemelerine başvurup “tenfiz davası³⁷” açması gerekir. Hakem kararının “*yabancı*” sayıldığı ülkenin mahkemesi hakem kararını belirli kıstaslar yönünden kontrol edip hakem kararı hakkında “tenfiz kararı” verirse, söz konusu hakem kararı hakkında o ülkede takip işlemlerine başlanabilir. Günümüzde dünyanın hemen her ülkesi “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New-York Konvansiyonu’na³⁸ (New York Konvansiyonu)” taraf olduğundan³⁹ bugün, yabancı hakem kararları, prensip olarak dünyanın her ülkesinde tenfiz davası sırasında sadece New-York Konvansiyon’unun öngördüğü kıstaslar⁴⁰ yönünden kontrol edilirler.

rince tenfiz kararı verilmesi gerektiği düzenlenmektedir. UNCITRAL Model Kanunu’nun hakem kararlarının icra takibine konu olabilmesi için aranacak kıstaslar bakımından yerli hakem kararları ile yabancı hakem kararları arasında ayırım yapmıyor oluşunun eleştirisi için bkz. BROCHES, s. 211 vd..

³⁷ Tenfiz davasının Türkiye’deki tarihi gelişimi için bkz. NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 53-54; Turgut KALPSÜZ, Türk Hakem Kararı Kavramı II. Tahkim Haftası-Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Bildiriler Tartışmalar, Ankara 1984, s. 43 (NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL, s. 53’den naklen).

³⁸ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun No. 3731, Kabul Tarihi 8.5.1991 (RG. 21.5.1991/20877).

³⁹ Taraf ülkelerin listesi için bkz. çevrimiçi «www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html»

⁴⁰ New York Konvansiyonu’nun V. maddesinde, tenfizi ret sebepleri sıralanmıştır. Madde hükmünün Türkçe resmî tercümesi şu şekildedir: Madde V- 1 Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafın talebi sebketmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin selahiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz;

a)II. maddede derpiş olunan anlaşmayı (*tahkim anlaşması*) akteden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetli olur yahut da mezkûr anlaşma taraflarca tâbi kılındığı kanuna ve bapta serahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise; veya

b)Aleyhine hakem hükmü dermeyan olunan taraf hakemin tayininden

Yukarıda “iptal davası” hakkında yaptığımız açıklamalarımızda, iptal davası neticesinde verilen bir iptal kararının etkisinin nereye kadar uzandığı konusunun tartışmalı olduğunu, ancak klasik görüşe göre, iptal kararlarının ülkeyi aşan, uluslararası etkilerinin olduğunun kabul edildiğinden söz etmiştik⁴¹. Tenfiz davaları neticesinde verilen “tenfiz” veyahut da “tenfizi ret” kararlarının etkisinin nereye kadar uzanacağı konusunda ise herhangi bir tartışma yoktur. Bir “tenfiz” veya “tenfizi ret” kararının etkisinin, sadece verildiği ülkeyle sınırlı olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Şu halde, bir ülke mahkemesi bir hakem kararının tenfizi talebini reddedecek olsa dahi, bu ret kararı, hakem kararının bağlayıcılığı üzerinde herhangi bir olumsuz rol oynamaz; hakem kararı lehine olan taraf başka bir ülke mahkemesine gidip o mahkemeden tenfiz talebinde bulunabilir (*exequatur shopping*)⁴².

veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkânını elde edememiş bulunur ise, veya

c) Hakem kararı hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir ihtilafa müteallik olur yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şumulünü aşan hükümleri muhtevi bulunursa; bununla beraber hakem kararının hakemliğe tâbi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerden tefrik edilebilecek durumda ise bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir, yahut

d) Hakem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine ve mukavelede sarahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu hükümlerine uygun değilse; yahut

e) Hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye olmamış (*bağlayıcılık kazanmamış*) olur veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tâbi olduğu kanun bakımından selâhiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa.

2. Hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin selâhiyetli makamı tarafından aşağıdaki hallerin mevcudiyeti müşahade edilecek olursa, tanıma ve icra talebi kezalik reddolunabilir.

a) Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilâf mevzuununun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması; veya

b) Hakem kararının tanınma ve icrasının mezkûr memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması.

⁴¹ Bkz. yukarıda dñn. 30 civarı.

⁴² Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. HONSELL/VOGT/SCHNYDER-Patocchi/Jermini, s. 618, para. 56.

II- Hakem Kararlarının Kontrolü Mekanizmasının Aksayan Yönleri

A- İptal ve Tenfiz Davasında Dikkate Alınan Hususların Aynı Oluşu

İptal davası ile tenfiz davası birbirinden bütünüyle farklı⁴³ hatta birbirine zıt maksatlarla açılan iki ayrı davadır. “İptal davası” hakem kararının hukuk sahasından yok edilmesi, ortadan kaldırılması için açılan bir dava iken, “tenfiz davası”, tam tersine, hakem kararının kesin hüküm kuvvetinin yabancı ülkelerce de kabulü, bunun da ötesinde hakem kararının gereğinin ilgili yabancı ülkenin icra organlarınca devlet zoruyla yerine getirilmesinin sağlanması için açılan bir davadır. Her ne kadar New York Konvansiyonu’nun VI. maddesi uyarınca, bir hakem kararı hakkında hem iptal davası hem de tenfiz davası açılmışsa, tenfiz hâkimi karar vermek için tahkim yeri ülkesinde görülen iptal davasının sonuçlanması bekleyebilirse de, bu yönde karar verip vermeme, tenfiz hâkiminin takdirindedir. Uygulamada, hakem kararı hakkında tenfiz kararının verilmesinin iptal davasının sonuçlanmasına dek ertelenmesi yolundaki talepler, tenfiz mahkemeleri tarafından pek çok kez reddedilmiştir.⁴⁴ Şu halde, tenfiz mahkemesi hâkiminin takdir hakkını bu yönde kullanması halinde, bir hakem kararının iptali için açılmış dava ile aynı hakem kararının tenfizi için açılmış davanın farklı ülke mahkemelerinde aynı zaman dilimi içerisinde birbirine paralel biçimde yürütülmeleri dahi mümkündür.

İptal davası ile tenfiz davası arasında, bu davaları görece mahkemelerin buldukları ülke bakımından da fark vardır. Şöyle ki, iptal davası prensip olarak⁴⁵ sadece hakem kararının “yerli” sayıldığı ülke olan karar yeri ülkesi mahkemesinde görülebilecek bir davadır; tenfiz davası ise, hakem kararının icra organları vasıtasıyla yerine getirilmesinin istendiği ve genellikle⁴⁶ hakem kararının “yabancı” sayıldığı ülke

⁴³ SCHWAB/WALTER, s. 211, parag. 23, s. 232, parag. 5.

⁴⁴ Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve ayrı ayrı ülkelerin yaklaşımı için bkz. PORT /SIMONOFF/BOWERS, Article VI, s. 415- 441.

⁴⁵ Bkz. yukarıda dpn. 18 civarı.

⁴⁶ UNCITRAL Model Kanunu uyarınca, bir hakem kararının “yerli” sayıldığı “karar yeri ülkesinde” dahi, bu ülkenin icra organlarını harekete geçirebilmesi (bkz. yukarıda dpn. 34 civarı) için bu hakem kararı hakkında “karar yeri

(veya ülkelerin) mahkemelerinde görülecek bir davadır. Karar yeri ülkesi dışında bulunan tenfiz mahkemeleri, bir hakem kararını prensip olarak⁴⁷ iptal edemezler, tenfiz mahkemeleri sadece tenfiz için aranan şartların gerçekleşmemiş olduğunu tespit ettiklerinde hakem kararını tenfiz etmeme yetkisine sahiptirler.

Birbirinden böylesine farklı maksatlarla, farklı ülkelerin mahkemelerinde açılan bu iki davada mahkemelerin yaptıkları incelemenin kapsamına göz attığımızda ise, her iki davada da mahkemelerin dik-kate aldıkları kıstasların neredeyse birebir aynı olduklarını görürüz. Gerçekten de, UNCITRAL Model Kanunu'ndaki iptal sebepleri ile New York Konvansiyonu'nda yer alan tenfizi ret sebeplerini kıyasladığımızda da, bunların neredeyse⁴⁸ birebir örtüştüğünü görürüz. UNCITRAL Model Kanunu'nda yer alan iptal sebepleri ile New-York Konvansiyonu'nda yer alan tenfizi ret sebeplerinin bu benzerliği ise tesadüften ibaret bir durum değildir; bilakis, UNCITRAL Model Kanunu'nu hazırlayanlar iptal sebeplerinin tenfizi ret sebeplerine benzemesi için bilhassa gayret sarf etmişlerdir⁴⁹. UNCITRAL Model Kanunu'nundan esinlenerek⁵⁰ hazırlanmış olan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'muzda öngörülen iptal sebepleri de (UNCITRAL Model Kanunu'ndaki kadar olmasa da) New York Konvansiyonu'nda öngörülen tenfizi ret sebepleri ile büyük ölçüde örtüşmektedir⁵¹. Aşağıda-

ülkesi" mahkemelerince "tenfiz" kararı verilmesi gerektiği konusunda bilgi için bkz. yukarıda dpn. 36.

⁴⁷ Bkz. dpn. 24 civarı.

⁴⁸ UNCITRAL Model Kanunu hükümlerini iktibas etmiş bir ülke mahkemesinde görülen bir iptal davası sırasında yapılan inceleme ile New-York Konvansiyonu'na taraf bir ülke mahkemesinde görülen tenfiz davası sırasında yapılan inceleme sırasında hakem kararının kontrol edildiği yönler bakımından fark, "kamu düzeni" ve "tahkime elverişlilik" açısından yapılan kontrolde göze çarpmaktadır. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda dpn. 53 civarı.

⁴⁹ BROCHES, s. 189, dpn. 34.7 ve 34.8 civarı.

⁵⁰ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun UNCITRAL Model Kanunu ve İsviçre milletlerarası tahkim mevzuatından esinlenerek hazırlanmış olduğu hakkında bilgi için diğer müellifler yanında örnek olarak bkz., BOZER, s. 108; AKINCI, *Tahkim*, s. 48.

⁵¹ "... Aslında hakem kararının asliye hukuk mahkemesi tarafından iptal edilebilmesi için aranulan bu sebepler hukukumuzda yabancı değildir. Diğer bir

ki tabloda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun öngördüğü "iptal" sebepleri ile New York Konvansiyonu'nda öngörülen "tenfiz sebepleri kıyaslanmış olup, bu tabloda, birbirinden farklı iki dava olan "iptal" davası ile "tenfiz" davalarında mahkemelerce dikkate alınan kıstasların birbiriyle ne kadar da örtüştüğü gösterilmeye çalışılmıştır.

Birarada Ele Alınmış Şekliyle İPTAL SEBEPLERİ ve TENFİZİ RET SEBEPLERİ (4686 sayılı MTK md. 15/A ve New York Konvansiyonu md. V)	4686 sayılı MTK'ndaki İPTAL SEBEPLERİ Arasında Var Olup Olmadığı	New York Konvansiyonu'ndaki TENFİZİ RET SEBEPLERİ Arasında Var Olup Olmadığı
1 - a - Tahkim anlaşmasının taraflarından biri ehliyetsiz veya b - Tahkim anlaşması geçersiz	VAR (md. 15/A/1/a)	VAR (md. V/1/a)
2 - Savunma Hakları a) hakem tayini veya tahkim yargılamasından gerekli usul çerçevesinde haberdar edilmemek sebebiyle b) Delilleri ikame etme imkânı tanınmaması sebebiyle, ihlâl edilmiş	VAR (Aynı ifade kullanılmış değil, ancak MTK md. 15/A/1(f) ve 15/A/2 (b), New York Konvansiyonunun bu hükmünü karşılamaktadır.	VAR (md. V/1(b))
3 - Hakemlerin seçiminde aranan usule uyulmamış	VAR (md. 15/A/1(b))	VAR (md. V/1(d))
4 - Hakem kararı süresi içinde verilmemiş	VAR (md. 15/A/1(c))	TARTIŞMALI Konvansiyon'un V/1 (d) ve V/2 (b) hükümlerinin MTK'nın bu hükmünü karşıladığı düşünülebilir. ⁵²

anlatımla 4686 sayılı Kanun'un 15. maddesi tam anlamıyla bir yenilik getirmekten uzaktır. ... 1991 yılında onaylanan New York Konvansiyonu'nda sayılan tanıma ve tenfiz engelleri, bu defa iptal sebepleri olarak düzenlenmiştir." EKŞİ, *New York*, s. 30.

⁵² Yargıtay 15. HD.'si 1997 yılında verdiği kararında, İsviçre'de görülmüş olup, tâbi olduğu usul hukukunun Türk hukuku olduğu sonucuna vardığı bir tahkim yargılamasında, Türk hukukunun öngördüğü sürelerle riayet edilmemiş olmasını New York Konvansiyonu'nun V/1(d) hükmüne aykırı bularak, söz konusu hakem kararının tenfizi talebini reddetmiştir. 15. HD.'sinin kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Yearbook of Commercial Arbitration Vol. XXII (1997)*, s. 807. Ayrıca bkz. YKD. (1998), s. 549 vd.. Buna mukabil Alman Mahkemeleri hakem kararının süresi içinde verilmemiş olmasını bir tenfizi ret sebebi olarak kabul etmemişlerdir (bkz. OLG Karlsruhe, *Yearbook of Commercial Arbitration Vol. XXXII (2007)*, s. 342.

5 - Hakemlerin verdiği yetkiye ilişkin karar hukuka aykırı	VAR (md. 15/A/1(d))	VAR (Aynı ifade kullanılmış değil, ancak Konvansiyon'un V/1(a) ve V/1(c) hükümleri MTK'nın bu hükmünü karşılamaktadır).
6 - Hakemlerin, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermiş olmaları	VAR (md. 15/A/1(e))	VAR (md. V/1(c))
7 - Tahkim yargılamasında izlenen usulün, uygulanması aranan usul olmaması	VAR (md. 15/A/1(f))	VAR (md. V/1(d))
8 - Hakem kararının henüz bağlayıcı olmaması veya iptal edilmiş olması	YOK (İptal davasının niteliği gereği böyle bir kıstasın yer almasına imkân yoktur)	VAR (md. V/1(e))
9 - Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemiş olması	VAR (md. 15/A/1(g))	VAR (Aynı ifade kullanılmış değil, ancak Konvansiyon'un V/1/(b) ve V/2(b) hükümleri MTK'nın bu hükmünü karşılamaktadır).
10 - Hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukuku uyarınca tahkime elverişli olmaması	VAR (md.15/A/2 (a))	VAR (md. V/2 (a))
11 - Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması	VAR (md.15/A/2 (b))	VAR (md. V/2 (b))

Bir mahkeme bir hakem kararını kontrol ederken, bu kontrolü ister "iptal davası" sebebiyle yapıyor olsun, isterse de "tenfiz davası" sebebiyle yapıyor olsun, esas itibarıyla birbirinin aynı olan kıstaslar yönünden bir denetim yapacaktır. Bu nedenle, prensip olarak⁵³ aynı hakem kararını aynı titizlikle kontrol eden iki farklı ülkede bulunan iki farklı mahkemeden, bu kontrolü ister iptal davası sebebiyle, isterse de tenfiz davası sebebiyle yapıyor olsunlar, ilgili hakem kararının aranan kıstasları karşılamakta olup olmadığı konusunda aynı karara varmaları beklenir. Mesela, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı veya hakemlerin seçiminde aranan usule uyulmuş olup olunmadığı konularında, bir hakem kararını iptal davası nedeniyle kontrol eden bir millî mahkemenin, aynı hakem kararını tenfiz davası nedeniyle kontrol eden başka bir ülkedeki tenfiz mahkemesi ile aynı sonuca varması beklenir.

Ancak, iki kıstas vardır ki, gerek iptal davaları bakımından dikkate alınacak düzenlemede (mesela MTK md. 15/A) gerekse de tenfiz da-

⁵³ İstisnaî durum için bkz. aşağıda dpn. 54 civarı.

vaları bakımından dikkate alınacak düzenlemede (New York Konvansiyonu md. V.) hemen hemen aynı kelimelerle ifade edilmiş şekilde yer aldıkları halde, davayı gören mahkemenin milliyetine göre, bu iki kıstasın karşılanmış olup olunmadığı sorusu bakımından mahkemelerin farklı sonuçlara varmaları mümkündür. Bu iki kıstastan biri “*tahkime elverişlilik*” kıstası, diğeri ise “*kamu düzenine aykırı olmama*” kıstasıdır. Bu iki kıstas, ülkelerin tahkime ilişkin düzenlemelerinde hakem kararının “*iptali*” sebepleri arasında sıralandığında, yerine getirilmiş olup olunmadıklarının tespitinin, “iptal davasının görüldüğü ülke hukukuna” göre belirleneceği öngörülür. Aynı iki kıstas, “*tenfiz*” sebepleri arasında sıralandığında ise, yerine getirilmiş olup olunmadıklarının tespitinin, “tenfiz davasının görüldüğü ülke hukukuna” göre belirleneceği öngörülür. Mesela, Tükiye’de verilmiş bir milletlerarası hakem kararı aleyhine iptal davası açıldığında, yetkili Türk asliye hukuk mahkemesi söz konusu hakem kararını Türk hukukunun “tahkime elverişlilik” anlayışı çerçevesinde kontrol edecek⁵⁴; ancak aynı hakem kararı tenfiz edilmek üzere yabancı bir ülkede bulunan tenfiz mahkemesi tarafından kontrol edilirken, bu yabancı tenfiz mahkemesi, hakem kararını kendi devletinin “tahkime elverişlilik” anlayışı çerçevesinde kontrol edecektir⁵⁵. İptal davasının görüldüğü devletin “tahkime elverişlilik” konusundaki hukuk anlayışının, tenfiz devletinin “tahkime elverişlilik” konusundaki hukuk anlayışından farklı olması ihtimal dahilinde olduğundan⁵⁶, iki farklı ülkede bulunan mahkemelerin aynı kıstas olan “tahkime elverişlilik” kıstası bakımından farklı sonuçlara varmaları mümkündür. Aynı durum “kamu düzeni” bakımından yapılacak inceleme bakımından geçerlidir. Ancak yine bu noktada belirtmemiz gerekir ki, her ne kadar New York Konvansiyonu, kamu düzeni kıstası bakımından tenfiz ülkesinin hukuk anlayışını esas alan bir düzenleme içeriyorsa da, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında milletlerarası nitelikli hakem kararlarının, millî mahkemelerce, kendi millî hukuk anlayışlarına aykırı oldukları gerekçesi ile tenfizlerinin reddinin yerinde olmadığı; milletlerarası hakem kararlarının tenfizi sırasında mahkemelerce yapılan kontrolün, bu mahkemelerin millî

⁵⁴ Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. HUYSAL, s. 412.

⁵⁵ Diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. HUYSAL, s. 410.

⁵⁶ Tahkime elverişlilik konusunda devletlerin birbirinden farklı anlayışları olduğu konusu hakkında bilgi için bkz. HUYSAL, s. 26 vd.; ÖZEL, s. 51 vd..

hukuk anlayışları çerçevesinde değil, “milletlerarası standartlar” çerçevesinde yapılması gerektiği düşüncesi giderek hâkim olmaktadır⁵⁷.

Hakem kararlarının kontrolü sırasında millî mahkemelerin “kamu düzeni” ve “tahkime elverişlilik” kıstaslarını “milletlerarası standartlar” çerçevesinde değil, tâbi oldukları ülkelerin millî hukuk anlayışları çerçevesinde değerlendirmeleri ihtimalinde, hakem kararını değerlendiren iptal ve tenfiz mahkemelerinin, tâbi oldukları ülkelerin hukuk anlayışlarına bağlı olarak hakem kararı hakkında varacakları sonucun değişiklik arz etmesi zaman zaman mümkün olabilir. Buna mukabil, doktrin ve başta ABD mahkeme kararlarındaki genel eğilime uygun olarak değerlendirmeyi milletlerarası standartlar çerçevesinde yaptıklarında, “*kamu düzeni*” ve “*tahkime elverişlilik*” kıstasları dahil tüm kıstaslar bakımından, hakem kararlarını gerek “iptal” davası gerekse de “tenfiz” davası sırasında kontrol eden mahkemelerin aynı hakem kararını aynı titizlikle incelemeleri halinde, farklı ülkelerde bulunan ve farklı taleplerle açılmış davaları gören mahkemeler olmalarına rağmen, ilgili hakem kararı hakkında esas itibarıyla aynı sonuca varmaları beklenir. İşte iki farklı mahkemenin aynı hakem kararını aynı kıstaslar çerçevesinde değerlendirecek olup, neticede aynı sonuca varacak oldukları gerçeği, milletlerarası hakem kararlarının tekrar tekrar farklı mahkemelerce yürütülen kontrollere tâbi tutulması uygulamasının sorunlu olduğu, hiç değilse usul ekonomisi ile bağdaşmadığı düşüncesini akla getirmektedir.

Gerçi denebilir ki, hiç değilse, karar yeri ülkesi mahkemeleri tarafından iptal edilmiş hakem kararları bakımından bu tekrar tekrar aynı kriterler yönünden hakem kararının kontrolü sorunu yoktur; zira iptal edilmiş bir hakem kararı, hakkında tenfiz kararı verilmesi talebiyle başka bir ülkenin millî mahkemesi önüne getirildiğinde, bu millî mahkeme, hakem kararının iptal edilmiş olduğunu tespit edince, bu hakem kararının diğer tenfiz kriterlerini karşılayıp karşılamadığını da ayrıca kontrol etmeksizin, hakem kararının tenfizi talebini New York Konvansiyonu’nun V/1 (e) maddesi uyarınca reddedebilir. Gerçekten de, New York Konvansiyonu uyarınca tenfizi ret sebeplerinden sadece bir tanesinin varlığı dahi tenfizin reddi için yeterli sayıldığından, tenfiz mahkemesi, karar yeri ülkesi mahkemelerince iptal edilmiş bir hakem kararını diğer tenfizi ret sebepleri yönünden kontrol etmek

⁵⁷ Diğer müellifler yanında bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 408 vd.; AKINCI, *Tenfiz*, s. 162 vd.; ŞİT, s. 165, 167 vd.; ÖZEL, s. 174 vd..

zorunda kalmadan tenfiz talebini reddebilir. İşte bu nedenle denebilir ki, iptal edilmiş hakem kararları bakımından bu makalenin konu ettiği mükerrer kontrol sorunu ile karşılaşılmaz. Her ne kadar bu düşünce bir bakıma doğru olsa da, bu düşünce işaret etmeye çalıştığımız hakem kararlarının tekrar tekrar kontrolü sorunu bakımından tatmin edici bir çözüm içermemektedir. Bu düşünce şu iki sebepten dolayı tatmin edici değildir: (1) Bugünkü milletlerarası tahkim yargılaması uygulamasında hakem kararlarına karşı iptal davası açma eğilimi giderek artmakta⁵⁸ olsa da, bilhassa Fransa ve İsviçre gibi tipik tahkim ülkeleri olarak bilinen ülkelerin millî mahkemelerinin eğilimi, hakem kararlarını ancak çok istisnâî hallerde iptal etmek yönündedir⁵⁹; dolayısıyla iptal davası aşamasından geçen ancak nitecede iptal edilmeyen hakem kararları, hem iptal davası sırasında, hem de tanıma veya tenfiz davası sırasında, aranan tüm kıstaslar yönünden tekrar tekrar millî mahkemelerin kontrolünden geçmektedirler. (2) İptal edilmiş bir hakem kararının başka ülkelerde tenfiz edilmesinin mümkün olmayacağı düşüncesi mutlak kabul gören bir düşünce değildir. Hemen aşağıda da üzerinde duracak olduğumuz üzere, hakem kararlarının iptalinin etkisinin nereye kadar uzandığı konusu, tahkim alanının en tartışmalı konularından birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla, millî mahkemelerin iptal edilmiş hakem kararlarını tenfiz edip etmeme konusundaki yaklaşımları da birbirinden farklıdır⁶⁰; tenfiz mahkemelerinin karar yeri ülkesi mahkemelerince iptal edilmiş hakem kararlarını New York Konvansiyonu'nun V/1(e) hükmü dışında kalan bütün diğer tenfiz kıstasları yönünden kontrol edip iptal edilmiş olmalarına rağmen bu hakem kararları hakkında tenfiz kararı vermeleri ihtimal dahilindedir.

B - Hakem Kararlarının, Haklarında Verilmiş İptal Kararına Rağmen Tenfiz Edilmeleri

1- Mahkeme İctihadı

Her ne kadar New York Konvansiyonu'nun tenfiz taleplerinin reddi sebeplerini sıralayan V/1. maddesinin (e) bendi hükmü uyarınca, bir

⁵⁸ Bkz. yukarıda dpn. 6 civarı.

⁵⁹ JARVIN, s. 366; BURGSTALLER/ROSENBERG, s. 91, 107.

⁶⁰ Farklı ülke mahkemelerinin farklı yaklaşımları hakkında bilgi için bkz. aşağıda dpn. 62 civarı.

hakem kararının tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmiş olması, bu hakem kararının tenfizi talebinin reddi sebebi teşkil ediyorsa da, uygulamada bazı mahkemelerin iptal edilmiş hakem kararlarını tenfiz etmiş oldukları görülmektedir. Üstelik bu mahkemeler, iptal edilmiş hakem kararlarını tenfiz ederken, New York Konvansiyonu'nun hükümlerine dayanmışlardır.

Hakem kararlarını iptal edilmiş olunmalarına rağmen tenfiz eden mahkemelerin en sık dayandıkları gerekçe, New York Konvansiyonu'nun VII/1. maddesi olmuştur. New York Konvansiyonu'nun VII/1. maddesi hükmü uyarınca, hakem kararının tenfizinin talep edildiği ülkenin millî mevzuatının söz konusu hakem kararının tenfizi konusunda daha elverişli hükümler içermesi halinde, New York Konvansiyonu hükümleri yerine, daha elverişli olan bu mevzuat hükümleri tatbik edilebilir. İşte bu hükme dayanarak, Fransız mahkemeleri, *Norsolor*⁶¹, *Hilmarton*⁶² ve *Chromallory*⁶³ davalarında; ABD mahkemeleri de yine *Chromallory*⁶⁴ davasında, New York Konvansiyonu hükümleri yerine, kendi ülkelerinin mevzuatını tatbik ederek, iptal edilmiş hakem kararlarını tenfiz etmişlerdir.

İptal edilmiş hakem kararlarını tenfiz eden mahkemelerin dayandığı diğer gerekçe de New York Sözleşmesi'nin V/1. maddesinin birinci paragrafı hükmü olmuştur. Her ne kadar hakem kararının iptal edilmiş olması New York Konvansiyonu'nun V/1(e). maddesinde öngörülen tenfizin reddi sebepleri arasında yer alıyor olup, bu madde hükmü ilk bakışta iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz edilmelerinin mümkün olmadığı intibasını uyandırıyor olsa da, Konvansiyon'un bu V. maddesi hükmünün Türkçe metninden anlaşılması mümkün olmayan bir özel-

⁶¹ Cour de cassation, 9 October 1984, Palbak Ticaret Sirketi v. Norsolor, 1985 Rev. Arb., s. 341 vd.. Dava hakkında Türkçe bilgi için bkz. EKŞİ, *New York*, s. 91 vd..

⁶² Cour de cassation, 23 March 1994, Société Hilmarton v. Société OTV, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XIX (1994), s. 655 vd.. Dava hakkında Türkçe bilgi için bkz. EKŞİ, *New York*, s. 99 vd..

⁶³ Cour d'appel of Paris, 14 January 1997, Chromallory Aeroservices Inc. v. The Arab Republic of Egypt, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXII (1997), s. 692 vd.. Dava hakkında Türkçe bilgi için bkz. EKŞİ, *New York*, s. 97 vd..

⁶⁴ In the Matter of the Arbitration of Cerain Controversies Between Chromallory Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt, 939 F. Supp. 907(D.C. Cic.1996). Dava hakkında Türkçe bilgi için bkz. EKŞİ, *New York*, s. 83 vd..

liği bulunmaktadır. Şöyle ki, V/1. maddenin birinci paragrafı hükmünün İngilizce metni aynen tercüme edildiğinde bu hükmün: “Kararın tanınması veya tenfizi reddedilebilir, şayet...⁶⁵” sözleriyle başlayıp ardından 5 bent halinde olası ret sebeplerini sıraladığı görülür. İşte, V/1. maddenin birinci paragrafında geçen reddedilebilir ifadesinin zorunluluk öngören bir ifade olmayıp, hâkime tenfizi reddedip reddetmeme konusunda takdir hakkı tanıyan bir ifade olmasından yola çıkılarak, madde hükmünün, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizini reddetme konusunda bir zorunluluk dayatmadığı sonucuna varılmaktadır⁶⁶. Nitekim, Chromalloy davasında⁶⁷, ABD mahkemeleri, New York Konvansiyonu’nun hem VII/1. maddesine, hem de V/1. maddesinin bu düzenleniş biçimine dayanarak, tahkim yeri ülkesi Mısır olan hakem kararını, Mısır mahkemelerince iptal edilmiş olmasına rağmen tenfiz etmişlerdir⁶⁸.

2- Doktrin

Hemen yukarıdaki başlık altında bazı mahkemelerin New York Konvansiyonu’nun hükümlerinden yola çıkarak, hakem kararlarını, iptal edilmiş olunmalarına rağmen tenfiz ettiklerini belirttik. Bu mahkemelerin iptal edilmiş hakem kararlarını tenfiz ederken dayandıkları madde hükümlerinden New York Konvansiyonu’nun V/1. maddesi hükmünün 1. paragrafının İngilizce metninde geçen “*may be refused (rededible)*”⁶⁹ ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği konusu doktrinde tartışılmış olsa da, bu makalenin kapsamını genişletmek adına bu tartışmalara burada yer vermeyeceğiz. Burada kısaca değinmek istediğimiz düşünceler, New York Konvansiyonu hükümleriyle bağlı olmaksızın, sadece iptal ve tenfiz davalarının kendilerine has özellikleri dikkate alındığında iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizinin mümkün olup olmadığı konusunda doktrinde savunulmuş düşüncelerdir.

⁶⁵ New York Konvansiyonu’nun söz konusu V. maddesinin İngilizce metni şu şekildedir: “Recognition and enforcement of the award *may be refused...* if...”

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, *New York*, s. 49 vd.; AKINCI, *Tahkim*, s. 282.

⁶⁷ Bkz. yukarıda dpn. 63.

⁶⁸ Örnek kararlar için bkz. EKŞİ, *New York*, s. 81 vd..

⁶⁹ Bkz. yukarıda dpn. 65 civarı.

Bir hakem kararı hakkında verilmiş iptal kararının etkisinin nereye kadar uzandığı konusu hakkında ileri sürülen farklı görüşlerin⁷⁰ oluştuğu fikir yelpazesinin bir ucunda A. J. Van den Berg tarafından ileri sürülen görüş, diğer ucunda ise Jan Paulsson tarafından ileri sürülen görüş yer almaktadır. A. J. Van den Berg tarafından savunulan ve esasında F.A. Mann'ın geliştirmiş olduğu tahkimin niteliğine ilişkin kazaî teoriye (klasik görüşe⁷¹) dayanan görüşe göre, tahkim yeri ülkesi mahkemelerince verilen iptal kararının etkisi “*erga omnes*” bir etkidir. Van den Berg'in görüşünü müellifin ifade ediş tarzıyla şöyle nakledebiliriz: Bir hakem kararı hakkında iptal kararı verildiğinde, bu hakem kararı “ölür”; bu nedenle iptal edilmiş bir hakem kararı dünyanın hiçbir ülkesinde tenfiz edilemez⁷².

Buna mukabil Jan Paulsson aksi yöndeki görüşünü ortaya koymak için önce şu soruyu sormaktadır⁷³: Tahkim yeri ülkesi mahkemelerince bu ülkenin hukuk anlayışına⁷⁴ ters düştüğü gerekçesi ile iptal edilmiş bir hakem kararı, tenfiz edilmek istendiği ülkenin hukuk anlayışına ters düşecek bir yön içermediği halde, niçin sırf tahkim yeri ülkesi

⁷⁰ Konu hakkında ileri sürülen farklı görüşler hakkında açıklama için ayrıca bkz. EKŞİ, *New York*, s. 71.

⁷¹ Tahkimin niteliği konusunda geliştirilmiş olan klasik teori olan, “kazaî teori” uyarınca, milletlerarası ticarî hakem kararlarının geçerliliği, bağlayıcılığı tahkim yeri hukukuna (lex loci arbitri) tâbidir. Bu anlayış, iptal davası ve etkisi konusunda şu iki sonuca varmaktadır: (1) Bir hakem kararını iptal etme yetkisi münhasıran tahkim yeri mahkemelerine aittir (2) Tahkim yeri mahkemesinin bir hakem kararı hakkında iptal kararı vermesi halinde, bu iptal kararı milletlerarası alanda etki doğuracaktır. Klasik görüşün, iptal davasına yaklaşımını bu şekilde iki ana başlık altında özetleyen yazar için bkz. PETSCHÉ, s. 162. Tahkimin niteliği hakkındaki klasik görüş ve diğer görüşler hakkında Türkçe bilgi için bkz. diğer müellifler yanında örnek olarak, ALANGOYA, s. 41 vd.; ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42 vd..

⁷² Van den BERG, s.182, 191; A. J. van den BERG, *The New York Arbitration Conention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* (1981), s. 355-357 (van den BERG, s. 182, dpn.7'den naklen)

⁷³ PAULSSON, *Delocalisation*, s. 59, PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 368 vd..

⁷⁴ Hakem kararlarının iptali ve tenfizi davalarında milli mahkemelerin “kamu düzeni” ile “tahkime elverişlilik” kıstaslarını tâbi oldukları ülkenin anlayışı çerçevesinde değerlendirdikleri konusundaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda dpn. 54 civarı.

mahkemelerince iptal edilmiş olduğu gerekçesiyle tenfiz edilmesin? Paulsson'a göre uyumsuzlukla irtibatı olmayan sebeplerle (mesela ulaşım kolaylığı veya otellerinin rahatlığı sebebiyle) "karar yeri" ülkesi⁷⁵ olarak seçilmiş bir ülke mahkemesinin, masraflı ve zaman alıcı bir süreç olan tahkim yargılaması süreci neticesinde verilmiş bir hakem kararını iptal etmesi ve bu iptal kararı nedeniyle söz konusu hakem kararının hiçbir ülkede tenfiz edilemeyecek olması, tahkim davasının tarafları üzerinde derin bir şok etkisi ve aldatılmışlık duygusu yaratır⁷⁶. Yine Paulsson'a göre, bir hakem kararı esas itibarıyla *icra edileceği ülkede bulunan tenfiz mahkemelerince* kontrol edilmelidir; bu nedenle tenfiz mahkemeleri, hakem kararlarını, "karar yeri" ülkesi (tahkim yeri ülkesi) mahkemelerinin hakem kararları hakkında (iptal davası yoluyla) yaptıkları kontrolün sonuçlarını dikkate almadan ele alabilmelidirler⁷⁷. Neticede Paulsson'un görüşü doğrultusunda hareket edildiğinde, iptal davasından ziyade, tenfiz davasına konsantre olunmalıdır⁷⁸.

3. Cenevre Konvansiyonu

Bir hakem kararının iptal edilmiş olunmasının bu hakem kararının tenfizine engel olup olmadığı, yani tenfiz mahkemelerinin, iptal davasını gören mahkemelerin kararlarını dikkate alıp almadıkları konusu üzerinde durduğumuz bu noktada, 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'ndan söz etmemek, bir eksiklik olur. Türkiye'nin de taraf olduğu⁷⁹ bu Konvansiyon, ele almakta olduğumuz iptal kararlarının tenfiz mahkemelerince dikkate alınıp alınmayacağı sorusunu doğrudan ele almaktadır. Ne var ki, bu Konvansiyon'a taraf olan ülkelerin sayısı düşüktür; dahası milletlerarası ticarî tahkim açısından en önemli ülkeler arasında yer alan İsviçre, İngiltere ve ABD bu Konvansiyon'a taraf değildirler. Dolayısıyla, Konvansiyon'un uygulama alanı dardır. Bu nedenle biz de bu çalışmanın kapsamını genişletmemek adına, uygulama alanı sınırlı bu Konvansiyon'un sadece ele almakta olduğumuz

⁷⁵ "Karar yeri ülkesi" ifadesinin anlamı için bkz. yukarıda dpn. 19.

⁷⁶ PAULSSON, *Delocalisation*, s. 59.

⁷⁷ PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 368 vd.

⁷⁸ RENSMANN, s. 60.

⁷⁹ RG. 23.9.1991- 21000.

iptalin, hakem kararlarının tenfizine etkisi konusu kapsamına giren IX. maddesi hakkında kısa bir bilgi vermekle yetineceğiz.

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun IX. maddesi, “*aynı maddede sayılmış iptal sebeplerinden birine istinaden*” bir âkit devlette iptal edilmiş bir hakem kararının, diğer âkit devletlerde tenfiz edilmeyeceğini düzenlemektedir. 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun konumuz bakımından özelliği, New York Konvansiyonu'ndan farklı olarak bir hakem kararının “iptali sebeplerinin” neler olduğunu açıkça sıralamakta olmasıdır. 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nda sayılmış sınırlı iptal sebeplerinden birine istinaden iptal edilmiş bir hakem kararı, bu Konvansiyon hükümlerini tatbik edecek diğer bir ülkede tenfiz edilmez. Bir hakem kararı Konvansiyon'un IX. maddesinde sıralanmış iptal sebepleri “*dışında*” başka bir sebeple “karar yeri” ülkesi mahkemelerince iptal edilmişse, bu hakem kararının tenfizi, sırf iptal edilmiş olduğu gerekçesiyle reddedilmez. Bu özelliği nedeniyledir ki, doktrinde PARK, Cenevre Konvansiyonu'nu, iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz edilmesine açıkça izin veren bir Sözleşme⁸⁰ ve bu Konvansiyon'un uygulama alanı dahilinde olan hakem kararlarını da, diğer hakem kararlarına kıyasla milletlerarası dolaşım kabiliyeti daha yüksek olan kararlar⁸¹ olarak nitelendirmektedir.

1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun öngördüğü iptal sebepleri ise son derece sınırlıdır. IX. maddede sayılan iptal sebepleri bakımından en dikkat çekici özellik, madde hükmünde “kamu düzenine aykırılığa” bir iptal sebebi olarak yer verilmemiş olunmasıdır.

Avusturya temyiz mahkemesi tarafından verilmiş *Radenska* kararı, 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonu'nun ne şekilde uygulanabileceğini gösteren dikkat çekici bir örnektir. Avusturya mahkemesinin kararına konu olan olayda, Slovenya mahkemeleri tarafından, Slovenya'nın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmiş bir hakem kararı, Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından tenfiz edilmiştir⁸². Bu kararında Avusturya Yüksek Mahkemesi, 1961 tarihli Cenevre

⁸⁰ “*Enforcement of an annulled award ... is mandated by treaty only if the parties are covered by the 1961 European Convention*” PARK, *Controls*, s. 238.

⁸¹ “*Thus, awards rendered in a state that adheres to the 1961 Geneva Convention may occasionally have greater “international currency” than those of other countries, remaining enforceable under the treaty even after annulment by local courts*, PARK, *Controls*, s. 261

⁸² Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. XXIV (1999), s. 919 vd.. Karar hakkında Türkçe bilgi için bkz. EKŞİ, *New York*, s. 111 vd.

Konvansiyonu'nun IX. maddesinde, iptal sebepleri arasında “kamu düzenine aykırılığın” yer almayışına dayanmıştır. Bu kararın dikkat çekici özelliği, tahkim yeri ülkesinin kamu düzenine aykırı olduğu için hakkında iptal kararı verilmiş bir hakem kararının, kamu düzenini ihlâl etmediği diğer bir devlette tenfizinin mümkün olduğunu otaya koymasıdır. “*Radenska*” kararının milletlerarası ticarî tahkim doktrini bakımından önemi, verildiği devlet tarafından iptal edilmiş hakem kararlarının diğer devletlerde tenfizini kabul edilmez bulanların, milletlerarası bir sözleşme olan Cenevre Konvansiyonu hükmüne dayanan bu karara karşı ileri sürebilecekleri bir itiraz noktalarının bulunmayışında yatmaktadır⁸³.

III- Mükerrer Kontrol Neticesinde Ortaya Çıkan Elverişsiz Sonuçlar

Bu noktaya kadar yaptığımız incelemede, hakem kararlarının verildikleri ülke mahkemelerince iptal davası yoluyla “kontrol” edilebildikleri gibi, icra edilmeleri istenen ülkelerin mahkemelerince de tenfiz davası yoluyla “kontrol” tâbi tutuldukları, bu “kontrollerde” mahkemelerce hakem kararlarının hep aynı kıstaslar yönünden denetlendikleri, üstelik bir ülkede yapılan kontrolün diğer ülkelerde bir etkisinin olmayabileceği üzerinde durduk. Aynı hususların farklı ülkelerde bulunan farklı mahkemelerce tekrar tekrar kontrol edilmesinin, masraflı ve zaman alıcı olduğu konusunda şüphe yoktur. Hakem kararlarının tekrar tekrar farklı ülkelerde bulunan mahkemelerce kontrolü sebebiyle ortaya çıkacak “tercüme masrafları⁸⁴” dahi, bu mükerrer kontrolün yol açtığı maddî kaybın yüksekliğine işaret eder.

⁸³ PETSCHÉ, s. 168.

⁸⁴ Milletlerarası tahkim yargılamaları genellikle tahkim yeri devletinde konuşulan lisandan farklı bir lisanda yürütülür. Bu farklı lisan, tahkim sözleşmesinden başlayarak, hakem kararına kadar tahkim yargılamasının her alanına hâkim olur. Günümüzde tahkim yargılaması alanında yaygın olarak kullanılan lisan İngilizce'dir. Bir Türk şirketi ile Alman şirketi arasında çıkan ihtilafın İsviçre Cenevre'de İngilizce'yle yürütülen tahkim davasında yargılandığını ve bu yargılama neticesinde verilen hakem karardan hoşnut olmayan Türk şirketinin, hakem kararının iptali talebiyle Cenevre mahkemelerine başvurduğunu farz edecek olduğumuzda, bu iptal davasının görülebilmesi için tarafların kendi aralarında İngilizce olarak akdetmiş oldukları tahkim sözleşmesi ile İngilizce kaleme alınmış hakem kararının Fransızcaya tercüme edilmesi gerekeceğini görürüz. Türk şirketinin hakem kararını kendiliğinden icra etmemesi üzerine bu kararı Türkiye'de icraya koymak isteyen Alman şirketi ise, bu sefer aynı belgeleri (tahkim sözleşmesi ile hakem kararını) Türkçe'ye tercüme ettirmek zorunda kalacaktır.

Aynı hakem kararının hem iptal davası hem de tenfiz davası yoluyla farklı mahkemelerce kontrol edilmesi sadece maddî kayba değil, işgücü kaybına da neden olmakta ve mahkemelerin meşgul edilmelerine sebep olmaktadır. Bilhassa yukarıda değinmiş olduğumuz üzere, bir hakem kararının iptal edilmiş olduğunun, diğer ülke mahkemele-
rince dikkate alınmadığı, iptal kararına rağmen hakem kararının ten-
fizinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, “karar yeri”
ülkesinde açılan iptal davasının görülmesi için harcanan zaman, para
ve emeğin boşa gitmesi ihtimalinin bulunduğu görülür.

İşte, hakem kararlarının mükerrer kontrolünün yarattığı tüm bu mahzurların giderilebilmesi için doktrinde, belli başlılarını hemen aşağıda ele alacağımız çeşitli öneriler geliştirilmiş, hatta bu önerilerden bazısı, Türkiye de dahil olmak üzere bazı ülkelerin mevzuatında yer bulmuştur⁸⁵.

IV- Elverişsiz Sonuçların Bertaraf Edilmesine Yönelik Öneriler

A - Genel Olarak

Hakem kararlarının iptal ve tenfiz davaları yoluyla farklı mahkeme-
lerce tekrar tekrar kontrol edilmesi usulünün ortaya çıkardığı mah-
zurların bertaraf edilmesine yönelik ileri sürülmüş çeşitli öneriler
bulunmaktadır. Bu makalede bu önerilerden sadece ikisi üzerinde du-
racağız. Burada ele alacağımız önerilerden biri, iptal veya tenfiz da-
valarından birinin kaldırılması önerisi, diğeri de hakem kararlarını
kontrol edecek bir milletlerarası mahkemenin kurulması önerisidir.
Hakem kararlarının mükerrer kontrolü sorununa çare bulabilmek için
geliştirilmiş tüm öneriler içinden ele almak üzere bu iki öneriyi seçmiş
olmamızın altında, bu önerilerin etkinlikleri yatmaktadır. Gerçekten
de ele alacağımız önerilerden birincisi olan iptal veya tenfiz davala-
rından birinin kaldırılması önerisi, uygulamada en çok dikkate alınan
öneri olup, kısmen Türk mevzuatında vücut bulmuştur. Diğer öneri
olan milletlerarası mahkemenin kurulması önerisi ise, ideal olan çözü-
mü içeriyor olduğu düşüncesini uyandırmaktadır.

⁸⁵ Bkz. aşağıda dpn. 102 civarı.

B - İki Kontrolde Birinin Kaldırılması Önerisi:

1 - Genel Olarak

Hakem kararlarının mükerrer kontrolü sorununa günümüz imkânları çerçevesinde bulunabilecek çarelerden birinin, iki davadan, yani iptal veya tenfiz davalarından birinin kaldırılması olduğu düşünülebilir. Bu iki davadan “tenfiz” davasının kaldırılması yolundaki bir önerinin kabul görmesi zor görünmektedir; zira günümüz anlayışı dikkate alındığında, devletlerden, kendi mahkemelerinin kontrolünden geçmemiş bir hakem kararını icra etmeye hazır olmaları, beklenemez⁸⁶. Netice itibarıyla, “tenfiz” davasının kaldırılması önerisi bugün için marjinal bir öneri⁸⁷ olarak kalmaktadır. Bugün doktrinde üzerinde durulan, hatta Türkiye dahil bazı ülkelerin Kanunlarında kısmen de olsa hayata geçirilmiş olan öneri, “iptal” davasının kaldırılması önerisidir.

İptal davasının kaldırılmasını öneren yazarlardan *Fouchard*, iptal davasının “bütünüyle” kaldırılması gerektiğini savunmaktadır. Diğer bazı yazarlar ise, iptal davasının kaldırılması konusunda “*taraf iradelerinin*” dikkate alınması gerektiğini savunmaktadırlar. Aşağıda, bu iki görüş de ayrı ayrı yer vereceğiz.

⁸⁶ NIENABER, s. 276.

⁸⁷ CRAIG tarafından savunulan öneri belirli durumlarda tenfiz davası açma gerekliliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu öneri, tenfiz davasının bütünüyle kaldırılmasını öngörmemektedir; ancak hakem kararına karşı bir iptal davası açılmış olup, iptal talebinin reddolmuş olması halinde, hakem kararı lehine olan tarafın tenfiz davası açmasına gerek olmaksızın, iptal davasının açılabilmesi için yatırılmış teminattan alacağını temin etme imkânı getirilmesini önermektedir. Craig’e göre, tahkim davasında aleyhine hükmedilmiş tarafa, tahkimin yürütüldüğü ülke mahkemelerinde “iptal davası” açma olanağı tanınmalıdır; ancak aleyhine hükmedilmiş tarafın iptal davasını açabilmesi için, öncelikle hakem kararında kendi aleyhine hükmedilen miktar kadar parayı teminat olarak yatırması gerekir; davada aleyhine hükmedilmiş taraf bu parayı teminat olarak gösteremiyorsa, iptal davasını da açamamalıdır. İptal talebinin mahkemece reddedilmesi halinde, tahkim davasında haklı çıkmış olan taraf başka ülkelerde tenfiz davası açma işine girişmeye gerek duymadan, iptal davası açılırken mahkemeye teminat olarak yatırılmış paradan, hakem kararında kendi lehine hükmedilmiş alacağını temin etmelidir. Buna mukabil, tahkim davasında haksız çıkan tarafın iptal talebinin mahkemece kabulü halinde, hakem kararı başka hiçbir ülkede tenfiz edilememelidir; CRAIG, s. 226.

a. İptal Davasının Bütünüyle Kaldırılması Önerisi
(Fouchard'ın Önerisi)

Hakem kararlarına karşı iptal davası açma olanağının “bütünüyle kaldırılıp”, hakem kararlarına karşı “sadece tenfiz davası” açma olanağının muhafaza edilmesi gerektiği düşüncesini savunan *Fouchard'a* göre, hakem kararlarının kontrolü işi, sadece kararın icra edileceği ülkede (veya ülkelerde) bulunan tenfiz mahkemelerine bırakılmalıdır. *Fouchard* konu hakkındaki görüşlerini şöyle ifade etmektedir: “*Hakem kararının tâbi tutulacağı yegâne kontrol, bu hakem kararının tanınması veya tenfizinin talep edileceği ilgili ülkede gerçekleştirilecek kontrol olmalıdır. ... (Bu çözümün) haklılığı şu mantık düzeni içinde açıklanabilir: Niçin icra edileceği ülke olmayan bir ülkenin mahkemeleri bir hakem kararını iptal edebilsin? Ve niçin iptal kararı yurtdışında dikkate alınmayacak olduğu halde, bir hakem kararı hakkında iptal kararı verilsin? Bir millî mahkeme hâkiminin verdiği hükmün yabancı devletlerde nasıl değerlendirilmesi gerektiğini yabancı devletlere dikte etme imkânını veren güncel milletlerarası özel hukuk anlayışının⁸⁸ nihayetinde bir özel hukuk işlemi olan bir işlem hakkında (tahkim kararı hakkında) tatbik alanı bulması makul olmayan bir durum değil midir? Fransız Yargıtayının da belirttiği üzere, bir hakem kararı verildiği ülkenin hukuk düzenine entegre olmaz; tıpkı bir sözleşme gibi, hakem kararının da milliyeti yoktur⁸⁹”.*

⁸⁸ Burada *Fouchard*'ın ifade etmek istediği, mesela verildiği ülkede bozulmuş bir mahkeme kararının yabancı ülkelerde de etki doğuramayacağı veyahut, verildiği ülkede yerine getirilmesine engel bir sebebi olan bir mahkeme kararının yabancı ülkelerde tenfiz edilmeyeceği yolundaki milletlerarası usul hukuku anlayışıdır.

⁸⁹ “... *Le seul contrôle dont [les sentences arbitrales] seraient l'objet aurait lieu lors d'une demande de reconnaissance et d'exécution dans un pays déterminé... Sa justification ultime est d'ordre logique: pourquoi annuler une sentence si elle n'a pas à être exécutée dans ce pays? Et pourquoi l'annuler si cette annulation n'a pas d'effet à l'étranger? N'est-il pas déraisonnable, en l'état actuel du droit international privé, qu'un juge étatique veuille ou puisse dicter aux autres pays leur attitude à l'égard d'une sentence, qui n'est après tout qu'un acte juridique privé? Comme le disait la Cour de cassation française, une sentence arbitrale n'est pas insérée dans l'ordre juridique de l'Etat sur le territoire duquel elle a été rendue: pas plus qu'un contrat, elle n'a pas de nationalité*”; Ph. Fouchard, La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine, *Rev. Arb* (1997), s. 351-352 (PETSCH, s. 177, dpn. 711'den naklen).

Görüldüğü üzere *Fouchard*, görüşünü desteklemek için iki temel düşünceyi esas almaktadır. Bu düşüncelerden birincisi, yukarıdaki başlıklar altında ele almış olduğumuz konulardan olan, bir hakem kararının iptalinin bu hakem kararının başka ülkelerde tenfizine etkisi olup olmadığı⁹⁰ konusuna ilişkindir. *Fouchard*, bazı ülkelerde (bilhassa *Fouchard*'ın ülkesi olan Fransa'da), tenfiz hâkimlerinin, verildikleri ülkede iptal edilmiş olunmalarına rağmen hakem kararlarını tenfiz ediyor olmalarına işaret ederek, karar yeri mahkemelerince verilmiş bir "iptal kararının" milletlerarası etkisinin bulunmadığını belirtmektedir. *Fouchard*'ın görüşünü desteklemek için ileri sürdüğü diğer düşünce ise, hakem kararlarının, tıpkı iki taraf arasında akdedilmiş bir sözleşme gibi sadece birer özel hukuk işlemi olduğu düşüncesidir.

Fouchard'ın görüşünü desteklemek için ileri sürdüğü bu iki düşüncenin de eleştirilecek yönleri bulunmaktadır. Şöyle ki; millî mahkemelerin bir hakem kararı hakkında verdikleri iptal kararının milletlerarası etkisinin bulunmadığı iddiası, bütünüyle doğru bir iddia değildir. Her ne kadar Fransa gibi bazı ülkelerin mahkemeleri karar yeri ülkesi mahkemelerince iptal edilmiş bir hakem kararını tenfiz ediyor olsalar da⁹¹, birçok başka ülke mahkemeleri, verildiği yer mahkemelerince iptal edilmiş milletlerarası hakem kararlarını tenfiz etmeme eğilimindedirler. Şu halde *Fouchard*'ın "iptal kararlarının" milletlerarası etkisinin bulunmadığı yolunda bir genelleme yapması yerinde değildir. *Fouchard*'ın diğer iddiası ise, tam da tahkim konusunun temel meselesi olan tahkimin hukukî niteliğine⁹² ilişkindir. *Fouchard*, tahkimi, taraflar arasında akdedilmiş bir sözleşmeye benzeterek, tahkimi bütünüyle bir özel hukuk ilişkisi olarak kabul etmektedir. Bu görüşünde *Fouchard*'ın tahkimin niteliği konusunda savunulan görüşlerden "akdî teori"yi benimsediğini anlamaktayız. Halbuki, "akdî teori" tahkimin niteliği konusunda savunulan görüşlerden sadece biri olup, bugüne dek tahkimin niteliği konusunda fikir birliğine varılmış değildir. Birçok ülke hukuku, hâlen tahkimi kazaî nitelikte görüp, tahkime ilişkin düzenlemelerinde "kazaî teori"yi esas almaktadırlar.

⁹⁰ Bir hakem kararının iptalinin, bu hakem kararının tenfizine etkisi konusundaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda dpn. 69 civarı.

⁹¹ Açıklamalarımız için bkz. yukarıda dpn. 61 civarı.

⁹² Tahkimin hukukî niteliği konusunda savunulan çeşitli görüşler hakkında bilgi için bkz. dpn. 71.

b. İptal Davasının Bütünüyle Kaldırılması Yönündeki Uygulama

Hakem kararlarının iptal davası yoluyla kontrolü usulünün “*bütünüyle*” kaldırılması yönündeki uygulama, bir dönem, sınırlı nitelikte bazı davalar bakımından *Malezya*⁹³ ve *Belçika*’da hayata geçirilmiştir. Belçika’da 1985 yılı ile 1998 yılı arasında geçen yaklaşık 14 senelik dönem boyunca, tahkim yeri Belçika olup, dava taraflarının Belçika ile ilişkilerinin hiç bulunmadığı veya zayıf olduğu tahkim davaları neticesinde verilmiş hakem kararlarına karşı Belçika mahkemelerinde iptal davası açma yolu kapatılmıştı⁹⁴. Ancak Belçika’da iptal davasını belirli tahkim davaları bakımından kaldıran düzenleme, 14 sene kadar yürürlükte kaldıktan sonra değiştirilmiştir⁹⁵. Bugün Belçika’da hakem kararlarının iptaline ilişkin yürürlükte olan düzenleme, aynı konuya

⁹³ Malezya’nın bugün yürürlükte olmayan 1952 tarihli Tahkim Kanunu’nun 34(1) maddesi uyarınca, ICSID, UNCITRAL ve Kuala Lumpur Tahkim Merkezi’nde yürütülmüş tahkimler, Malezya’nın 1952 tarihli bu Kanunu’nun uygulama kapsamı dışında kalmaktaydı. Söz konusu bu hükme dayanarak, Malezya mahkemeleri, Kuala Lumpur Tahkim Merkezinde görülen davalar ile UNCITRAL kuralları çerçevesinde yürütülen tahkim davaları neticesinde verilmiş hakem kararları aleyhine açılmış iptal davalarını görmeyi reddetmişlerdir, bilgi için bkz. GHARAVI, s. 27 vd.; KAUFMANN-KOHLER, s. 343.

⁹⁴ 27 Mart 1985 tarihli Kanunla Belçika Muhakeme Kanunu’na eklenen 1717 (4) maddesi, hakem mahkemesi kararına karşı Belçika mahkemelerine iptal talebiyle başvuru imkânını sadece taraflarından en az birinin Belçika’lı olduğu veyahut da yerleşim yeri, işyeri gibi hükümde sayılan Belçika ile ilişkinin bulunduğunu belirleyen irtibat noktalarının var olduğu davalarla sınırlamıştı. Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, tahkim davasının taraflarının Belçika’lı olmaması veya Belçika’da yerleşim yerinin, işyerinin vs. bulunmaması durumunda, tarafların, ilgili hakem kararı aleyhine iptal talebiyle Belçika mahkemelerine başvuramayacakları sonucu çıkmaktaydı. (‘Code Judiciaire’ veya ‘Gerechtelijk Wetboek’ olarak adlandırılan 1972 tarihli Belçika Muhakeme Kanununun 1676 ilâ 1723. maddeleri arasında tahkim düzenlenmektedir). Söz konusu 1717(4) hükmünün İngilizce tercümesi şu şekildeydi: “The courts of Belgium may be seized of a request for annulment only if at least one of the parties to the dispute decided by the arbitral award is either physical person having Belgian nationality or residing in Belgium, or a legal person formed in Belgium or having a branch (une succursale) or some seat of operation (une siege quelconque d’operation) there”. (Bu tercüme metin şu iki makalede yer alan birbirinden farklı tercümelerin metinleri kullanılarak yapılmıştır: PAULSSON, *Belgium*, s. 69; PETSCHKE, s. 163.

⁹⁵ Bkz. «www.jus.uio.no/lm/belgium.code.judicature.1998/landscape.pdf»

ilişkin Türkiye’de yürürlükte olan düzenlemeye (MTK md. 15/A(5) benzer şekilde, belirli davalar bakımından “ *tarafların iradesine bağlı olarak* ” iptal davası açma hakkından feragat edilebileceği yolunda bir hüküm içermektedir.

2. İptal Davasının Bütünüyle Kaldırılması Önerisine Karşı İleri Sürülen Argümanlar

a. Genel Olarak

İptal davasının bütünüyle kaldırılması önerisine karşı ileri sürülen argümanlar, iptal davasının kaldırılmasının gerek tahkim davasını kaybeden “davalı” gerekse de tahkim davasını kaybeden “davacı” açısından elverişsiz sonuçlar doğuracağını ortaya koymaktadır. Bu argümanları, aşağıda “davalı” ve “davacı” açısından ayrı ayrı ele alacağız.

b. Tahkim Davasını Kaybeden “Davalı” Yönünden İptal Davasının Bütünüyle Kaldırılması Önerisine Karşı İleri Sürülen Argümanlar

Hakem kararına karşı iptal davası açma usulünün bütünüyle kaldırılması önerisine karşı ileri sürülen temel argüman, iptal davasının kaldırılmasının “*hakem kararında aleyhine hükmedilmiş davalının*” durumunu daha da zorlaştıracağı olmuştur. Şöyle ki, iptal davası açma imkânının kaldırılması durumunda, hakem kararında aleyhine hükmedilmiş olan davalı, hakem kararının tenfizine karşı itirazlarını, kendisine karşı davacının tenfiz davası açtığı her bir ülke mahkemesinde ayrı ayrı dile getirmek zorunda kalacaktır. Hâlbuki, hakem kararına karşı iptal davası açılması imkânı tanındığında, davayı kaybeden davalı, bir kez açacağı iptal davası neticesinde alacağı iptal kararı ile, söz konusu hakem kararının (iptal edilmiş olunmalarına rağmen hakem kararlarını tenfiz etme eğilimindeki bazı ülkelerde görülen istisnâî uygulamalar dışında⁹⁶) tenfizine baştan⁹⁷ engel olabilecektir⁹⁸. Diğer

⁹⁶ Hakem kararının iptaline ilişkin kararın, bu hakem kararının tenfizine engel olmadığı hakkında açıklama için bkz. yukarıda dpn. 61 civarı.

⁹⁷ Karar yeri mahkemelerince iptal edilmiş bir hakem kararının tenfizi talebinin, diğer tenfizi ret sebeplerinin varlığının araştırılmasına gerek olmadan tenfiz mahkemesince reddedilebileceği konusundaki açıklama için bkz. yukarıda s. 23.

⁹⁸ PARK, *Controls*, s. 231; HERMANN, s. 234; AKINCI, *Tenfiz*, s. 159; NIENA-

yandan iptal kararının hakem kararının tenfizini engelleme özelliği sayesinde tahkim davasını kaybeden davalı, kendisi aleyhine açılmış tenfiz davası nedeniyle alınacak ve uzun bir zaman devam edecek “kredi kartlarının bloke edilmesi, mallarının ihtiyati hacze konu olması⁹⁹” gibi tedbirlerin devamı süresince hayatının pek çok alanında hissedeceği rahatsızlıktan da kurtulmuş olacaktır.

İptal davasının bütünüyle kaldırılması önerisine karşı ileri sürülen bir diğer argüman da, tarafların bilhassa bilerek ve isteyerek tahkim yeri olarak tarafsız bir ülkeyi tercih ettikleri, hakem kararının kontrolü işinin sadece tenfiz mahkemelerine bırakılmasının, bu kontrol işinin tarafsız olması beklenemeyecek bir mahkemeye bırakılması anlamına geleceğidir. İptal davası açma imkânının elinden alınmasıyla, tahkim davasını kaybeden davalının kendi insiyatifıyla bu karara karşı itirazlarını ileri sürme imkânından yoksun bırakılmış olacağı da haklı olarak ileri sürülmektedir. Gerçekten de, tahkim davasını kaybeden davalı hakem kararına karşı itirazlarını ancak tahkim davasını kazanan davacının kendisi aleyhine “tenfiz” davası açması halinde, bu tenfiz davasında ileri sürebilecektir. Başka bir deyişle, tahkim davasını kaybeden davalının kendi aleyhine hüküm içeren hakem kararına karşı itirazlarını ileri sürebilmesi için, kendisi aleyhine bir tenfiz davasının açılmasını beklemesi gerekecektir; yani tahkim davasını kaybeden davalı kendi insiyatifıyla değil, davacının insiyatifıyla ancak itirazlarını ileri sürebilecek duruma sokulmuş olacaktır¹⁰⁰.

*c. Tahkim Davasını Kaybeden “Davacı” Yönünden
İptal Davasının Bütünüyle Kaldırılması Önerisine
Karşı İleri Sürülen Argümanlar*

Hakem kararına karşı iptal davasının kaldırılması ilk bakışta tahkim davasının davacısının lehine olacak bir gelişme gibi görünse de, esasında iptal davasının kaldırılması, tahkim davasını kaybeden davalıya kıyasla tahkim davasını kaybeden “davacı” bakımından daha ağır sonuçlar doğuracaktır. Zira, tahkim davasını kaybeden davacının, hakem kararının iptalini sağlaması hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Tahkim davasını kaybeden davacı, bir dava açmak suretiyle hakem kararına karşı itirazlarını dile getirme imkânından yoksun olacak, hakem

BER, s. 287; PARK, *Safeguarding*, s. 650.

⁹⁹ HERMANN, s. 234.

¹⁰⁰ HERMANN, s. 234; NIENABER s. 287, dpn. 1145.

kararını iptal ettiremeyecek; bu nedenle de hakem kararı kesin hüküm kuvvetine kavuşacaktır. Bu durumun en mahzurlu yönü, hakem kararının kazanacağı kesin hüküm kuvveti nedeniyle, tahkim davasının davacısının, davalı aleyhine yeni bir dava açma imkânından bütünüyle mahrum kalacak¹⁰¹ olmasıdır.

3. İptal Davasının Tahkim Davasının Taraflarının İradesine Bağlı Olarak Kaldırılması Önerisi

İptal davası açma olanağının bütünüyle kaldırılmasının gerek davalı gerekse de davacı bakımından yol açacağı mahzurlu sonuçları yukarıda ele almıştık; ancak diğer yandan hakem kararlarının bugünkü şekliyle mükerrer kontrolünün yarattığı olumsuz sonuçlarının giderilmesinin en kolay yolunun da iptal davasının kaldırılması olduğu da ortadadır. Kıscası, her iki durumda da; yani iptal davasının muhafaza edilmesi durumunda da iptal davasının kaldırılması durumunda da mahzurlu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. İşte birbirinin karşıtı olan ve olumlu yönleri olduğu kadar olumsuz yönleri bulunan bu iki ihtimal bakımından bir orta yolun bulunabilmesi amacıyla, iptal davasının bütünüyle kaldırılması değil de, daha tahkim sözleşmesinin akdedildiği safha kadar erken bir safhada, taraflara, olası bir ihtilaf vukuunda bu ihtilafı çözüme bağlayan hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat etme imkânının tanınması önerilmiştir. Nitekim bu öneri, aralarında Türkiye'nin de dahil olduğu bazı ülkelerin (İsviçre, İsveç, Belçika, Tunus, Fransa) tahkim düzenlemelerinde yer bulmuştur. Gerçekten de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'muzda Türkiye'de yürütülmekte olup, Türkiye ile ilişkisi hiç olmayan veya çok zayıf olan tahkim davaları bakımından, tahkim anlaşmasına konulacak bir beyanla, hakem kararlarına karşı iptal başvurusunda bulunma hakkından feragat etmenin mümkün olduğu yolundaki düzenleme yer almaktadır (MTK, md.15/A/5)¹⁰². İs-

¹⁰¹ PARK, *Controls*, s. 231; JARVIN, s. 369; NIENABER, s. 288, AKINCI, *Tenfiz*, s. 159

¹⁰² 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/5. maddesi şu hükmü içermektedir: "Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler".

viçre¹⁰³, Tunus¹⁰⁴, İsveç¹⁰⁵ ve Belçika¹⁰⁶'nın tahkim düzenlemelerinde de, bu ülkelerde yürütülmekte olup, bu ülkelerle ilişkisi olmayan veya zayıf olan davalar neticesinde verilen hakem kararları bakımından, henüz tahkim sözleşmesinin akdedildiği safhada iptal davasından feragat edilebileceği yolunda düzenlemeler yer almaktadır. 2011 tarihi itibarıyla Fransız Usul Kanunu'nun (Nouveau Code de Procedure Civile (NCPC) 1522. maddesinde yapılan yeni bir değişiklik¹⁰⁷ uyarınca Fransa'da görülmüş milletlerarası nitelikli tahkim davaları neticesinde verilen kararlara karşı iptal davası açma hakkından, taraflar feragat edebilirler. Fransız Usul Kanunu'nda gerçekleştirilmiş olan bu değişiklik ile taraflara tanınan feragat hakkının kapsamının, İsveçre, Belçika ve Türk milletlerarası tahkim düzenlemelerinde öngörülen feragat hakkının kapsamından daha geniş olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten de feragat hakkının tanındığı NCPC'nin 1522. maddesi, İsveçre, Belçika ve Türk milletlerarası tahkim düzenlemelerinden farklı olarak, iptal hakkından feragat edilebilmesi için milletlerarası nitelikteki tahkim davasının Fransa'yla hiç ilişkisi olmayan veya ilişkisi çok zayıf olan bir dava olması şartını aramamış görünmektedir.

C- Hakem Kararlarını Kontrol Edecek Milletlerarası bir Mahkemenin Kurulması Önerisi

Hakem kararlarını kontrol edecek bir milletlerarası mahkemenin (*International Court of Arbitral Appeal*) kurulması önerisi, 1961'li yıllara dayanmaktadır. 1961 yılında gerçekleştirilen ilk milletlerarası tahkim konferansında ortaya atılmış bu öneri¹⁰⁸, zaman içinde unutulmuş, 1993 yılında *Holtzmann* tarafından yeniden ortaya atılmıştır. Hakem kararlarını kontrol edecek bir milletlerarası mahkemenin kurulması önerisi, hakem kararlarının iptal ve tenfiz davaları yoluyla tekrar tekrar kontrolü usulünün mahzurlarını bertaraf etmeye yönelik getiril-

¹⁰³ IPRG Art 192.

¹⁰⁴ Tunus Tahkim Kanunu (md. 78/6). Bu bilgiye ulaştığımız kaynak: PETSCHÉ, s. 164.

¹⁰⁵ 1999 tarihli İsveç Tahkim Kanunu (md. 51). Bkz. «www.chamber.se»

¹⁰⁶ Bkz. yukarıda dpn. 94 civarı.

¹⁰⁷ Decret no: 2011-48 du 13 Janvier 2011.Fransız Usul Kanunu'nda yapılan değişiklik hakkında bilgi için bkz. CARDUCCI, s. 125 vd..

¹⁰⁸ FOUCHARD, s.613.

miş öneriler içinde arzu edilen ideal duruma ulaşılmasını sağlayacak olan öneri olduğundan bugün hukuk doktrininde bu öneriyi destekleyen pek çok yazar bulunmaktadır.¹⁰⁹ Ne var ki, milletlerarası nitelikteki ticarî hakem kararları ile ilgili olarak yapılacak başvuruları millî mahkemeler yerine değerlendirecek böyle bir milletlerarası mahkemenin kurulması ihtimali bugün için uzaktır.

Bu önerinin savunucularının başında yer alan *Holtzmann*'a göre, New-York Konvansiyonu, günümüzün ihtiyaçlarına cevap verme konusunda yetersiz kalmaktadır. Zira, bir hakem kararının New York Konvansiyonu'nun öngördüğü tenfiz kıstaslarını yerine getirmiş olup olmadığının incelenmesi işi, hakem kararlarının icra edilmeleri istenilen ülkelerin millî mahkemelerine bırakılmıştır; bunun mahzuru milletlerarası hakem kararlarının tenfizinin, davayı kaybeden tarafın malvarlığının bulunduğu ülke(lerin) mahkemelerinden isteniyor olup; bu ülke(lerin) genellikle aynı zamanda, davayı kaybeden tarafın yaşadığı ülke olmasından kaynaklanmaktadır. Bir tenfiz mahkemesinin, kendi ülkesinde yaşayan kişiyi korumak gayesiyle tarafsızlığını yitirmesi beklenebilir. Bilhassa, aleyhine tenfiz istenen tarafın bir devlet kuruluşu olması veyahut da hakem kararının icrasının, bu icranın yerine getirileceği devletin millî iktisadî menfaatlerini olumsuz yönde etkileyecek sonuçlar doğurması ihtimalinin bulunduğu durumlarda, tenfiz mahkemelerinin tarafsızlıklarını yitirmeleri ihtimali daha da artar. Tarafsızlıklarını yitirme ihtimalleri yüksek olan tenfiz mahkemelerine New York Konvansiyonu ile hakem kararının kamu düzenlerine aykırı olup olmadığı¹¹⁰ veyahut da tahkime elverişli bir konu hakkında olup olmadığı konusunda karar verip buna göre ilgili hakem kararını tenfiz edip etmeme konusunda takdir hakkının

¹⁰⁹ HOLTZMANN, s. 109 vd.; SCHWEBEL, s. 115 vd.; RUBINO-SAMMARTANO, s. 976; GHARAVI, s. 165 vd.. Esasen yukarıda (dnp. 88 civarı) farklı bir görüşünü aktarmış olduğumuz FOUCHARD da, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi işini üstlenecek bir milletlerarası mahkemenin kurulmasının sorunların gerçek çözümü olacağını belirtmektedir, FOUCHARD, s. 613.

¹¹⁰ Holtzmann'a göre, kurulacak yeni milletlerarası mahkeme, New York Konvansiyonunda yapılması gerekli değişiklikler çerçevesinde hakem kararlarının tanınması veya tenfizine karar vermelidir. Yapılması gerekli bu değişiklikler içinde en önemlisi de, New York Konvansiyonu'nda yer alan, hakem kararının "tenfiz devletin" kamu düzenine aykırı sayılmasını bir tenfiz engeli sayan hükme ilişkin değişikliktir. Holtzmann'a göre, bu hüküm değiştirilerek, "belli bir devletin" kamu düzeninden ziyade, "milletlerarası" kamu düzeninin dikkate alındığı bir düzene kavuşturulması gerekmektedir; HOLTZMANN, s. 113.

tanınmış olunması, *Holtzmann*'a göre milletlerarası tahkimin gelişmesinin önündeki temel engellerdendir¹¹¹.

İşte tenfiz mahkemelerinin tarafsızlıklarını yitirme ihtimalinden kaynaklanan mahzurları bertaraf etmek için, *Holtzmann*'a göre, “*milletlerarası bir mahkeme kurulmalıdır*”. Kurulacak bu mahkeme, günümüzün hakem kararlarının kontrolü mekanizmasının işleyişinde görev alan iki mahkemenin de yerine geçmelidir; yani bu milletlerarası mahkeme, tahkim yerindeki iptal davasını gören mahkemenin yerini alacağı gibi, tenfiz mahkemesinin de yerini almalıdır. *Holtzmann*'a göre kurulması gerekli bu milletlerarası mahkeme, New York Konvansiyonu uyarınca bir hakem kararının tanınması veya tenfizinin mümkün olup olmadığı konusunda karar vermeye münhasıran yetkili mahkeme olmalıdır.

Holtzmann'a göre, bu milletlerarası mahkemenin kararlarına uymayan devletler hakkında yaptırım uygulatma yetkisinin de bulunması gerekir; aksi takdirde bu mahkemenin kurulmasının da anlamı kalmayacaktır. Bu milletlerarası mahkemenin *Holtzmann*'a göre sahip olması gereken kontrol mekanizmasının işleyişi, ICSID tahkimindeki kontrol mekanizmasının işleyişine benzemektedir. Gerçi, ICSID tahkimi neticesinde verilen hakem kararları ICSID'den ayrı bir mahkeme tarafından değil, yine ICSID bünyesi içerisinde, iptali istenen kararı veren tahkim heyetinin hakemlerinden olmayan kişilerden oluşturulan bir ad hoc komisyon tarafından kontrol edilirler (ICSID Konvansiyonu md. 52) ancak, ICSID bünyesinde gerçekleştirilen kontrolün sonuçları, *Holtzmann*'ın kurulmasını önerdiği milletlerarası mahkeme tarafından gerçekleştirilecek kontrolün sonuçlarıyla benzerlik taşımaktadır. Nasıl ki, bir ICSID kararı, ICSID Konvansiyonu'na taraf tüm devletler açısından bağlayıcı olup, tüm bu devletlerde, tenfiz kararı olmasına ihtiyaç olmadan yerine getiriliyorsa¹¹², *Holtzmann*'a göre, ICSID dışında verilmiş milletlerarası nitelikteki ticarî hakem kararları da kurulacak milletlerarası mahkeme tarafından kontrol edilip haklarında iptal kararı verilmesini gerektirecek bir sebebin olmadığı sonucuna varıldığında, bu milletlerarası mahkemeyi kuracak Sözleşme'ye taraf

¹¹¹ HOLTZMANN, s. 110.

¹¹² ICSID Konvansiyonu, md. 54. Ayrıntılı bilgi için diğer müellifler yanında örnek olarak bkz. ŞANLI, *Akitler*, s. 467; EKŞİ, *Tenfiz*, s. 77 vd..

ülkelerde doğrudan icra edilmelidir¹¹³. İşte ancak böyle bir mahkeme, *Holtzmann*'a göre, milletlerarası tahkim alanında öngörülebilirliği ve yeknesaklığı sağlayacaktır.

Holtzmann'ın hakem kararlarını kontrol edecek bir milletlerarası mahkeme kurulması önerisi, başka yazarlarca da desteklenmiştir; bu yazarlar *Holtzmann*'ın görüşüne çeşitli eklemeler yaparak, *Holtzmann*'ın görüşünü geliştirmişlerdir. Mesela, Milletlerarası bir mahkemenin kurulması düşüncesini savunan yazarlardan *Schwebel*'e göre, kurulacak bu milletlerarası mahkemeye, hakem kararlarının tenfizinin veya iptalinin istendiği her durumda değil, sadece hakem kararı lehine olan taraf, hakem kararını tanıtmak veya tenfiz ettirmek isteyip de, hakem kararı aleyhine olan tarafın buna itiraz etmesi durumunda, bu itirazı değerlendirmesi için, hakem kararını tanıtmak veya tenfiz ettirmek isteyen tarafça, başvurulmalıdır¹¹⁴. *Rubino-Sammartano*'ya göre ise, milletlerarası tahkime olan güveni arttırabilmek adına, kurulması arzu edilen bu milletlerarası mahkeme, hakem kararlarını sadece usul yönünden değil, esas yönünden de¹¹⁵ kontrol etmelidir. Yine *Rubino-Sammartano*'ya göre, sırf bir dava taktığı olarak zaman kazanmak amacıyla yönelik yapılacak başvuruların önünü kesmek için, kurulması arzu edilen milletlerarası mahkemeye başvuranlardan, ilgili hakem kararında aleyhlerine hükmedilmiş miktarda parayı yatırmaları talep edilmelidir.

Sonuç

Hakem kararlarının iptal ve tenfiz davaları yoluyla çeşitli defalar aynı yönlerden millî mahkemelerce kontrol edilmesine sebep olan günümüz

¹¹³ Bu niteliklere sahip bir mahkemenin bazı Afrika ülkeleri arasında akdedilmiş bir Konvansiyon ile kurulmuş olduğuna dair bilgi için bkz. aşağıda s. 76.

¹¹⁴ SCHWEBEL, s. 119.

¹¹⁵ Yazar, esasa ilişkin meselelerin tahkim yargılamasında sadece tek bir makam (tahkim heyeti) tarafından ele alınıyor olunmasının, tahkim yargılamasına güveni azalttığını belirterek, hakem kararlarının esas yönünden de kontrol edilmesini teklif etmektedir. Yazar bu teklifini millî mahkemelerin uygulamasına dayandırmaktadır. Şöyle ki, yazarın belirttiği üzere, millî mahkemelerce yürütülen yargılama sisteminde de zaten, mahkeme kararları en az iki dereceli olan bir kontrolden geçirilmektedirler, RUBINO-SAMMARTANO, s. 976.

tahkim yargılaması mekanizmasının ideal bir mekanizma olmadığı açıktır. Millî mahkemelerce hakem kararlarının tekrar tekrar kontrol edilmesine imkân veren bu mekanizmanın sakıncalarının biraz olsun törpülenebilmesi için Türkiye dahil bazı ülkelerin milletlerarası tahkim düzenlemelerinde, tahkim yeri ülkesi ile ilişkisi olmayan hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından feragat edilebileceğine dair hükümlere yer verilmiştir. Ne var ki, hakem kararlarının mükerrer kontrolü sorununun giderilebilmesi için iptal davalarının kaldırılması doktrinde bir çare olarak önerilmişse de, hakem kararlarının mükerrer kontrolü sorunu iptal davalarının kaldırılması ile giderilebilecek kadar çözümü kolay bir sorun değildir. Bilakis, iptal davalarının kaldırılıp hakem kararlarının kontrolü işinin sırf tenfiz mahkemelerine bırakılması, gerek tahkim davasını kaybeden davalının, gerekse de tahkim davasını kaybeden davacının durumunu daha da ağırlaştıracak sonuçlarla karşılaşılmasına neden olacaktır. Nitekim, geçmişte belirli nitelikteki hakem kararlarına karşı iptal davasını açma imkânını bütünüyle kapatmış olan Belçika, bugün bu düzenlemesini değiştirip -dava taraflarının iptal davası açma hakkından feragat ettikleri durumlar saklı kalmak üzere- Belçika'da görülmüş tüm tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarına karşı iptal davası açılmasına imkân tanımıştır.

Hakem kararlarının iptal ve tenfiz davaları yoluyla mükerrer kontrolü sorununun bertaraf edilmesi için getirilen öneriler içinde ideal olanı, hakem kararlarını tek elden kontrol edecek bir milletlerarası mahkemenin kurulması önerisidir. Bu önerinin hayata geçirilmesi şimdilik zor gibi görünse de, imkânsız değildir.

Esasen, kurulması önerilen bu milletlerarası mahkemenin niteliklerine sahip iki milletlerarası mahkeme halihazırda kurulmuştur da; bunlardan biri, yetkisi belli bir bölgeyle sınırlandırılmış bir mahkeme, diğeri ise yetkisi belirli konularla sınırlandırılmış bir mahkemedir. Kurulması önerilen milletlerarası mahkemenin niteliklerine sahip olup, yetkisi belli bir bölgeyle sınırlı olan mahkeme, 1993 yılında 14 Afrika ülkesinin kurmuş olduğu, bugün ise 16 ülkenin taraf olduğu "Afrika'daki Meselelere ilişkin Hukukun Yeknesaklaştırılması Örgütü (Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA))" bünyesindeki mahkemedir. Merkezi Fildişisahili'nde bulunan bu mahkeme, kendi yetki alanında verilmiş hakem kararlarının iptali ve tenfizi hakkında karar vermeye münhasıran

yetkilidir (OHADA Sözleşmesi md. 25). Öte yandan, yetkisi sadece ICSID’de görülmüş yatırım uyuşmazlıkları ile sınırlı olsa da, ICSID Tahkim Merkezi, kurulması önerilen milletlerarası mahkemenin niteliklerine sahip mahkemeye örnek teşkil edebilecek bir diğer mahkemedir.

Bugün için milletlerarası hakem kararlarını tek elden kontrol edecek bir milletlerarası mahkemeyi kuracak milletlerarası bir sözleşmenin akdedilmesi, uzak bir ihtimal gibi görünmektedir. Ancak, hatırlamalıyız ki, bundan daha sadece 25 yıl kadar önce, ICSID Konvansiyonu’nun da bugünkü işlerliğini kazanması ihtimali uzak görünmekteydi. Şu halde kim bilir, belki ileride bir gün elinizdeki bu makalenin yer aldığı derginin o günkü sayısında, milletlerarası nitelikli ticarî hakem kararlarını tek elden kontrol eden “Milletlerarası Mahkemenin” kararlarını ele alan yazılarla karşılaşacaksınız.

Kaynakça

- ALANGOYA, Yavuz; Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- ABEDIAN, Hossein; Judicial Review of Arbitral Awards in International Arbitration, Journal of International Arbitration (2011), s. 553-590
- AKINCI, Ziya; Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994 (Tenfiz).
- AKINCI, Ziya; Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003 (Tahkim).
- Van den BERG, Albert Jan; Enforcement of Arbitral Awards Annuled in Russia, Journal of International Arbitration (2010), s. 179-213.
- BİRSEL, Mahmut/Ali Cem BUDAK; “Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Örneği”, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997.
- BOZER, Ali; Oturum Başkanı sıfatıyla yaptığı konuşma, ICC Türkiye Millî Komitesi Tarafından Düzenlenen Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 5 Kasım 2001.
- BROCHES, Aron; Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Deventer 1990.
- BUDAK, Ali Cem; Yeni Hukuk Muhakemesi Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, s. 31-60.
- BURGSTALLER, Markus/Charles B. ROSENBERG; Challenging International Arbitral Awards: To ICSID or not to ICSID?, Arbitration International (2011), s. 91- 107.
- CARDUCCI, Guido; The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law, Arbitration International (2012), s. 125-157.
- COUTELIER, Loic E.; Annulment and Court Intervention in International Commercial Arbitration (August 2011), çevrimiçi: <<<http://ssrn.com/abstract=1957278>>>.
- CRAIG, William Laurence; Uses and Abuses of Appeal from Awards, Arbitration International, Volume 4, Number 3, July 1998, s. 174-227.

EKŞİ, Nuray; New York Konvansiyonuna Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi, İstanbul 2009 (New York).

EKŞİ, Nuray; ICSID Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası, İstanbul 2009 (Tenfiz).

FOUCHARD, Philippe; Suggestions to Improve the International Efficacy of Arbitral Awards, *yeri*: International Council for Commercial Arbitration Congress series no: 9 (1999) [ed. Albert Jan van den Berg], s. 601-614.

GHARAVI, Hamid G.; The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award, The Hague 2002.

GOMEZ, Mario; International Arbitration: A Case for Delocalisation, 3 Sri Lanka Journal of International Law (1991) s. 61-84.

HERMANN, Gerold; Does The World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?, *Arbitration International* (1999), s. 211-236.

HOLTZMANN, Howard M.; A Task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforeability of Arbitral Awards, *yeri*: The Internationalization of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference [ed: Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V. Veeder], London 1995, s. 109-114.

HONSELL, Heinrich/Nedim Peter VOGT/Anton K. SCHNYDER/ Stephen V. BERTI; International Arbitration in Switzerland, Basel, Geneva, Munich (2000).

HUYSAL, Burak; Milletlerarası Ticarî Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.

JARVIN, Sigvard; To What Extent Are Procedural Decisions of Arbitrators Subject to Court Review?, *yeri*: International Council for Commercial Arbitration Congress series no: 9 (1999) [ed. Albert Jan van den Berg], s. 366-382.

KALPSÜZ, Turgut; Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın no. 436, Ankara 2007.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the Law of the Place of Arbitration, *yeri*: International Council for Commercial Arbitration, Congress series no. 9, s. 336-365.

- LALIVE, Piere; Absolute Finality of Arbitral Awards, *yeri*: Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação- Anõ I-2008, Associação Portuguesa de Arbitragem Ed. Almedia, Coimbra (2009) s. 109-127, çevrimiçi:<<http://www.lalive.ch/data/publications/pla_absolute_finality_arbitral_awards_2008.pdf>>.
- NIENABER, Volker; Die Anerkennung und Vollstreckung im Sitzstaat aufgehobener Schiedssprüche, Frankfurt am Main 2002.
- NOMER, Ergin/Nuray EKŞİ/Günseli ÖZTEKİN-GELGEL; Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt 1, 3. Basi, İstanbul 2008.
- ÖZEL, Sibel; Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafi Meseleleri, İstanbul 2008.
- PARK, Wiliam W.; Judicial Controls in the Arbitral Process, *Arbitration International* (1989), s. 230-279.
- PARK, Wiliam W.; National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Intergrity in International Arbitration *Tulane Law Review*, (1989), Vol. 63, s. 647-710.
- PAULSSON, Jan; Arbitration Unbound: Award Deteched From the Law of Its Country of Origin, *International and Comparative Law Quaterly* (1981), s. 358-387 (Arbitration Unbound).
- PAULSSON, Jan; Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, *International and Comparative Law Quaterly* (1983), s. 53-60 (Delocalisation).
- PAULSSON, Jan; Arbitration Unbound in Belgium, *Arbitration International* (1986) s.68-73 (Belgium).
- PETSCHKE, A. Markus; The Growing Autonomy of International Commercial Arbitration, München 2005.
- PORT, Nicola Christine/Jessica R. SIMONOFF/Scott Ethan BOWERS, Article VI, *yeri*: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, (eds. Herbert Kronke, Patricia Nacimiento, Dirk Otto, Nicola Christine Port, Alphen aan den Rijn, 2010, s. 415- 441.
- REDFERN, Alan/Martin HUNTER/Nigel BLACKABY/Constantine PARTASIDES; Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4. Edition, London 2004.

RENSMANN, Thilo; Anationale Schiedsprüche, Berlin 1997.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro; International Arbitration Law and Practice, 3. Ed. Dodrecht 2001.

SCHLOSSER, Peter; Notwendige Reformen des deutschen Rechts der Schiedsgerichtbarkeit, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1987), s. 492-500.

SCHWAB Karl Heinz/Gerhard WALTER, Schiedsgerichtbarkeit, München 2005.

SCHWEBEL, Stephen M.; The Creation and Operation of an International Court of Arbitral Awards, *yeri*: The Internationalization of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference [ed: Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V. Veeder], London 1995, s. 115- 123.

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

ŞANLI, Cemal; Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, 2011 (Akitler).

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

TEKİNALP, Gülören; Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Anlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi, Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965.

ÜSTÜNDAĞ, Saim; Medenî Yargılama Hukukunda Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 1971.