

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM VE TÜRKİYE

Prof. Dr. Mahmut T. Birsal

Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hukuku Kürsüsü Başkanı
Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Üyesi

ANLATIM DÜZENİ

Giriş

- I — *Milletlerarası ticari tahkimin çağımızdaki önemi*
- II — *Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA)*
- III — *Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı*
- IV — *Yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkındaki New York sözleşmesi*
- V — *Milletlerarası ticari tahkim karşısında Türkiye'nin durumu*
- VI — *Sonuç*

İki bin yıl öncesine ait bir Hakem Kararı, Egemizin hazinelerinden biri sayılabilecek Menderes Magnesia'sının (: Magnesia on the Maender) Pazar yerinde taş bir sütun üzerine hak edilmiş bulunmaktadır.

Pax Romana'nın Akdeniz'de hükümran olduğu zamanlarda, Milad-
dan önce İkinci yüzyılın sonlarına doğru, Roma Senatosu, tarafların mü-
racaatı üzerine, Girit Adasının iki şehir Devleti *Itanos* ile *Hierapytna* arasında
çıkan arazi ihtilâfının çözümlenmesinde arabuluculuk görevini Mende-
res Magnesia Şehrine vermiş; bu şehrin meclis üyelerini hakem tayin
etmiştir.

Hakem kararında, bugün dahi ibret alabileceğimiz ifadeler yer al-
maktadır :

«Barış, tam bir anlayış, samimi arkadaşlık fikirlerinin tuttuğu ışıkla ve ihtilafın devamını önlemek amacıyla, taraflar arasında karşılıklı huzuru ihya edecek bir karar vermeyi arzu etmekteyiz. Tarihin seyri, halen İtanos ve Hierapytna halkları arasında olduğu gibi, zaman zaman, Kan Kardeşleri arasındaki ahengin bozulduğunu, eski bağların gevşediğini, eski düşmanlıkların yeniden su yüzüne çıktığını göstermektedir.....»

Bizler, ihtilafın taraflarından hiç birisi davasını takdimde kısıtlamaya uğramasın diye duruşmaya, kişisel takadımızı göz önünde tutmaksızın, sadece günümüzü değil gecemizin de büyük bir kısmını hasrettik. İddia ve müdafaalar sona erince, takdim edilen görüşleri yazdık.

Doğrudan oylamaya geçerek karar vermeyi uygun mütalâa etmedik; Nesafetin gösterdiği yolda, taraflar arasındaki anlayış ve dostluğun, yenilenmesini arzuladık. Bu sebeple, taraflardan ihtilâflı konular üzerinde iyi niyet kuralları (**ex aequo et bono**) uyarınca uzlaşmalarını ısrarla istedik. Bizim bu arzumuz taraflar arasındaki iflâh olmaz husumet karşısında tasvip görmediğinden **stricto sensu** oylamaya geçtik¹».

Tarihten verdiğimiz bu örnek, Devletler arasındaki ihtilâfların Hakem yoluyla çözümlenmesi ile ilgilidir.

Gerçekten, Milletlerarası Daimî Adalet Divanının 1919 yılında kurulup 1945 yılında Birleşmiş Milletler Antlaşması (md. 92) ile Milletlerarası Adalet Divanı haline dönüşmesinden önce, yani XX. yüzyılın birinci yarısına kadar, bağımsız Devletler arasındaki ihtilâfların çözümüne, eşitlik esaslarına yer veren yapısı itibariyle, Hakemlik müessesesi daha uygun düşmekte idi.

Buna karşılık, XIX. yüzyıl boyunca ve XX. yüzyılın başında Avrupa'da özel Hukuk alanına giren ihtilâfların çözümlenmesinde Hakemlik müessesesi mahkemelerin yanında ikinci derecede bir yol olarak kabul edilmişti. Bu dönemde Hakimler «Tahkim»i kendilerine rakip veya yetkilerine ya da mesleki etkinliklerine tecavüz eder nitelikte bir müessese olarak görmüşlerdir².

Özellikle 1950'den sonra ise, Devletlerarası İhtilâflar Birleşmiş Milletlerin çeşitli organlarında ve Milletlerarası Adalet Divanında ele alınmaya başlanmış, buna karşılık Milletlerarası Özel Hukuk alanı içindeki ekonomik ilişkilerden doğan anlaşmazlıkların çözümlenmesinde Tahkim Müessesesi birinci derecede önem kazanmıştır.

Konu Türkiye bakımından ele alındığında, Tahkimin, özellikle Milletlerarası Ticari ihtilâfları çözümlenmedeki öneminin hâlâ anlaşılmadığı gözlemlenmektedir. Dış satım ve yabancı ülkelere müteahhitlik hizmetleri götürmenin milli ekonomik politika kabul edildiği bu dönemde Milletlerarası Ticari Tahkime yeterince değer verilmemesi, kanaatimizce,

milli menfaatlerimize ters düştüğü kadar, ülkemizin uluslararası saygınlığına da olumsuz etki yapmaktadır.

Bu çalışmamızın amacı, bir taraftan, Milletlerarası Tahkimin dünyadaki yerini ve çağımızdaki gelişimini belirtmek diğer taraftan, Türkiye'nin bu alandaki geri kalmışlığını ortaya koymak suretiyle, Milletlerarası Tahkim Müessesesinin memleketimizde de benimsenmesine ve gelişmesine yardımcı olabilecek hukuk ortamının hazırlanmasına katkıda bulunmaktadır.

Konu aşağıdaki plân içinde incelenmektedir :

- I — Milletlerarası Ticari Tahkimin çağımızdaki önemi,
- II — Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (İCCA).
- III — Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı.
- IV — Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New-York Sözleşmesi
- V — Milletlerarası Ticari Tahkim Karşısında Türkiye'nin durumu.
 - A. Milletlerarası Tahkim ve Yargıtay İçtihatları.
 - B. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New-York Sözleşmesi ve Türkiye
- VI — Sonuç.

I — Milletlerarası Ticari Tahkimin Çağımızdaki Önemi

XX. yüzyılın ikinci yarısında milletlerarası ticaretin daha doğrusu ekonomik ilişkilerin gelişmesi, XIX. Yüzyılın Kara Avrupası devletleri mevzuatı içinde adli yargının yanında ikinci derecede bir yeri olan tahkim müessesesine ayrı bir özellik, hattâ milletlerarası alanda üstünlük kazandırmıştır.

Öyle ki; Helsinki'de toplanan Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansının 1. Ağustos. 1975 tarihli Nihai Belgesinde Milletlerarası Tahkime ayrı bir bölüm ayrılmıştır.

Tahkim başlığını taşıyan bu bölüm aynen şöyledir :

«Katılan Devletler,

Endüstriyel işbirliği için yapılan mal ve hizmet alışverişi ile ilgili sözleşmelerden doğan ihtilâfların adil bir şekilde ve süratle çözümlenmesinin milletlerarası ticaret ve işbirliğinin kolaylaşma ve gelişmesine katkıda bulunacağını göz önünde tutarak,

Bu türlü anlaşmazlıkların çözümlenmesinde tahkim müessesesinin uygun bir araç olduğunu dikkate alarak, özel sözleşmelerle veya ticari sözleşmeler ile endüstriyel işbirliği sözleşmelerine tahkim şartını dahil etmelerini kendi memleketlerindeki kuruluş, ticari işletme ve firmalara tavsiye eder.

Mevcut hükümetlerarası ve tahkim alanındaki diğer anlaşmaları göz önünde tutarak, tahkimle ilgili hükümlerin iki tarafça kabul edilebilecek ve tahkimin üçüncü bir devlet ülkesinde yapılmasına imkân verecek tahkim kurallarına dayanmasını tavsiye eder.»

(«The Participating States

Considering that the prompt and equitable settlement of disputes which may arise from commercial transactions relating to goods and services and contracts for industrial co-operation would contribute to expanding and facilitating trade and co-operation,

Considering that arbitration is an appropriate means of settling such disputes,

Recommend, where appropriate, to organizations, enterprises and firms in their countries, to include arbitration clauses in commercial contracts and industrial co-operation contracts, or in special agreements;

Recommend that the provisions on arbitration should provide for arbitration under a mutually acceptable set of arbitration rules, and permit arbitration in a third country, taking into account existing intergovernmental and other agreements in this field.»).

Özel Hukuk alanına giren Milletlerarası ekonomik ilişkilerden çıkan ihtilafları çözümlenmede tahkimin kazandığı önem iki nedene dayanmaktadır :

1. Özel Hukuk alanındaki ihtilaflara bakacak milletlerarası bir mahkemenin bulunmaması ve tarafların ihtilafı hasım taraf ülkesinin mahkemesinde çözümlenmek istemekten kaçınmaları³.
2. Milli mahkemelere nisbetle tahkim müessesesinin teamül hukuku olarak gelişen Milletlerarası Ticaret Hukuku (: Lex Mercatoria Universalis) ile adalet ve nasafet kurallarını uygulamaya daha yatkın olmaları⁴.

Gerçekten, milletlerarası alanda faaliyet gösteren kişi, şirket ve kurumlar, aralarındaki ekonomik ilişkilerden çıkan ihtilâfların çözümünde milli mevzuatın yetersiz kalmasına karşın tahkim müessesesini bir çare ve çözüm yolu olarak kabul etmişlerdir.

Milletlerarası tahkim müessesesinin kazandığı öneme paralel olarak üç alanda gelişmeler olmuştur⁵ :

1. Tahkim müessesesinin gelişimini izlemek ve hukuk biliminin ışığında müesseseye daha iyi bir işlerlik kazandırmak için yapılan çalışmalar hızlanmış ve değer kazanmıştır.
2. Bir kuruluşun içinde tesbit edilmiş belli tahkim usulü'ne göre icra edilen tahkim (teşkilâtlı hakemlik: Institutional Arbitration) milletlerarası alanda münferit tahkime (teşkilâta bağlı olmayan hakemlik: ad hoc arbitration) tercih edilmeye başlanmıştır.
3. Tahkim müessesesinin milletlerarası düzenlenmesinin Birleşmiş Milletler Konvansiyonları, çok taraflı ve iki taraflı anlaşmalar ile gerçekleştirilmesi yolunda büyük gayret sarf edilmektedir.

Makalenin hacmi bütün bu alanları ayrıntılarıyla incelememize engel olduğundan, sadece, birinci derecede önemli saydığımız ve Türkiye ile ilgili gördüğümüz örnekler üzerinde duracağız. Bu nedenle, aşağıda, birinci alan için Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (: International Council for Commercial Arbitration ICCA), ikinci alan için Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı (: International Chamber of Commerce Court of Arbitration), üçüncü alan için Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve icrası hakkındaki 10. Haziran. 1958 tarihli New York sözleşmesi (: Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) ele alınmıştır.

II — Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyi (ICCA)

Milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan ihtilafların çözüm aracı olarak tahkim müessesesinin dünya çapında kullanılması Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyinin (ICCA) vücut bulmasına neden olmuştur. Bu kuruluş Milletlerarası Ticari Tahkimin yürütülmesi ve gelişmesi için önderlik yapmakta ve milletlerarası kongreler ve ara toplantılarla konuyla ilgilenenler arasında bilimsel forumlar düzenlenmektedir⁶.

Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyinin düzenlediği kongreler ve bunlarda ele alınan konular sırasıyla şunlardır :

—Birinci Milletlerarası Tahkim Kongresi, Paris, 11-13 Mayıs 1961. Ele alınan konular:

- (1) Tahkim şartının ana sözleşmeden ayrılabilirliği ilkesi,
- (2) Tahkim kurallarının yeknesaklığı,
- (3) Milletlerarası bir Tahkim Ofisinin kurulması,
- (4) Devletler ve kamu tüzel kişileriyle Özel Hukuk kişileri arasında Tahkim.

—İkinci Milletlerarası Tahkim Kongresi, Rotterdam, 6-9 Temmuz 1966

Ele alınan konu :

Tahkim müessesesi ve Ortak Pazar

—Üçüncü Milletlerarası Tahkim Kongresi, Venedik, 6-8 Ekim 1969

Ele Alınan konu :

Tahkim örgütleri arasındaki işbirliği

—Dördüncü Milletlerarası Tahkim Kongresi, Moskova, 3-6 Ekim 1972

Ele Alınan konu :

Tahkim ve Endüstriyel, İlmî ve Teknik Gelişmeye yönelik Milletlerarası Ekonomik İşbirliği

—Beşinci Milletlerarası Tahkim Konseyi, New Delhi 7-10 Ocak 1975⁷

Kongrede ana tema olan «Milletlerarası Ticari Tahkimi Geliştirmek» dört çalışma grubu tarafından çeşitli açılardan işlenmiştir :

- (1) Milletlerarası Tahkim için Tip Kurallar,
- (2) Milletlerarası Ticari Tahkimde Delillerin İbrazına ilişkin uygulamalar.
- (3) Devlet ve Devletin hakimiyeti altındaki kuruluşlarla serbest teşebbüsler arasındaki tahkim,
- (4) Sözleşmelerin in'ikat ve icrasına ilişkin problemleri çözme yöntemleri

New Delhi Kongresinde alınan karar uyarınca «Milletlerarası Ticari Tahkim Konseyinin Tahkim Konusundaki araştırmalarının milletlerarası düzeyde yayılmasını sağlayacak bir ana kaynak» olarak bir «Yıllık» (Yearbook) yayınlanmasına 1976 yılından itibaren başlanmıştır. Bu yayının yazı işleri genel yönetmenliğini tanınmış Prof. Pieter Sanders yapmaktadır⁸.

—Altıncı Milletlerarası Tahkim Kongresi 13-16 Mart 1978 tarihleri arasında Mexico City'de yapılmıştır. Bu kongrede ele alınan konular şunlardır :

- Tahkim ve İş Hayatı
- Tahkim ve Mahkemeler
- Tahkim ve Teknoloji.

Mexico City Kongresinde, özellikle teknoloji transferleri konusundaki Kuzey-Güney ilişkilerinde ortaya çıkabilecek ihtilafların Tahkim müessesesi yoluyla nasıl adil çözüm yollarına bağlanabileceği tartışmalarının ağırlık kazandığı anlaşılmaktadır⁹.

III — Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı

Bilindiği üzere, ticaret hayatında sür'at, güven ve sır kavramlarının özel bir yeri vardır. Milletlerarası ekonomik ilişkilerde de taraflar ihtilafa düşünce davalarının güven ve sür'atle, ketumiyet içinde görülmesini isterler. Dünyada bir örgüte bağlı tahkim (: Institutional Arbitration) bütün bu unsurların gereklerini yerine getirmeye elverişli müesseseler olarak gelişmektedir.

Gerçekten, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı, Amerika Ülkeleri Ticari Tahkim Örgütü (: Inter-American Commercial Arbitration «IACA»), Uluslararası Yatırım İhtilaflarını Çözümleme Merkezi (: International Center for the Settlement of Investment Disputes «ICSID»), Zürih, Hamburg, Viyana ve Varşova Ticaret Odaları Hakemlik Merkezleri gibi kuruluşların bu alandaki faaliyetleri hakem yoluyla halledilen ihtilafların sayısını son yirmi yıl içinde önemli ölçüde arttırmış ve tahkim şartı milletlerarası ticari anlaşmazlıkların vazgeçilmez bir unsuru olmuştur.

Teşkilatlanmış tahkim alanında en önemli kuruluşlardan biri şüphesiz merkezi Paris'de olan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanıdır (ICC Court of Arbitration).

1923 yılında Milletlerarası Tahkim Merkezi olarak Milletlerarası Ticaret Odası nezdinde kurulmuş olan bu teşekkül «iş alanında meydana gelen ve uluslararası nitelikte olan anlaşmazlıklara (Tahkim Tüzüğü Hükümleri çerçevesinde) tahkim yoluyla bir çözüm bulmak» için (Tahkim Tüzüğü Madde 1) kurulmuştur.

Divan anlaşmazlığı bizzat karara bağlamaz (Tahkim Tüzüğü Mad.2). Tahkim Kararını, eğer taraflar tayin etmemiş ise, Divan tarafından seçilen hakemler verir ve Divan seçtiği hakemlerin (tek ise hakemin, üç kişilik hakem heyeti ise üçüncü hakemin) tarafların uyuğunda oldukları ülkeler dışında bir ülkeden seçilmesine özen gösterir (Tahkim Tüzüğü Madde 2 fıkra 5).

Tahkim Tüzüğünde, «hakemlerin Karar özgürlüğüne Saygı» gösterileceği ve sadece Tahkim Kararının şekil yönünden Divanın ön incelemesine sunulacağı, açıklıkla belirtilmiştir (Tahkim Tüzüğü mad. 21.).

Divan statüsünde belirtildiği gibi «Tahkim Divanı Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğünün hükümlerinin uygulanmasını sağlamakla görevli olup, bu amaç için gerekli bütün yetkilere sahiptir» (madde 3).

Tahkim Divanı bir başkan, beş başkan yardımcısı, bir genel sekreter ve divan içinden veya dışından olmak üzere Milletlerarası Ticaret Odası Konseyi tarafından seçilen bir kaç teknik Danışmandan ve her Milli Komitece önerilen bir üyeden¹⁴ oluşur (Divan Statüsü Madde 2).

Divan sekreteryasının görevi Tahkim davalarının sür'atle kural olarak altı ay içinde (Tahkim Tüzüğü Madde 18) karara bağlanması bakımından gerekli yazışma ve tebligatları düzenli bir şekilde yürütmekten ibarettir.

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) hakemliğine (CCI Arbitration) başvurmayı isteyen taraflara, MTO uluslararası nitelikteki sözleşmelerine aşağıdaki Tahkim şartını koymalarını tavsiye etmektedir:

«İşbu sözleşmeden doğacak bütün anlaşmazlıklar Milletlerarası Ticaret Odasının Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü hükümlerine göre ve bu hükümler uyarınca tayin edilecek bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır».

«All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.»

Milletlerarası Ticaret Odasının (MTO) önerdiği tahkim şartının bir dava dolayısıyla (Scherk/Alberto Culver Company-417 U.S. 506 1974) geçerli olduğunu tesbit eden Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (United States Supreme Court) bu vesileyle milletlerarası borçlar hukuku sözleşmelerinde yer alan tahkim şartıyla ilgili olarak amaca uygun ilginç bir yoruma da kararında yer vermiştir :

«Ortaya çıkacak ihtilafların çözüm şekli ile uygulanacak hukuku önceden belli eden bir sözleşme hükmü, herhangi bir milletlerarası iş ilişkisinde temel unsur olan düzenlilik ve ileriye görebilmenin hemen hemen vazgeçilmez bir ön koşulu olmaktadır¹¹»

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanınının 1955 tarihli¹² Tüzüğü yeniden düzenlenmiş ve yeni tüzük 1. Haziran. 1975 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir¹³.

Yeni düzenlemenin başlıca amacı, 1955 tarihli Tüzüğün bütün ilkelerini muhafaza ederek, sistemin işlerlik ve sağlamlığını artırmak ve gecikme ve engellemeleri önlemek olmuştur¹⁴.

Gerçekten Tahkim Divanı tarafından organize edilen hakemlikle verilen kararlar, genellikle, ihtilafa düşen taraflarca adil ve tatminkâr bulunmakta ve mahkemece tasdik veya tenfizlerine mahal kalmaksızın yerine getirilmektedir.

Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Tüzüğü hükümlerine göre cereyan eden Tahkim sonucu verilen hakem kararları mahkemelere ibraz edildikleri zaman da çoğunlukla tenfiz ya da tasdik edilerek icralarının gerçekleştiği gözlemlenmektedir.

Bu hususa mukayeseli hukuktan üç örnek vermekle yetiniyoruz :

—İtalyan Yargıtayının 30.Ekim.1946 tarihli Kararı :

«Taraflar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Tüzüğünü yani tamamen kendine özgü bir dizi kuralları içeren Milletlerarası bir düzenlemeyi benimsediklerine göre, hakem kararının irade beyanına eşdeğer olduğu, serbest rızaya ya da borçlar hukuku sözleşmesine müstenit bir hakemliğe yetki verdikleri» anlaşılmaktadır¹⁵.

—New Jersey Federal Bölge Mahkemesininin 12.Mayıs.1976 tarihli kararı :

«..... Bâyilik anlaşmasında MTO Tahkim Şartı kabul edilmiş olduğu cihetle (Batı Almanya uyruklu Davacı) Milletlerarası Ticaret Odasının Tahkim Divanı Tüzüğü hükümleri dairesinde (ICC Rules) Berne'de hakeme başvurdu. (A.B.D. uyruklu Davalı) ise kendisine tebligat yapıldığı halde hakem mahkemesine katılmadı.

.....

Federal Bölge Mahkemesi, Milletlerarası Tahkim Kararına karşı yapılacak itirazların dar yorumla değerlendirilmesi gerektiğini belirterek (:The defences to international awards must be construed narrowly) davalı tarafın hukuka aykırılık (ifraud); kamu düzenini ihlâl (:violation of public policy) ve savunmada bulunmak imkânını elde edememiş bulunmak (:deprivation of due process) iddialarını red etti ve hakem kararını tenfiz etti¹⁶».

IV — Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi

Son yirmi yılda milletlerarası ticarî tahkim konusunda yapılan milletlerarası sözleşme ve model-kuralları henüz bitirilmemiş mozaik bir tabloya benzetebiliriz. Bu günün koşulları içinde, dünya kamuoyu ve iş ortamı, milletlerarası ekonomik ilişkilerden çıkan özel hukuk ihtilaflarının en adil biçimde tahkim müessesesiyle çözümlenebileceği bilincine varmışlar; bu nedenle de milletlerarası örgütler ve ilgili ihtisas kuruluşları milletlerarası tahkim müessesesine daha iyi bir işlerlik kazandırabilmek amacıyla yoğun bir çalışmaya girmişlerdir. Hazırlanan milletlerarası sözleşmeler ve milletlerarası kurallar bütün dünya ulusları tarafından benimsenince bu tablo tamamlanmış olacaktır.

Bu mozaik tablonun belli başlı parçaları şunlardır :

(A) Milletlerarası sözleşmeler :

- Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkında 10.Haziran. 1958 tarihli New York Sözleşmesi (Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards),
- Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi Cenevre, 21.Nisan.1961 (: European Convention on International Commercial Arbitration),
- Devletlerle diğer devletlerin uyrukları arasındaki yatırım ihtilaflarının halli hakkındaki sözleşme, Washington, 18.Mart.1965 (: Convention on the Settlement of Investment disputes between States and Nationals of other States) (I. B. R. D. Convention)^{16a}

B) Milletlerarası Kurallar :

- Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu Tahkim Kuralları (Arbitration Rules of the United Nations Economic Commission for Europe: E. C. E. Rules) (Ocak 1966)

- Asya ve Uzak Doğu için Milletlerarası Ticari Tahkim Kuralları (Economic Commission for Asia and the Far East Rules for International Commercial Arbitration and ECAFE Standards for Conciliation: ECAFE Rules) (Nisan 1966).
- Yatırım İhtilaflarının halliyle ilgili Milletlerarası Merkez Yönetim Konseyi tarafından benimsenen Tahkim Davaları Usul Kuralları (: Rules of Procedure for Arbitration Proceedings adopted by the Administrative Council of the International Center for Settlement of Investment Disputes (I. C. S. I. D. Rules) (Eylül 1967),
- Bunlar arasında Milletlerarası Tahkim mevzuatını benimsemenin ilk adımı, şüphesiz, devletlerce «Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki 10. Haziran. 1958 tarihli New York Sözleşmesinin» tasdik edilmesiyle gerçekleşecektir. 10. Ocak. 1975 tarihli Milletlerarası Tahkim New Delhi Kongresi Kararlarında bu hususa ayrı bir yer verilmiş ve bütün devletlerin New York Sözleşmesine katılmaları için çağrıda bulunulmuştur.

Kongre Kararının, konuyla ilgili kısmı aynen şöyledir¹⁷:

«Birleşmiş Milletlerin Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki 10. Haziran 1958 tarihli Sözleşmesinin Milletlerarası Ticari Tahkimin etkinliğini sağlamada fevkalâde önemli bir rol oynayabileceğine inanarak,

Kongre, anılan Sözleşmeyi henüz onaylamamış veya sözleşmeye girmemiş devletleri «Sözleşmeye katılmak imkânını tekrar mülâhaza etmeye» çağırarak ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kararıyla da (A/Res/3108XXVIII) desteklenen Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu duyurusunu (Nisan 1973) içtenlikle benimser, ve,

Bunun, dünya ticaretinin normal gelişmesini aksatan engellerin ortadan kaldırılması yolunda gayret sarf eden Birleşmiş Milletler faaliyetlerine uygun olacağına inanarak,

Tahkim alanında faal olan bütün kuruluş ve müesseseleri, kendi yetkilerinin azamisini kullanarak 1958 tarihli sözleşmenin bütün dünya devletlerince yaygın olarak kabul edilmesine ve üye devletleri de sözleşmenin uygulanmasını, mümkün olduğu ölçüde mükemmelleştirmeye yönelik gayret göstermeye çağırır».

Aynı çağrı 16. Mart. 1978 tarihli Milletlerarası Tahkim Mexico City Kongresi Kararlarında da tekrarlanmıştır¹⁸.

30. Kasım. 1979 tarihine kadar bu sözleşmeye katılan veya onaylayan devletler şunlardır¹⁹ :

Amerika Birleşik Devletleri (1970), Avusturya (1962), Avustralya (1975), Belçika (1975), Benin (1974), Borswana (1971), Bulgaristan

(1961), Birleşik Krallık (1975), Çekoslovakya (1959), Danimarka (1972), Demokratik Alman Cumhuriyeti (1975), Ekuator (1962), Fas (1959), Federal Alman Cumhuriyeti (1961), Filipinler (1967), Finlandiya (1962), Fransa (1959), Gana (1968), Güney Afrika (1976), Hindistan (1960), Hollanda (1964), İsrail (1959), İsveç (1972), İsviçre (1965), İspanya (1977), İtalya (1969), Japonya (1961), Khmer Cumhuriyeti (1960), Kolombiya (1979), Kore Cumhuriyeti (1973), Küba (1974), Kuveyt (1978), Madagaskar (1962), Macaristan (1962), Meksika (1971), Mısır (1959), Nijer (1964), Nijerya (1970), Norveç (1961), Orta Afrika Cumhuriyeti (1962), Polonya (1961), Romanya (1961), San Marino (1979), S.S.C.B. (Ukranya ve Beyaz Rusya Cumhuriyetleri de ayrıca katılmışlardır.) (1960), Seylan (Sri Lanka) (1962), Suriye (1959), Şili (1975), Tayland (1959), Tanzanya (1964), Trinite ve Tobago (1966), Tunus (1967), Ürdün (1979), Yunanistan (1962),

New York sözleşmesinin amacı, imza koyan devletler arasında milletlerarası Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde yer alan Ticari Tahkim anlaşmalarına yeknesak bir uygulama sağlanmasına ve milletlerarası hakem kararlarının sür'atle tenfiz ve icra edilmelerine yardımcı olmaktadır²⁰.

Bir Japon Mahkemesi kararında (Tokyo İstinaf Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi, 14. Mart. 1963) belirtildiği gibi²¹ bu sözleşmeyi tasdik eden devlet bakımından, sözleşmenin ruhuna uygun yorumla, yabancı hakem kararlarına yerli hakem kararlarıyla eşit muamele yapma yükümlülüğü doğmaktadır.

Amerikan Mahkemeleri de yabancı hakem kararlarının tenfizi istemlerini incelerken 1958 tarihli New York Sözleşmesini uygulamakta ve bu sözleşmenin kamu düzeniyle ilgili sınırlamalarını (madde V fıkra 2) dar anlamda yorumlamaktadırlar.

United States Court of Appeals (: istinaf mahkemesi) tarafından onaylanan 4. Haziran. 1974 tarihli New York Mahkemesi (Eastern District Court) kararında bu konuyla ilgili olarak, aynen şöyle denilmektedir²². :

«Sözleşmenin kamu düzeni ile ilgili sınırlamaları dar anlamda anlaşılır ve yalnızca kaza yetkisi olan (hakem kararını tenfiz eden mahkemenin bağlı bulunduğu devletin (:forum state) temel ahlâk ve adalet kurallarını ihlâl ettiği zaman uygulanır»

İtalya'da Floransa İstinaf Mahkemesi de (Corte di Appello di Firenze) 22. Ekim. 1976 tarihli bir kararında «Grain and Feed Trade Association (GAFTA)» (Hububat ve Gıda Maddeleri Ticaret Birliği) tip sözleşmesindeki tahkim şartına göre Londra'da verilmiş bir hakem kararını 1958

tarihli New York Sözleşmesini uygulayarak tenfiz ederken, İngiliz kanunlarına göre gerekçesiz olarak verilmiş bir hakem kararının İtalyan kamu düzenine aykırı olmadığına hükmetmek suretiyle, İtalyan Kamu Düzenini dar anlamda yorumlamıştır.

Anılan tenfiz kararında kamu düzeninin ihlal edilip edilmediği hususunun kararın gerekçesinde değil hüküm kısmında araştırılması esasına değinildikten sonra aynen şöyle denilmektedir :

«New York Sözleşmesi tahkim kararının gerekçeli olmasını şart koşmamaktadır. Diğer taraftan kararların İtalyan Anayasasına göre gerekçeli olması vakası da önemli değildir; zira İtalyan Usul Hukukunun temel öğeleri yabancı mevzuata ve yabancı karar mercilerine zorla kabul ettirilemez.

Bu nedenle İngiliz Hukukunun tahkim kararlarının gerekçeli olmasını emretmediğini tesbit etmek yeterlidir^{23, 24}».

Hamburg Eyalet İstinaf Mahkemesinin (Oberlandesgericht) 3. Nisan. 1975 tarihli bir kararından Alman Mahkemelerinin de Yabancı hakem kararlarının tenfizinde aynı doğrultuda karar verdikleri gözlemlenmektedir.

Kararda bu hususla ilgili olarak ve mealen şöyle denilmektedir :

«Bununla beraber Alman hukukunun emredici nitelikteki her hükmüne aykırılık, yabancı hakem kararının tenfizi açısından, Alman kamu düzeninin ihlali anlamına gelmez. Sadece, taraflardan biri savlarını yabancı hakem mahkemesine sunmak olanağından yoksun bırakılması gibi aşırı hallerde Alman Hukuk düzeninin temel ilkeleri ihlâl edilmiş olur»²⁵

İsviçre Mahkemeleri de yabancı hakem kararlarını tenfiz ederken daha yumuşak olan milletlerarası kamu düzeni kriterini uygulama eğilimindedirler. Bu nedenle, İsviçre iç hukukunda kamu düzenine aykırı olan hususlar her halde, yapıldığı memleket kanunlarına göre geçerli olan yabancı hakem kararlarının tenfizini olumsuz yönde etkileyemeyecektir (BGE 101 I a 526)²⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi de 5 Mayıs 1976 tarihli bir kararında (Arrêts de Tribunal Fédéral 102 I a 574-583) aynı ilkeyi benimsemiştir²⁷.

«Kamu düzeninin en önemli sonuçlarından biri de olumsuz bir fonksiyona sahip olmasıdır; Şöyle ki İsviçre mevzuatının emredici bir kuralına yabancı hukuk kuralının aykırı olması hali mutlaka aranmaksızın hakime, İsviçre hukuk düzeninin temel ilkelerini ihlâl eden ve İsviçre'de yürürlükte olan genel adalet hissine hoş görülemez biçimde ters düşen yabancı hukuku uygulamamak imkânını verir.

Eğer yabancı hukukun uygulanması, akde vefa (pacta sunt servanda) ilkesine açık bir karşı gelmeyi veya hakkın kötüye kullanılması yasağına ve iyiniyet kuralla-

rina aykırı olmayı içeriyorsa bu durum özellikle İsviçre Kamu düzeni ile bağdaşmaz».

Bu kararlardan anlaşılacağı üzere ekonomik bakımdan gelişmiş ülkelerin mahkemeleri, yabancı hakem kararlarının tenfizinde millî kanunlarının kamu düzeni kurallarını daraltıcı yorumla uygulamakta ve mümkün olduğu ölçüde 1958 tarihli New York Sözleşmesinin sözünden ve özünden çok anlama uygun olarak bunların kendi memleketlerinde tanınması ve icra edilmesi yolunda hükümler tesis etmektedirler.

Esasen doktrinde de; bir devletin iç hukukunun emredici hükümleriyle aynı devletin benimsediği milletlerarası kamu düzeni (ordre public international) kavramını birbirinden ayrılması gereği kabul edilmekte, yalnızca «milletlerarası ticaret ve dayanışmaya öngerelebilecek ölçüde» ciddi bir milli mülahaza millî kanunun uygulanmasını zorunlu kıldığı takdirde o devletin milletlerarası kamu düzeninin ihlâl edilmiş sayılabileceği ifade edilmektedir²⁸.

Bundan 20 yıl önce Buns ve Motulsky'nun tahmin ettikleri gibi milletlerarası ticari tahkim alanında ortaya çıkan «milletlerarası özel hukuk, devletler özel hukukunun» yerini alma yolunda büyük aşamalar kaydetmiş²⁹ ve bu oluşum «Lex Mercatoria Universalis» (: New Merchant Law: Milletlerarası Ticari Hukuku)'ın gelişmesine olanak sağlamıştır.

Bu gelişimde, 1958 tarihli New York Sözleşmesinin pekçok devletin milli mevzuatı içinde yer almasının olumlu katkısı yanında, mahkemelerin yabancı hakem kararlarını tenfiz ederken millî kamu düzeni kavramını dar ölçüler içinde yorumlamalarının büyük yeri olduğu gerçeği de, ayrıca, teslim edilmelidir.

Amerikan Tahkim Birliği Araştırma Enstitüsü Başkanı Donald B. Straus'un UNCITRAL Tahkim Kurallarının tanıtılması vesilesiyle verdiği bir tebliğde (: ICCA's Role in Developing The Uncitral Arbitration Rules and its Future Role in Their Use) belirttiği gibi³⁰, milletlerarası tahkimin başarılı olması aşağıdaki dört ayağa sağlam oturtulmasına bağlıdır :

1. iyi geliştirilmiş tahkim şartı (: arbitration clause)
2. uygulanacak tahkim kuralları (: rules)
3. yetkili mercileri tayin edecek bir düzenin var olması (availability of a network of competent appointing authorities)
4. yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkındaki Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (: the United Nations Convention for

the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) diğ er deyimle 10. Haziran. 1958 tarihli New York Sözleşmesinin uygulanması.

V — Milletlerarası Ticari Tahkim Karşısında Türkiye'nin Durumu

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında bir hüküm mevcut değildir. Uygulamada, mevcut boşluğun Yargıtay İçtihatları ile doldurulmasına (MK. md. 1) gayret edilmiş ise de bu içtihatlar milletlerarası tahkimi geliştirecek yönde gelişmemiştir. Bu günkü uygulamada yabancı hakem kararlarının tenfizi, yabancı ülke mahkemelerinden verilen ilâmların tenfizi müessesesi içinde mütalâa edilmektedir.

Bilindiği gibi HUMK 540. maddesinin birinci bendine göre :

«Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmi ita eden Devlet beyninde Mukabelei Bilmisil esasına müstenit mukavele veya muahede bulunmaması»

halinde, Asliye Mahkemesi Tenfiz talebini red etmeye mecburdur.

Türkiye bugüne kadar, sadece üç devletle Mahkeme Kararlarının karşılıklı tenfizini öngören anlaşma imza etmiş ve bu anlaşmaları bir kanunla tasdik ederek yürürlüğe koymuştur :

- (i) Türkiye ile İtalya arasında «Adli Himaye, Adli makamların Hukuk ve Ceza işlerinde karşılıklı muzaheretini ve Adli kararların tenfizi Mukavelenamesi» Tarih: 19/6/1926 Tasdik eden kanun 16/2/1929 tarihli ve 1394 sayılı kanun, (ilgili maddeleri 22) (Düster III. tertip C. 10 sh. 362).
- (ii) Türkiye ile Avusturya arasında «Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyeye Mütakabil Münasebetlere ve Adli Kararların Tenfizine ait mukavelename» Tarih: 22.6.1930 Tasdik eden kanun 21. 7. 1931 tarihli ve 1865 sayılı kanun (ilgili maddeleri 20) (Düster III. Tertip C. 12 sh. 967) (Bu sözleşme İkinci Dünya Savaşından sonra 17.2.1958 tarihli ve 7082 sayılı kanun ile yeniden yürürlüğe konmuştur.)
- (iii) Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Hükümeti arasında imzalanmış bulunan «Hukuki ve cezai işlerde adli yardım sözleşmesi» Tarih: 25 Kasım 1968 Tas-

dik eden kanun 14/3/1972 tarihli ve 1575 sayılı kanun (ilgili madde 10)

(Resmi Gazete 23.3.1972 sayı: 14137)

Milletlerarası Tahkim'in Türkiye'de ne derecede kısıtlı bir uygulama alanı bulabildiğini, konumuz açısından yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkındaki New York Sözleşmesinin bir an önce kanunla tasdik edilerek ülkemizde de uygulanmasının ne denli önemli olduğunu, bu tesbit, ortaya koymaktadır.

Son bir Yargıtay Kararı (15. Hukuk Dairesinin 10 Mart 1976 tarihli E. 1975/1617, K. 1976/1502 sayılı kararı), bir taraftan Milletlerarası Teşkilâtlı Hakemliğin (: International Institutional Arbitration) en tanınmış ve itibarlı örgütü olan Milletlerarası Ticaret Odası, Tahkim Divanının işleyişini Türk Kamu düzenine aykırı bularak, diğer taraftan, yabancı bir memlekette verilen hakem kararlarını, Tahkim Usulü Türk Kanunlarının yetkisine tabi bulunsa bile, yabancı hakem kararı olarak nitelendirerek, milletlerarası tahkimi Türkiye'ye daha da yabancılaştırmıştır.

Bu bölümde milletlerarası ticari tahkim önce Türk Mahkeme İçtihatları açısından ele alınacak sonra, yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkındaki New York Sözleşmesi Türkiye bakımından değerlendirilecektir.

A — Milletlerarası Tahkim ve Yargıtay İçtihatları

Bu içtihatları üç döneme ayırmak mümkündür :

Birinci dönemde, 1949 yılına kadar Yargıtay Yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme ilâmlarının tenfizi yoluyla değil, Türk hakem kararlarına mahsus hükümler dairesinde icra olunacağı görüşünü benimsemiştir. (YHGK T. 5.1.1930 sayı: 247 YIID K.T. 28.6.1948 E. 2614, K. 2931, aynı dairesinin 4.3.1948 tarih E. 47/6444 K. 114, YTD T. 13.4.1944 1604/42, aynı dairesinin 27.4.1948 E. 4777 K. 2020 sayılı kararları³¹).

İkinci dönemde, 1976 yılına kadar yargıtay kararlarına Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.11.1951 tarihli ve esas/126, karar/109 sayılı, aşağıda metni yazılı kararı ışık tutmuştur :

«Hakemlerin tabiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilemez ise de tahkimnamenin ve esas mukavelenin tâbi olduğu kanun bakımından hakem kararının yabancılık vasfı münakaşa olunabileceğine ve bir hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş ise, o karar yabancı hakem kararı sayılabileceğine, icra mahalli Arjantin olan ve orada tanzim edilen, Türk kanunlarına atıf yapmayan ve tahkim şartını muhtevi mukaveleden doğan

ihtilafın halline dair olan hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğu muhakkak bulunduğu ve HUMK. nun tahkime ait hükümleri şekle taalluku hasebiyle Türk kanunlarının otoritesi altında verilmiş hakem kararlarına münhasır olduğuna ve yabancı hakem kararları, tenfiz usulüne terfikan Türk Kazai mercilerince incelenmek tenfizi lüzumuna karar verilmedikçe Türkiye’de icra olanamayacağına oy çokluğu ile karar verildi³²».

Yargıtay Ticaret Dairesi, bulabildiğimiz kadarıyla bir istisnasıyla³³, bundan sonraki kararlarında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.11.1951 tarihli kararında belirtilen ilkeleri benimsemiş ve muhafaza etmiştir. (YTD. T. 21.1.1952 E. 6330 K. 407, YTD. T. 21.1.1952 E. 6320 K. 955, YTD. T. 18.2.1954, E.487, K.930, YTD. T. 21.5.1954 E.3397 K.4190³⁴)

Bu dönemin kararlarının ana fikri şu surette özetlenebilir :

- (i) Yabancı bir kanun otoritesi altında verilen bir hakem kararı «yabancı hakem kararı» dır. (Akit Teorisi).
- (ii) Yabancı hakem kararları Türkiye’de ancak yabancı ilâmların icrasına mahsus hükümler uyarınca tenfiz edildikten sonra icra edilebilir hale gelir (Kaza Teorisi³⁵).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.12.1976 tarihli kararıyla (E.75/1617 K. 76/1052), Yargıtay içtihatlarında milletlerarası ticari tahkimin Türkiye’de işlerlik kazanmasına son derece olumsuz etki yapan «kararsızlık dönemi» olarak adlandırabileceğimiz yeni bir dönemin başladığı kabul edilmelidir.

Koral’ın haklı olarak ifade ettiği gibi”7.11.1951 tarihli kararı ile, Yargıtay Hukuk Genel Kurulumuz, memleketimizde yabancı hakem kararlarının **yabancı mahkeme kararları gibi** tenfize tabi tutulacaklarını” bildirmiş binnetice bu kararların icrasını son derece zorlaştırmıştır.

Şimdi de Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Türk Hukuk sistemi içinde verilmiş sayılması gereken bir hakem kararını yabancı saymak suretiyle “yabancı karar” mefhumunu gerektiğinden fazla genişletmiş, neticede Türk milletlerarası hakemlik hukukunun gelişmesine ikinci bir engel ilave etmiştir.³⁶

Yargıtay’ın 15. Hukuk Dairesinin 10. Mart. 1976 tarihli kararında benimsenen yeni ilkeler şu suretle tespit edilmiştir :

- (a) «Yargıtay’ın hakem kararlarını denetlemesi, yargısal tasarruf alanına girmektedir. Yargıtay’ın verdiği kararlar yargısal niteliktedir. Gelgelelim Yargıtay’ın yargısal tasarrufu ülke sınırları ile sınırlanmıştır. Başka bir söyleyişle, devletin egemenlik alanı içinde uyumsuzluğa el koyan, yargılama yapan, uyumsuzluğu çözen hakemlerin ver-

dikleri kararlar için Yargıtay'ın denetimi sözkonusu olabilir. Öyle ise, İsviçre'nin Lozan Şehrinde toplanan, orada yargılama ve inceleme yapan hakemlerin verdikleri kararların (Türk Usul Hukukunu uygulamasalar ve Türk kamu düzenine ilişkin hükümlere saygı gösterebilirler bile*) Yargıtay'ın Devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetimine bağlı tutulması olanaksızdır. Toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararları, yabancı hakem kararı olarak nitelemek gerekir. O halde usulün 536 ya da 537. maddesi uyarınca verilen bir karar olmadığına göre, yabancı hakem kararı için yargıtay yoluna başvurulamaz. Burada yabancı memlekette verilen bir hakem kararının Türkiye'de tanınması ve yerine getirilmesi (tenfizi) sözkonusu olmaktadır.»

- (b) «... Sözleşmeyle «hakem heyetinin teşkil ve çalışma şekli ve usulleri... Beynelmül Ticaret Odası»nın bu baktaki usul ve kaidelerine bağlı tutulması, «Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerinin öngörülmesi, dava dilekçesinin divan sekreterliğine verilmesi, hakem dosyasının genel sekreterlik tarafından hakemlere sunulması, kararın «Milletlerarası Ticaret Odası Hakem Divanına tevdi» ile «tasdik ettirilmesi», Türk Usul Hukukunun tam anlamıyla uygulanmadığını kanıtlamakta, üstelik usulümüzde hakem divanı ile sekreterliğine yer verilmemekte, hakem kararının divana «tevdii» ve «tasdik ettirilmesi», kamu düzenine de aykırı bulunmaktadır.

Demek oluyor ki, yine ortada yabancı bir hakem kararının varlığını benimsemek gerekir».

Yargıtay'ın bu kararı KALPSÜZ³⁷ ve KORAL³⁸ tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. POSTACIOĞLU da «yabancı memlekette Türk kanunları otoritesi altında yürütülen hakem faaliyetlerinde Türk olmayan avukatlar tarafından temsili meselesi» adlı makalesinde «yabancı memleketteki hakem heyetleri(nin) Devletler Hususi Hukuku ve irade muhtariyeti prensibi icabı faaliyetlerini ve kararlarını Türk kanunlarının otoritesi altına koyabilecekleri» tezini savunmuştur³⁹.

Fakat kanımızca, çoğunlukla alınan Yargıtay kararına karşı en etkili eleştiri Yargıtay üyesi sayın Dr. Yavuz OKÇUOĞLU'nun aşağıda kısmen iktibas ettiğimiz karşı oy yazısında yer almaktadır :

«Bir hakem kararına yabancılık niteliğini veren kriter, ölçü ne olmalıdır. Tarafların sözleşmeye tahkim şartı koymaları veya sonradan tahkim sözleşmesi yapmalarını ve hakemlerle ilişkilerinin, başlangıçta, özel hukuk alanına girdiği, akdi bir ilişki olduğu genellikle kabul edilmektedir. Hakimin tasdiki ile icra ve infaz kuvveti kazandığı içindir ki bu safhadan sonra kazailik niteliği kazandığı umumiyetle kabul edilmekle beraber bu husus dahi uyumsuzluk konusu olmaktadır. Türk hukukuna akit serbestisi prensibi hakimdir. Bu prensip, genellikle, bütün dünya özel hukuk dalında benimsenmiştir. Bilindiği üzere bir borçlar hukuku ilişkisinde bir yabancılık unsuru bulunduğu takdirde (örneğin taraflardan birinin yabancı uyruklu olması gibi) bu ilişki aynı zamanda Devletler Hususi Hukuku dalını da ilgilendirir. Devletler Hususi Hukuku da, Kanunlar ihtilafı bahsinde, önceliği tarafların irade sine verir. Ve Devletler Hususi Hukukunda irade muhtariyeti prensibi sözleşmenin taraf-

(*) parantez içindeki kısım yazarın ilâvesidir.

ların doğrudan doğruya veya dolayısıyla tayin ettikleri kanuna tabi olması demektir (Prof. Osman Berki Devletler Hususi Hukuku, Cilt II. 1963. sh. 297, 298; Ord. Prof. M. Raşit Seviğ – Prof. Vedat R. Seviğ Devletler Hususi Hukuku, 1962 sh. 376, 377). Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi de, esas itibarıyla bir Borçlar Hukuku ilişkisi olduğuna göre (Baki Kuru age, sh. 730; S. Şakir Ansay, age, sh. 339; Dr. Ünal Tekinalp, Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti hakkında Düşünceler, Tahkim Haftası, sh. 15-29; Ord. Prof. M.R. Belgesay, Hakem Kararlarının hukuki Mahiyeti, Tahkim Haftası, sh. 43-54), bu sözleşmede, tarafların uygulanacak esas veya usul hukukunu tayin ve tasbit etmeleri irade muhtariyeti ilkesi gereğince, tabiatıyla mümkündür ve bu takdirde hakemler tarafların seçtikleri hukuk kurallarına göre hüküm tesis edeceklerdir. Bu itibarla uygulanacak hukuk ve usul bakımından tarafların iradesi öncelik taşır.

Hakem mahkemesinin toplandığı yerin de elbetteki, Devletler Hususi Hukukunda önemli bir mevki vardır. O da, tarafları değişik tabiyette olan meselelerde, eğer taraflar iradeleriyle uygulanacak hukuk ve özellikle usulü, sözleşmede göstermemişlerse hakem mahkemesinin toplandığı mahal usul hukukunun olayda tatbik edilmesinin genellikle kabul edilmiş bulunmasıdır. Ancak, açıkladığımız gibi, tarafların iradesi hakimdir ve taraflar sözleşmede belirtmemişlerse, yalnız o haldedir ki, hakem mahkemesinin toplantı yerinin hukuku benimsenebilir. Fakat serbest iradeleriyle uygulanacak hukuk ve usulü tesbit etmişlerse, hakem mahkemesinin toplandığı mahallin uyumsuzluk yönünden artık bir önem ve değeri kalmaz, çünkü o mahal üzerinde uygulanan ve o devletin egemenlik haklarından olan hukuk kurallarının hakimiyetinden anlaşma ile kurtulunmuştur.

Devletler Hususi Hukukunda irade muhtariyetinin önemi ve buna dayanılarak tarafların uygulanacak hukuk ve usulü tesbitte serbest olmaları karşısında, hakemlerin toplandıkları mahallin, hakem kararına yabancılık izafe edilmesinde bir kriter olmaktan uzak olduğu anlaşılır.

Hakemlik, özellikle uluslararası hakemlik, çok elastikiyet isteyen bir müessesedir. Toprak ilkesi gibi çok katı bir prensibe bağlı tutulması olanaksızdır. Tarafların iradesi öncelik hakkını haiz olmalıdır. Belli başlı hiç bir hukuk sistemi ne pozitif hukuklarında, ne de içtihatlarında hakemliği toprak ilkesine bağlamak yolunu seçmemişlerdir (F.E. Klein age, sh. 237).

.....

1961 Uluslararası Cenevre Sözleşmesi de, IV/b maddesinde, açıkça tarafların iradesine öncelik tanımıştır.

Açıklanan bu nedenlerle kararda çoğunluğun benimsediği toprak ilkesi, Uluslararası hakem kararlarında, bu kararlara yabancılık veya millilik izafe edecek nitelikte, kriter olarak kabul edilemez.

Öyleyse, hakem kararına yabancılık vasfının verilebilmesi için başka bir kriter aramak gerekir. Elimizde toprak ilkesi kriterinden daha uygun ve onun mahzurlarını giderecek daha kuvvetli bir kriter olarak, tarafların serbest iradeleriyle seçtikleri hukuk (kanun) kriteri vardır. Bu kriter, hakemlerin değişik memleketlerde veya hareket halindeki bir gemide toplanarak yahut muhabere yoluyla karar vermelerinde de değişmez bir ölçü olarak kalmaktadır. Hakem Mahkemesinin toplandığı yer hukuku (toprak) kriteri, ancak taraflar tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde uyumsuzluğa hangi hukuk ve usulün uygulanacağını belirtmemişlerse tatbik edilebilecek tâli bir ilke olarak kabul edilebilir. (Doç. Dr. Ergin Nomer, Milletlerarası Hakemlik sözleşmelerinde İhtilaf, Tahkim Haftası, sh. 503, 507, 511, 515, 521, 529).

.....

Genellikle kabul edilen tarife göre, Yabancı Hakem Kararı, yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş olan karardır (Rabi Koral, Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, 1958, sh. 48-50; Rabi Koral, Yabancı Kanunlara Tab'an verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, 1951, sh. 36; Rabi Koral, Tahkim Haftası, 488, 493; Ergin Nomer, Tahkim Haftası, 502 ve aynı sayfa not 6; Baki Kuru, age sh. 757; F.E. Klein, age, sh. 271). «Alman Hukukunda, Alman Kanunlarının hakim olduğu bir hakemlik işi yabancı memlekette cereyan edebilir, yeterki hakem kararının tevdi hususunda bir Alman Mahkemesi yetkili olsun. Danimarka Hukukunda da, tarafların, hakem Mahkemesinin Danimarka'da toplanmasına gerek olmadan Danimarka Hukukuna göre karar vereceği hususunda anlaşabilecekleri kabul edilmektedir. Fransız Hukukuna göre ise yabancı hakem kararı, hakemlerin uyuğununve kararın verildiği yerin hiç önemi olmadan, tarafların tahkimi tabi tuttıkları yabancı kanuna göre verilen karardır. Hollanda Hukuku da aynı görüştedir (Yabancı hukuk la ilgili bu bilgiler için bak. F.E. Klein, age, sh. 232, 233, 236).

Yargıtay da uzun yıllar aynı görüşü benimsemiş ve muhafaza etmiştir.

.....

Paris Uluslararası Ticaret Odası da Uluslararası Ticaretin çok gelişmiş ve genişlemiş olması karşısında, üyesi bulunan mahalli ticaret odaları mensupları olan değişik uyruklu tacirler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların hallini, süratli ve önceden bilinen belli kurallara bağlama hususunda Uzlaştırma ve Tahkim hükümleri, adı altında tamamiyle özel bir düzenleme meydana getirmiştir. Uluslararası bir ticari sözleşmenin tarafları, sözleşmeye konulan bir tahkim şartıyla önceden veya bilâhare yapılan bir tahkim sözleşmesiyle sonradan, bu düzenlemeye tabi olmayı kabul edebilirler. Fakat, yukarıda da belirttiğim gibi, bu düzenleme özel ve ihti yarı nitelikte olup, taraflar bunun dışında başka kurallara göre tahkimin yürütülmesini kararlaştırabilirler.

Paris Uluslararası Ticaret Odasının düzenlediği bu uzlaştırma ve tahkim kurallarının, yukarıda açıklanan durumu karşısında bir yabancı hukuk olarak kabulü ve nitelendirilmesi mümkün değildir.

Paris Uluslararası Ticaret Odasının düzenlediği bu uzlaştırma ve tahkim kurallarının, yukarıda açıklanan durumu karşısında bir yabancı hukuk olarak kabulü ve nitelendirilmesi mümkün değildir.

Kaldı ki, tahkim şartı veya sözleşmesinde bu Uluslararası Ticaret Odasının tahkime ilişkin hükümleri aynen alınıp sözleşmeye konulsalar, kamu düzeni hükümleri saklı kalmak üzere, buna kimsenin bir diyeceği olamaz ve tahkim bu hükümlere göre yürütülür. Düzenlenmiş bulunan kuralların aynen sözleşmeye alınması ile bu kurallara atıf yapılması arasında hukuken bir fark olduğu ileri sürülemez. Usul Yasamız, değil taraflara hakemlere dahi tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin etme olanağını vermiştir (HUMK md. 525). Bu itibarla, tarafların, sözleşmede, tahkimin önceden düzenlenmiş belli kurallara göre yürütüleceğini kabul etmelerinde bir usulsüzlük mevcut değildir.

Sonra, bilindiği üzere, Türkiye'deki uygulamada, genellikle hakemlerle birlikte veya hakemler tarafından bir de zabıt kâtibi (sekreter) seçilmekte ve zabıtları tutup yazışmaları tebligatları, vs. yi temin etmektedir. Uluslararası Ticaret Odası da bir anlamda, ayrıca, bu görevi de yapmakta, tebligatlar bu müessesenin sekreterliği tarafından sağlanmaktadır. Bu nedenle hakem kararının bu oda sekreterliğine tevdi, hukuk yönünden, önemi haiz bir durum değildir. Hakem Kararının

Tahkim Divanınca tasdik edilmesinin de Türk Hukuku yönünden bir değeri olamaz. Nitekim, taraflar, bu tasdik hususunun hukuki bir değeri olmadığını bildikleri içindir ki, hakem kararını yetkili Türk Mahkemesi kalemine tevdi ile Türk Hukukuna göre tasdik ettirme yoluna başvurmuşlardır (HUMK 532, 536).

Binnetice Paris Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Hükümleri yabancı bir hukuk sayılmaz. Kararın Divan Sekreterliğine tevdi ile Divanca tasdikinin de Türk Hukuku yönünden bir değeri olamayacağından ve kamu düzenine aykırı bir durum da söz konusu olmadığından Uluslararası Ticaret Odası Tahkim hükümlerinin uygulanmış olması işbu hakem kararının milli bir hakem kararı olmasını engelleyecek nitelikte değildir.

Sonuç olarak, yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız görüş ve nedenlerle, özellikle taraflar Türk Kamu Düzenine, diğer bir ifade ile Türk Kanunlarının emredici hükümlerine uygun kararın verilmesini kabul etmiş ve bu noktada uyuşmuş olduklarına Türk Kanunlarının emredici hükümlerine bir aykırılık tesbit edilmediğine göre, olayda verilen hakem kararını prensip itibarıyla, milli bir hakem kararı olarak kabul etmek gerekir. Tarafların serbest iradeleri bir Türk hakem kararı verilmesi yönünde birleşmiştir. Yargıtayca yapılacak iş HUMK 533. maddesi gereğince gerekli incelemeyi yapmak, Türk Kanunlarının emredici hükümlerini de nazara alarak nedeni görülürse kararı bozmak, aksi halde onamaktan ibarettir. Uyuşmazlık konusu hakem kararının yabancı hakem kararı telakki edilerek temyiz dilekçesinin reddi yoluna gidilmesi, kanımızca Devletler Hususi Hukuku ilkelerine, yerleşmiş yabancı ve yerli ilmi ve kazai içtihalara aykırı olmuştur.»

Yargıtay XI. Hukuk Dairesi 28.12.1978 tarihli bir kararında (E. 78/5258, K78/5916)⁴⁰ XV. Hukuk Dairesinin 10. Mart. 1976). tarihli kararında benimsenen «toprak ilkesi» ne yervermemiş aksine, yabancı hakem kararını tanımlama kriteri açısından 7.11.1951 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararındaki esasları aynen tekrarlamıştır.

Kararın ilgili bendi aynen şöyledir :

«Sözleşmedeki «tahkim şartı» uyarınca, hakem kurulu Londra da oluşturulmuş ve hakemler de yabancıdır. Kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre; hakemlerin tabiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilemez ise de, davada dayanılan hakem kararı yabancı bir kanunun (İngiliz Kanunu) otoritesi altında verilmiş ve Türk Kanunlarına atıf yapılmamış bulunduğundan yabancı bir hakem kararı olduğunu kabul zorunludur.»

Kararda, ayrıca, sözleşmedeki geçerli «(tahkim şartı) ve buna dayalı yabancı hakem kurulu kararının, HUMK. nun 287/2. maddesindeki (delil sözleşmesi) veya (hakem bilirkişi) kararı olarak kabulü olanaksız bulunduğundan, yalnızca yabancı hakem kurulu kararına dayanılarak ve bununla yetinilerek, HUMK 540/1 maddesi hükmü gereğince, Türkiye'de yerine getirilmesi olanaksız bulunan hakem kararının yerine getirilmesine müncer olacak şekilde hüküm tesisi usul ve kanuna aykırı olur. Ancak, **hakem kararlarının, bu davada delil olarak gözönünde bulundurulmasına da kanuni bir engel bulunmamaktadır»** denilmektedir.

«Ecnebi mahkemelerinden verilen ilâmların sureti tenfizi hakkındaki usul hükümleri, hakem kararları hakkında velev ki, ecnebi hakemler tarafından verilmiş olsun, uygulanamaz» tezini benimseyen birinci dönem Yargıtay kararlarıyla, «Yabancı bir kanun otoritesi altında verilen bir hekem kararının «Yabancı hakem kararı» olduğu ve yabancı hakem kararlarının Türkiye’de ancak yabancı mahkeme kararlarının icrasına mahsus hükümler uyarınca tenfizinin sağlanabileceği» tezini benimseyen ikinci dönem yargıtay kararları ve aynı doğrultuda verilen Yargıtay XI. Hukuk Dairesinin 28.12.1978 tarihli kararı ile, «Toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan ve yargılayan hakemlerin, orada verdikleri karar ile (Türk Usul Hukukunu uygulasalar ve Türk kamu düzenine ilişkin hükümlere riayet etseler bile) **yabancı hakem kararı** olarak nitelenebilir» tezini benimseyen Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 10.Mart.1976 tarihli kararı arasında mevcut içtihat farklılıkları bir İçtihadî Birleştirme Kararı ile giderilmedikçe Milletlerarası Ticari Tahkimin çeşitli Yargıtay kararlarıyla değişik değer ölçüleri için de nitelendirilmesinin sebep olduğu «kararsızlık dönemi» devam edeceğe benzemektedir.

Önerdiğimiz, İçtihadî Birleştirme Kararında ele alınacak konulardan bir tanesi de, Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü hükümleri dairesinde, Türk Kanunlarının otoritesi altında verilen Hakem Kararlarının yerli hakem kararı sayılıp sayılmayacağı sorunudur⁴¹.

Yargıtay Kararlarının ışığında, konunun özüne inildiğinde, yerli hakem kararlarının «Akit Teorisine» istinad ettirilmesine karşın⁴²la yabancı hakem kararları hakkında «Kaza Teorisi»nin benimsendiği söylenebilir⁴³.

Yabancı Hakem Kararları hakkında «Kaza Teorisi» nin benimsenmesinin sonuçları şunlardır :

- (i) Bugün sadece, Türk Kanunlarının otoritesi altında Türkiye’de verilmiş olan hakem kararlarının HUKM. 536. maddesine göre icrası mümkündür.
- (ii) HUKM. nun tahkime ait hükümleri, şekle taallûku hasebiyle Türk Kanunlarının otoritesi altında verilmiş hakem kararlarına münhasır olduğundan, yabancı hakem kararları Tenfiz usulüne tevfikân Türk Kazai mercilerince incelenerek tenfizi lüzumuna karar verilmedikçe Türkiye’de icra olunamaz. Bu bakımdan, yalnızca, Avusturya (Toprak ilkesi), İtalya (tarafaların uyrukluğ ilkesi) ve Romanya (tarafaların uyrukluğ ilkesi⁴⁴) kanunlarının otoritesi altında verilmiş yabancı hakem kararları *çift exequatur* yöntemiyle⁴², Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 537-545 maddeleri dairesinde tenfiz edilebileceklerdir^{43, 44}.
- (iii) Hakemlerin yabancı olması ve verdikleri kararın Türkiye’de yerine getirilmesinin olanaksız bulunması sözleşmedeki tahkim şartını geçersiz kılmaz.

- (iv) Yabancı firma ile Türk firması arasındaki sözleşmedeki geçerli hakem şartına göre tahkim itirazında bulunulduğu takdirde Türk Mahkemesi görevsizlik kararı vermelidir^{44a}.
- (v) HUMK, 540/1 maddesi hükmü gereğince, Türkiye’de yerine getirilmesi olanaksız bulunan hakem kararının yerine getirilmesine müncer olacak şekilde hüküm tesisi usul ve kanuna aykırı olur. Ancak yabancı hakem kararının, Türkiye’de açılan, hakem kararından müstakil, ifa davasında delil olarak gözönünde bulundurulmasına kanuni bir engel bulunmamaktadır^{45, 45a}.

Görülüyor ki, Yargıtay kararlarına göre, Türkiye ile karşılıklılık ilkesine dayalı ve her iki devlet tarafından tasdik edilerek yürürlüğe girmiş tenfize imkân veren bir anlaşma bağı olmayan bir ülkede faaliyet gösteren bir ticari işletme ile bir Türk işletmesi arasındaki özel hukuk sözleşmesinde tahkim şartı dolayısıyla görevsizlik kararı verilebilmekte, buna karşılık, yabancı hakem kararlarının, yukarıda (ii) numara altında belirtilen kısıtlı alan dışında, Türkiye’de tenfize imkân bulunmamaktadır.

Bu durumda, kamu düzeni kavramı dar yorumlanmadıkça⁴⁶ ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New York Sözleşmesi tasdik edilip yürürlüğe geçmedikçe, Yargıtay Kararlarındaki görüş ayrılıklarını giderici bir İçtihadi Birleştirme Kararının, Türkiye’de Milletlerarası Ticari Tahkimin gelişmesine ne derecede yararlı olabileceği hakkında şimdiden bir görüş ileri sürmenin yersiz olacağı kanısındayız.

B — *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi ve Türkiye*

20 Mayıs – 10 Haziran 1958 tarihleri arasında New York’ta toplanan Birleşmiş Milletler konferansı sonucunda kabul edilen «Yabancı Hakem kararlarının Tanınması ve İcrasına (: tenfiz anlamında kullanılmıştır) ilişkin Sözleşme» (: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards⁴⁷) Türkiye tarafından imza edilmiş ise de⁴⁸ bugüne kadar, Anayasanın 65. maddesinin tesbit ettiği esaslar ve «Milletlerarası Anlaşmaların yapılması, yürürlüğü ve yayınlanması» ile bazı anlaşmaların yapılması için bakanlar kuruluna yetki verilmesi hakkındaki 244 sayılı kanunla öngörülen prosedür içinde yürürlüğü konulmamıştır.

Oysa ki, gerek bu alanı işleyen Türk Doktrini gerekse kamu kurumu olarak ilgili iş çevrelerini temsil eden Odalar Birliği 1958 tarihli *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi* ile bunu tamamlayan 1961 tarihli *Milletlerarası Ticari Hakemlik konusunda*

Avrupa Sözleşmesine (Cenevre Sözleşmesi)⁴⁹ katılmamızı baştan beri ısrarla istemektedirler.

Sayın Gülören **TEKİNALP** «Yabancı Hakem Kararlarının Milletlerarası Anlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi» adlı tebliğini şu sözlerle bitirmektedir⁵⁰.

«Çok taraflı anlaşmalara gelince, tahkim konusunda yapılmış çeşitli milletlerarası anlaşmalardan hiç birisine katılmamış bulunmaktayız. Oysa ki, 1958 tarihli New York anlaşması yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkında kendinden önce gelen 1927 tarihli «Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine İlişkin Cenevre Anlaşması»ndan çok ileri gitmiştir. Uygulamada büyük kolaylıklar sağlayan özellikleri sebebiyle katılmamız çok gerekli olan bir anlaşmadır. Hattâ katılmakla kalmayıp millî kanunlara bıraktığı noktaları tamamlayarak ve tenkit edilen hususları düzelterek millî hukukumuz içine almamız çok yerinde olur. Bu konuda mevzuatımızda hiç bir hüküm bulunmaması sebebiyle de bir kat daha şiddetli bir ihtiyacın giderilip uygulamanın ferahlamasını sağlayacaktır.

Milletlerarası ticarî ilişkiler alanında serbestçe hareket edebilmek ve diğer anlaşma devletleri gibi, sağlanan kolaylıklardan yararlanabilmek bakımından 1961 tarihli Avrupa anlaşmasına da katılmamız aynı derecede kuvvetli bir ihtiyacın karşılanması anlamına taşımaktadır».

Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi tarafından hazırlatılan «Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi hakkındaki New York Sözleşmesinin» kanunlaşması ile ilgili 15.9.1976 tarihli Prof. Dr. Kudret Ayiter, Prof. Dr. Reha Poroy, merhum Namık Kemal Savun ve benim tarafımdan müştereken hazırladığımız Rapor'da :

«XX. yüzyılın ikinci yarısından bu yana milletlerarası ekonomik ilişkilerdeki büyük gelişme Türkiye'de de etkilerini aynı oranda göstermiştir. Böylece Türkiye eskisinden fazla çok taraflı anlaşmalarla bağlanmış ve bu yönden milletlerarası ekonomik düzeye, ekonomik kalkınmasına paralel olarak, daha çok yaklaşmıştır. Bu perspektif içinde Türkiye tasarladığı ve arzulanan kalkınmayı yapabilmek için milletlerarası ekonomi ve hukuk düzenine uymak mecburiyetindedir.

.....

Oysa üzülerken belirtelim ki Türkiye bugün milletlerarası ekonomik çevrelerde tahkim şartının işletilmediği ülke olarak tanınmaktadır. Bu nedenle, 1958 tarihli New York ve 1961 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin bir an önce Türkiye tarafından yürürlüğe konması bir zaruret halini almıştır».

denilmektedir.

«Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi» nin hazırlandığı meclis dönemi içinde kanunlaşamamış olan Hukuk Yargılama Usulü Kanun Tasarısını (1/474), 28.4.1971,

D.: 3 Toplantı: 2 No: 64⁵¹) ve İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü ile Adalet Bakanlığı tarafından ortaklaşa hazırlanan «Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun Tasarısını⁵²» etkilediği görülmektedir :

(i) *Hukuk Yargılama Usulü Kanun Tasarısı* :

Bilindiği gibi, halen yürürlükte olan Usul Kanununumuzda «Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi» hakkında hiçbir hüküm mevcut değildir. Uygulamada mevcut boşluğun Yargıtay içtihatları ile doldurulmasına gayret edilmiş ise de, Yargıtay İctihatlarının yukarıda açıklandığı üzere, milletlerarası ticarî tahkimi geliştirecek yönde gelişmediği gözlemlenmektedir.

Tasarıda *yabancı ülke mahkemelerinden verilen ilâmların tenfizi* (Tasarı md. 550-558) ile *yabancı hakem hükümlerinin tenfizi* (Tasarı md. 595-597) farklı ilkelere hareket edilerek ayrı ayrı düzenlenmiştir. Tasarının 595. maddesine göre :

«Yabancı bir kanun hükmüne göre verilmiş ve o kanuna göre kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olan bir hakem hükmünün, *bu konuda bir anlaşma olmasa da, tenfizi*» istenebilecektir.

Bu maddenin gerekçesinde «yabancı hakem kararlarının tenfizi» meselesinde birinci derecede 10. Haziran. 1958 tarihli. New York Sözleşmesinin hükümlerinin (Madde V) en belirli özelliğini teşkil eden yabancı hakem hükümlerinin tenfizi istemi reddini gerektiren halleri ispat yükümünün -1923 tarihli Cenevre Protokolünün aksine⁵³ aleyhine hakem kararı ileri sürülen tenfiz istenen tarafa daha açık deyimiyle, borçluya ait olacağı hususu⁵⁴, tasarının 597. maddesinin son fıkrasında benimsenmiştir. Diğer taraftan, Tasarının yabancı hakem hükümlerinin tenfizi istemi ile ilgili hükümleri :

— Dilekçe ile inceleme usulü (md. 596), ile.

— Mahkemenin yabancı hakem hükmünün tenfizi isteğini red sebepleri (md. 597).

sırasıyla, New York Sözleşmesinin IV. ve V. maddelerinden esinlenerek düzenlenmiştir.

(ii) *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun Tasarısı*:

Bu tasarının da 42-44. maddelerinde «yabancı hakem kararlarının tenfizi usulü» düzenlenmiştir. Bu hükümlerin de 1958 New York ve 1961 Cenevre Sözleşmelerinin hükümlerine benzer olduğu görülmektedir⁵⁵.

Bu bölümde son olarak memleketimizin biran önce New York Sözleşmesine katılması temennimizi yinelerken, Sözleşmenin I. maddesi 3. bendi uyarınca aşağıdaki iki hususun saklı tutulduğu yolunda beyanda bulunulmasına özen gösterilmesi gereğini işaret etmek isteriz :

- Yabancı hakem kararlarının tenfizinde mütakabiliyet esasının aranacağı⁵⁶ ve
- Sözleşmenin uygulanmasının, Türk Kanunlarına göre ticarî nitelikte sayılan yabancı hakem kararlarına hasredileceği.

Nitekim, New York Sözleşmesini yürürlüğe koyan devletlerden otuzdördü mütakabiliyet esası şartını, ondokuzu da ticarî ihtilâf şartını New York Sözleşmesinin memleketlerinde uygulanmasının ön şartı olduğunu beyan etmişlerdir⁵⁷.

Sonuç :

Yapılan inceleme, diğer birçok ülkede milletlerarası tahkimin dünyadaki iki ve çok taraflı ekonomik ilişkilerin gelişmesine paralel olarak önem kazanmasına karşın Türkiye’de gerilediğini ortaya koymaktadır.

Kanımızca, ekonomik kalkınması yönünden dışa açılmak zorunluğunda olan Türkiye’nin, milletlerarası tahkime de değer vermesi gereklidir. Bize göre Memleketimizde milletlerarası ticarî tahkimin gelişmemesinin nedeni bu müesseseye Devletler Özel Hukuku ilkelerinin uygulanmamış olmasıdır.

Halbuki, milletlerarası tahkimde var olan milletlerarası nitelik ona Türk İç Özel Hukuku ile Usul Hukuku ilkelerinin üstünde öncelikle Devletler Özel Hukuku ilkelerinin uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan, Türkiye’de ticarî tahkimin gelişmesi aşağıdaki üç hususun gerçekleşmesine bağlıdır :

1. Milletlerarası ticarî tahkimde irade muhtariyeti (sözleşme özgürlüğü) ilkesinin benimsenmesi,
2. Türk Kamu Düzeni ile ilgili hükümlerin dar yorumlanarak, sadece Milletlerarası Türk Kamu Düzeninin (iç hukukla ilgili kamu düzeni değil) sözleşme özgürlüğü ilkelerine göre oluşan tahkim kararını olumsuz yönde etkileyebileceği ilkesinin kabul edilmesi.
3. 1958 tarihli «Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New York sözleşmesi» nin Türkiye’de de yürürlüğe konulması.

Sonuç olarak Anayasamızın Başlangıç kısmında ifadesini bulan «dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olma» amacının,

bugünün dünyasında etkin ve ileride daha da önem kazanacak «uluslararası ticaret», «çok taraflı ekonomik ilişkiler», «teknoloji transferleri» gibi konuların ortaya çıkaracağı ihtilafların çözümlenmesinde temel unsur niteliğine sahip milletlerarası tahkim alanında da gözetilmesini gerekli bulmaktayız. Bu bakımdan, Türk Hukuk Doktrini ile uygulama arasında, bu alanda gözlemlenen aykırılığın biran önce giderileceği yolundaki umudumuzu, bütün olumsuz gelişmelere karşın, muhafaza ettiğimizi belirtmek isteriz.

Dipnotlar

- 1) Glossner, Ottoendt, Arbitration – A Glance into History, Hommage à Frederic Eisemann, Chambre de Commerce International (1978) sh: 19–22.
- 1a) Fazla bilgi için bk, **Aybar**, Mehmet Ali, Tahkimin İki Dünya Harbi arasında Umumiliği ve Mecburiliğe doğru istihaleler, Ebul'ula Mardin'e Armağan, sh. 995 vd,
- 2) **Carabiber**, Charles, «L'Arbitrage International de Droit Privè, Avant–Propos, Paris, 1960
- 3) **Carabiber**, Charles, age. sh. 19;
Sanders, Pieter, «Recent Developments in International Commercial Arbitration» sh. 626 ve sonrakiler, The Yearbook of the School of Law and Economic Science, in Honor of Charalambos N. Fragistas, Volume XII Part I, Thessaloniki 1966. **Derains**, Yves, (çev. **Özman**, Aydoğan): Milletlerarası Ticaret Odası Hakemlerinin Sözleşmelere ilişkin uluslararası Hukukun yaratılmasına katkıları, Batıder Haziran 1978 Cilt IX s. 3, sh: 819–831.
- 4) **Birsel**, Mahmut T. The Evolution of International Economic Order towards the Organic Concept of Law, Batıder, Haziran 1977 Cilt IX Sayı: 1 sh. 85.
- 5) **David**, René, Arbitrage du XIXème et Arbitrage du XXème Siècle Melanges Offert à René Savatier, sh. 225 ve 233. Paris 1965.
- 6) **Robert**, Jean. Yearbook, Commercial Arbitration volume I–1976 Önsöz.
- 7) **Fifth International Arbitration Congress**, New Delhi 1975, Proceedings. The Indian Council of Arbitration, Federation House, New Delhi.
- 8) International Council for Commercial Arbitration Yearbook Commercial Arbitration Volume I. 1976, Volume II, 1977, Volume III 1978, Volume IV 1979, Volume V 1980 Kluwer, B.v. Deventer, Netherlands.
- 9) **Resolutions of the sixth International Congress on Arbitration Mexico City**, March 16, 1978, Yearbook Commercial Volume IV 1979 (xix–xxv).
- 10) 5590 sayılı Kanununun 62. maddesinin (d) bendiyle «Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Komitesini kurmak ve işlerini yürütmek» görevi Odalar Birliğine verilmiştir. 18.Mayıs.1953 tarihinde Odalar Birliği nezdinde Milletlerarası Ticaret Odasının Türkiye Milli Komitesi yeniden kurulmuş ve statüsü bu tarihte yürürlüğe girmiştir Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı üyelerinden birisi de Türkiye Milli Komitesi tarafından atanan bir Türk hukukçusudur.
- 11) **Layton**, R.: Arbitration in International Commercial Agreements: The Noose Draws Tighter, sh. 742, the International Lawyer, Fall 1975 Volume 9 Number 4.
- 12) Divan Statüsününün 3. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, «Divan Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğünde yapılmasını gerekli gördüğü bütün değişiklikler için Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonunu görevlendirmekle yükümlüdür». Bu itibarla yeni düzenleme Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu tarafından Milli Komitelerin görüşleri alınarak hazırlanmış ve Milletlerarası Ticaret Odası Konseyi tarafından kabul edilip yürürlüğe girmiştir

- 13) Yeni Tüzük (MTO) Türkiye Milli Komitesi tarafından Türkçeye tercüme edilmiş ve yayınlanmıştır
- 14) **Eisemann, F.:** The revised Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce Volume I 1976 sh. 167-170.
- 15) **Carabiber, C.:** age sh. 31-32.
- 16) **Yearbook Commercial Arbitration Volume II 1977 sh. 250.**
- 16a) daha fazla bilgi için bk. Conventions Multilatérales et autres Instruments en Matière d'Arbitrage, Roma-1974.
- 17) Bk. not (7)
- 18) Bk. not (9)
- 19) List of Contracting States as of November 30, 1979, Yearbook Commercial Arbitration, Volume V 1980 sh. 255.
- 20) **Layton, R.:** agm. sh. 746; United States Supreme Court. June 17, 1974 (417 U.S. 506) Yearbook Commercial Arbitration Volume I 1976 sh. 203.
- 21) Yearbook Commercial Arbitration Volume I 1976 sh. 194.
- 22) Yearbook Commercial Arbitration Volume I 1976 sh. 202-203.
- 23) Yearbook Commercial Arbitration Volume III 1978 sh. 280-281.
- 24) Fransız Yargıtay'ı da 14 Haziran 1960 tarihli bir kararında İngiliz Hukukunu uygulayan bir hakem kararının gerekçesiz olmasını -iç hukukunun emredici hükümlerine aykırı olduğu halde- Fransız Milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. (Robert, Jean, «Arbitrage Civil et Commercial sh. 567 Paris 1967).
- 25) Yearbook Commercial Arbitration Volume II 1977 sh. 241.
- 26) **Briner, Robert,** National Reports Switzerland, Yearbook Commercial Arbitration Volume III 1978 sh. 206.
- 27) Yearbook Commercial Arbitration Volume V-1980 sh. 218-219.
- 28) **Robert, Jean:** age sh. 564-570.
- Ayrıca bk.: **Sanders, Pieter:** Trends in the Field of International Commercial Arbitration, Recueil des Cours, Volume II 1975 sh. 224-247. **Ferrante, Mauro:** Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Italy and Public Policy, Hommage à Frederic Eisemann, sh. 84-96.
- 29) **Buns ve Motulsky:** «Tendance et Perspectives de l'Arbitrage international» Revue internationale de Droit Comparé 1975 sh. 717 ve sonrakiler.
- 30) Tebliğ 29 Eylül - 1 Ekim 1976 tarihleri arasında Viyana'da yapılan «Arbitration and Transfers of Patents, Knowhow, Trademarks and Similar Rights for Promoting international industrial Cooperation» konulu International Council for Commercial Arbitration ara toplantısında (interim meeting) verilmiştir.
- 31) **Kalpsüz, Turgut,** Hakem Kararlarının Milliyeti, Batıder, Haziran 1978 Cilt IX, sayı: 3, sh. 610-611.
- 32) Türk İçtihatları Külliyyatı 1952 cilt: I, (605) no. lu Karar sh. 409-410.
- 33) Yargıtay Ticaret Dairesinin 31.5.1952 tarihli (E.3703 K. 2859) bir kararı Yargıtayın ilk dönemdeki emsal kararlarına benzemektedir. Bu kararda:

«Ecnebilerin de hakem olabiliş ecnebi hakemler tarafından verilmiş olan kararların ecnebi

mahkemelerince verilmiş ilâmlar misillü Türkiye mahkemelerince tenfizi lüzumuna dair bir karar ile teyid edilmesine mahal olmadığı». belirtilmiştir (Türk İçtihatlar Külliyyatı 1952-Cilt II İstanbul, 1960 1927 sayılı karar sh. 1334).

- 34) Bu kararların tarih ve numaraları Yargıtay üyesi Sayın Yavuz Okçuoğlu'nun Yargıtay XV Hukuk Dairesinin 10.3.1976 tarihli kararına verdiği karşı oy yazısından alınmıştır. Yargıtay Ticaret Dairesinin 23.12.1955 tarih esas 7745 ve karar 8401 sayılı kararı da aynı niteliktedir :

«Taraflar arasındaki anlaşma ile tahkimname ve tahkimnameye müsteniden verilmiş olan hakem kararına göre, hakem kararı yabancı kanun otoritesi altında ittihaz olunmuş yabancı bir hakem kararıdır. Bu itibarla bu karar yabancı bir devlet mahkemesince verilmiş bir ecnebi ilâm gibidir. HUMK'nun tahkime ait hükümleri ancak Türk kanunlarının otoritesi altında verilmiş olan hakem kararlarına münhasırdır. Bu itibarla ecnebi kanun otoritesi altında verilmiş olan hakem kararlarının selâhiyetli Türk Mahkemelerinden tenfizi hakkında karar alınmadıkça Türkiye'de icrası mümkün değildir.» (Kuru, Baki Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1974 sh. 1028).

Aynı karara Turgut Kalpsüz'ün adı geçen makalesinde de değinilmiştir.

- 35) **Kalpsüz**, Turgut, agm. sh. 611.
- 36) **Koral**, Rabi, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 tarihli kararının eleştirisi (ayrı bası) sh. 420-421. İstanbul 1979.
- 37) **Kalpsüz**, Turgut, agm.
- 38) **Koral**, Rabi, agm. (bk. not 36).
- 39) **Postacıoğlu**, İlhan'ın «**Onar Armağan**»nundan yayımlanan makalesi sh. 786 (İstanbul-1977).
- 40) **Koral**, Rabi, Milletlerarası Hakemlikte İfa Davası ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanun Tasarısı Hıfzı Timur'un Anısına Armağan İstanbul, 1979, sh. 539.
- 41) Yargıtay XV. Hukuk Dairesi 10.XII.1976 tarih ve E. 75/1617, K. 76/1052 sayılı kararında «Hakem Kararının Milletlerarası Tahkim Divanına tevdi ve tasdik ettirilmesi» ni Türk Kamu düzenine aykırı bulduğu halde Yargıtay Ticaret Dairesi 20.IV.1970 tarihli (E. 69/934 ve K. 72/1652) daha önceki bir kararında «ihtilafın Milletlerarası Ticaret Odasını uzlaştırma ve Tahkim hükümlerinde öngörülen usul dairesinde çözümünü havi İsviçre'de müttehaz bir hakem kararını yerli ad» etmiştir. (fazla bilgi için bk. **Kalpsüz**, Turgut, agm sh. 626-630).
- 41a) 23/10/1972 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında (E. No: 1972/2; K. No: 1972/12) «Gerçek veya tüzel kişiler, kamu düzeni ile ilgili olmayan uyumsuzlukların hakem eliyle çözülmesi için tahkim anlaşması yapabilirler. Bu akid serbestisinin tabii bir sonucu olup, Borçlar Kanununun 19. ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516. maddeleriyle mümkün kılınmıştır» denilmiştir (RG. 18.12.1972 No: 14395) Tahkimin hukuki niteliği hakkındaki çeşitli görüşler için bk. **Alangoya**, Y.: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul-1973,
- 41b) **Koral**, Rabi: Hakemlik Münasebetine izafe edilecek yerlilik veya yabancılık vasıfları hakkındaki Türk sistemi ve 1951 tarihli Yargıtay Genel Kurulunun «otorite kanunu» kriteri, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Özel sayı sh. 155-199.
- 41c) «Bir devlet ile bu esas (:mütekabiliyet esası) üzerine bir muahedemiz mevcut ise bu muahedenin hükmü yalnız akitlerin tebaasına mı..... taallük eder ?..... mutlaka akitlerin tebaa-

sına taallük etmez, yani âkit Devletlerin tebasının herhangi bir memlekette istihsal edecekleri ilâmın tenfizini istihdaf etmez. Belki âkit devletlerin mahkemelerinden sadır olan ilâmlara taallük eder. Şu halde bilfarz İtalya ile mün'akit böyle bir muahedemiz olduğuna göre bizim **exequatur** vereceğimiz ilâmlar İtalyanları alâkadar eden herhangi bir memleket ilâmları değildir; Keza münhasıran İtalyanlara ait olarak İtalya mahkemelerinden sadır olan hükümler de değildir. İtalyan Mahkemelerinden gerek İtalyanlara gerekse İtalyandan maa-dasına müteallik olmak üzere verilen muayyen vasıftaki bütün ilâmlar bu muahedenin şümulüne girer» **Seviğ**, Muammer Raşit: Devletler Hususi Hukuku ikinci cilt İstanbul 1943 sh. 147-148.

42) **Koral**, Rabi, Milletlerarası Hakemlikte İfa Davası ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanun Tasarısı, sh. 493, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan İstanbul, 1979.

43) **Umar**, Bilge - **Alangoya**, Yavuz: Mevzuatımızda **Medeni Usul Hukukuna İlişkin Hükümler** (1920-1966) adlı eserlerinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınlarından No: 255 İstanbul 1966) Avusturya ve İtalya ile Yapılan Anlaşmaların ilgili madde metinleri yazılıdır.

44) 4. Haziran. 1932 tarih ve 2002 sayılı kanunla tasdik edilmiş (Düster III, 13, 521) Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Müttehit Devletleri arasında Arnkara'da münakit 28.Ekim.1931 tarihli İkâmet Mukavelenamesi'nin birinci maddesine göre :

«Her iki memleket tebaasına ve şirketlerine diğer memleket arazisinde tatbik edilebilecek ikâmet ve meksü âram şartları (:Conditions of Establishment and Sojourn) ve kezalik mali tekalif (:fiscal charges) ve kazaî salahiyet (:Judicial Competence) noktai nazarından Türkiye, Amerika Müttehit Devletlerine ve Amerika Müttehit Devletleri, Türkiye'ye en ziyade mazharı müsaade üçüncü memlekete bahşedilmiş veya edilecek olan aynı muameleyi Kâffei ahvalde bahşedecektir».

Bu sebeple «en ziyade müsaadeye mazhar üçüncü memleket» koşulundan yararlanılarak kanaatimizce, Türkiye ve Amerika Birleşik Devletlerinde verilen «Her iki taraftan yalnız birinin tebaası veya bir tarafla diğer taraf tebaaları arasındaki ihtilâflara» ilişkin «hakemler tarafından verilen kararlara» Türkiye ile İtalya arasında mün'akit Adli Himaye Mukavelenesinin 21. ve 22. maddeleri hükümleri uygulanabilir.

44a) HGK, bir Türk firması ile Romanya firması arasındaki satış sözleşmesindeki tahkim şartını geçerli saymış ve davalı Romanya firmasının tahkim itirazı üzerine, Türk mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gerektiğine karar vermiştir

«Her iki tarafın bir anlaşmaya varamadığı ihtilaf halinde, Romanya Sosyalist Cumhuriyetinde yürürlükte bulunan usul ve esasa ait kanunların tatbiki suratiyle bu ihtilâflar Bükreş'teki Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Ticaret Odası nezdindeki hakem komisyonuna havale olunacaktır. (YHGK. 20/6/1973, T/147-529) **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü 3. Bası 1974 sh. 1000 not 64.

45) (iii) ve (iv) bentler **Koral**, Rabi'nin not (40) da adı geçen makalesinde yer alan Yargıtay Onbirinci Hukuk Dairesinin 28.12.1978 tarih E. 78/5258 K. 78/5916 sayılı ilâmından özetlenerek alınmıştır.

45a) Yabancı ilâmlar için de durum aynıdır. «Hakkında tanınma veya tenfiz kararı verilmemiş bir yabancı ilâmın HUMK md. 296'ya uygun olarak mahkemeye sunulması mümkündür. Türk mahkemesi bu senedin delil kudretini kabul etmek zorundadır».

Göğer, Erdoğan.: Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı) 3. Bası Ankara 1975 sh. 349-350 Yargıtay kararları da bu yöndedir.

46) Yabancı ilâm ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Türk Kamu düzeninin olumsuz etkisinin kapsamı 22-24 Kasım 1976 tarihlerinde yapılan «Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu» (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1978) toplantılarında

en çok tartışılan konulardan birisi olmuştur. Öntasarı metninde, Tenfiz şartları arasında, «Hükmün (Hakem Kararının) Kamu düzenine ve Kamu yararına aşikâr olarak aykırı bulunmaması» şartına yer verilmiş ve burada yer alan «aşikâr olarak aykırı bulunmama» unsuru tartışmaya katılan hukukçuların çoğunluğu tarafından benimsenmiştir (bk. age sh. 259-284).

Daha sonra, İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü ile Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarı da «aşikâr olarak aykırı bulunmama» unsuru kaldırılmış; onun yerine «Hakem Kararı(nın) genel ahlâka, kamu düzenine veya kamu yararına aykırı» olmaması şartı konulmuştur (Tasarı md. 44/a).

- 47) **Koral**, Rabi: Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10.6.1958 tarihli anlaşma, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası C. XXIV, S. 1-4 sh. 332 ayrıca «Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New York Sözleşmesi» Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi tarafından da yayınlanmıştır (Ankara-12.5.1964).
- 48) «C. Hayta Bey'le Rabi Koral Bey New York'a giderek bu anlaşmayı imzaladılar» IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftasında (**Tahkim**) (29 Kasım-4 Aralık 1965) Sayın Gülören Tekinalp tarafından verilen «Yabancı Hakem kararlarının Milletlerarası Anlaşmalarda Tanınması ve Tenfizi» adlı Tebliğle ilgili tartışmalarda Sayın Turgut Kalpsüz'ün beyanı.
- 49) Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi'nin Cenevre Sözleşmesi ile ilgili Broşürü (Ankara, 1964):

«21.Nisan.1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi 1958 New York Sözleşmesi gibi milletlerarası ticari sahada hakemliği geliştirmeye matuf önemli bir sözleşmedir. 10.6.1958 tarihli New York Sözleşmesi milletlerarası hakemliğin sadece bir safhasını yani bir memlekette verilmiş olan hakem kararlarının diğer bir memlekette tanınması ve icra edilmesi safhasını tanzim eder.

Halbuki bunun yanında ve hatta bundan önce gelen hakem mahkemesinin teşkili ve hakem mahkemesinin takip edeceği prosedür safhası vardır ki bu da milletlerarası alanda büyük bir önem taşımaktadır.

Milletlerarası hakemlik milletlerarası bir uyumsuzluk hakkında henüz bir karar verilmeden önce de, yani bir uyumsuzlığa hakemlerin el koyması gerektiği veya el koyduğu andan itibaren de himaye edilmek lâzımdır. Aksi takdirde hakemlerin el koyması gerektiği veya el koyduğu andan itibaren de himaye edilmek lâzımdır. Aksi takdirde hakemlik milletlerarası alanda yeter derecede gelişemez, işte 21.Nisan.1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi böyle bir maksadın gerçekleşmesini hedef tutmuştur.

Bu sözleşme sayesinde iki ayrı devlet arazisinde ikâmetgâh sahibi olan veya ayrı ayrı devlet arazisinde mesken sahibi olan veya ayrı ayrı devletlerde birer iş merkezine sahip bulunan tacirler, giriştikleri milletlerarası ticari münasebetler dolayısıyla milletlerarası hakemliğe başvurdukları takdirde bu hakemlik daha ilk anından itibaren yani hakem mahkemesinin teşkili zamanından itibaren himaye görecektir, âkit devletlerin mahkemeleri ve icra makamları bu bapta taraflara ve hakemlere yardımcı olacak ve bu yardım bütün hakemlik prosedürü boyunca da hakem hükmü verilinceye kadar devam edecektir. Cenevre Sözleşmesi böyle bir maksadın gerçekleşmesine hadim olan bir sözleşmedir.»

50) Bk. not (48) de agm sh. 556.

51) **Kuru**, Baki, Hukuk Mahkemeleri Usulü, Cilt: I. 4. Bası, 1979 Kasıtlmalar Cetveli, Tasarı-II.

52) Bk. not (42) de agm. sh. 517. Bu makalenin (38/a) dip notunda «Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun Tasarı» sının 42-44. maddeleri hükümleri yazılıdır.

- 53) New York Sözleşmesini uygulayan Devletler bakımından, 1923 tarihli «The Geneva Protocol on Arbitration Clauses» ile 1927 tarihli «The Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards» yürürlükten kaldırılmıştır. (New York Sözleşmesi Madde VII/2).
- 54) The United Nations Conference on International Commercial Arbitration. The American Journal of International Law vol. 53, 1959, sh. 414-426.
- 55) Bk. not. (42).
- 56) not (46) da anılan Sempozyum'da yabancı hakem kararlarının «karşılıklılık aranmaksızın» yabancı ilâmlar gibi tenfiz olunacağı esası benimsenmiştir (age. sh. 283) **Koral**'da «karşılıklılık» şartının bir tarafa bırakılmış olmasını olumlu bir nokta olarak değerlendirmektedir. (not 40 da agm. sh. 512). Biz bu görüşlere katılmıyoruz. Zira;

«Karşılıklılık şartı» New York Sözleşmesinin, katılan devletlerin kullanmaları bakımından, mahfuz tuttuğu haklardan bir taesidir ve bu olanaktan yararlanmamak, kanımızca, yabancı hakem kararlarının tenfizinde gereğinden fazla ileri gitmiş olmak gibi bir sonuç doğuracaktır. Nitekim Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Presidium'u, New York Sözleşmesini tasdik ederken aşağıdaki hükümle «karşılıklılık şartını» saklı tutmuştur :

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Konvansiyon'a katılmayan devletlerden birinin ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarına, bu konvansiyon hükümlerini, münhasıran müte-kabiliyet esasları dairesinde uygulayacaktır. ((«Vedomosti», 1960, No: 46 md. 421) (S.S.C.B. Milli Raporu, Prof. S.N. Lebedev, Yearbook Commercial Arbitration Volume I-1976 sh. 103.)).

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi de 1895 tarihinde verdiği emsal kararıyla (Hilton v. Guyot 159 U.S. 113 (1895)). tenfiz alanında karşılıklılık şartını aramaktadır. Ayrıca A.B.D.'leri de New York sözleşmesini yürürlüğe koyarken «karşılıklılık şartını» mahfuz tutmuştur.

Kanımızca «Karşılıklılık Şartı» fiili değil hukuki olmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin 8. Mayıs 1968 tarihli bir kararında belirttiği gibi, «aynı nitelikte bir Alman kararının icrası, Almanya'da yabancı kararların icrasından daha büyük ölçüde güçlülüklerle karşılaşmadan, mümkün olduğu halde «karşılıklılık şartı» gerçekleşmiş sayılmalıdır. (BGH. 8.V. 1968, R. 1969. 118, note Einmahl, J. 1968, 949 note Wengler) (Batifol, H. Droit international Privé Cingième Edition avec le Concours de Paul Lagarde Tome II Paris 1971 sh. 443).

Fransız hukukunda «Karşılıklılık Şartı» kabul edilmemektedir (: Rejet de la Condition de réciprocité) (Batifol, H. age. sh. 443-444).

İsviçre'de de yabancı hakem kararlarının tenfizinde «Karşılıklılık Şartı» aranmamaktadır. Zira, taraflar, hakem şartını kabul etmekle, kendi tabii hakimlerinin ihtilâfa bakmasından açıkça vazgeçmiş olurlar ve eğer hakem kararı icra edilemeyecek olursa, sözleşmede tahkim yolunu seçtikleri için, artık hiç bir halde, bağlayıcı bir biçimde ihtilafın İsviçre Mahkemesi önünde karara bağlanması imkânına sahip değildirler (bk. Guldener: Schweizerisches Zivil-prozessrecht sh. 601 not 30 ve Internationale und Interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, sh. 111 Sträili/Messmer not 6 Sektion 258'in Appendix'i) (Briner, R. İsviçre Milli Raporu, Yearbook-Commercial Arbitration Volume III-1978 sh. 205).

- 57) Yearbook Commercial Arbitration Volume V, 1980, sh. 230: List of Contracting States as of November 30, 1979.