

PAPER DETAILS

TITLE: YARGI KARARLARI ISIGINDA NEW YORK SÖZLESMESİ'NE GÖRE YABANCI HAKEM
KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİ ENGELİ OLARAK HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI ÜZERİNE
BAZI DEGERLENDİRMELER

AUTHORS: Levent BÖRÜ

PAGES: 811-844

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/3136657>

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA NEW YORK SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİ ENGELİ OLARAK HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

*In the Light of Judicial Decisions Some Evaluations on the Right to Be
Heard as an Impediment to the Enforcement of Foreign Arbitrator's
Decisions in Turkey*

Levent BÖRÜ*

Özet

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda Türkiye’de geçerli olan iki düzenleme vardır: Bunlardan ilki 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’dur. Diğeri ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi’dir. 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi (New York Konvansiyonu) hükümleri Anayasa m. 90 çerçevesinde bir kanunla onaylanarak Türk iç hukukunun bir parçası durumuna getirilmiştir. New York Sözleşmesi, hukukî dinlenilme hakkını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak V/1-b maddesinde düzenleme konusu yapmıştır. New York Sözleşmesi’nde açıkça “*iddia ve savunma hakkı*” ifadesi kullanılmış olsa da modern zamandaki gelişmeler dikkate alındığında artık bunun yerine “*hukukî dinlenilme hakkı*” kavramının daha yerinde olması sebebiyle makalemizde bu kavramın kullanılması tercih edilmiştir. Makalemizde hukukî dinlenilme hakkının, bilgilenme, açıklama-ispat hakkı ve dikkate alınma-değerlendirme hakkı unsurlarının New York Sözleşmesi m. V/1-b uyarınca bazı özel kavramlarla (kamu düzeni, silahların

Makalenin Geliş Tarihi: 11.05.2023, **Makalenin Kabul Tarihi:** 22.05.2023.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Özel Hukuk) Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku ABD; E-posta: leventboru@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3043-3467.

eşitliği ilkesi, somutlaştırma yükü, gerekçe ve sürpriz karar verme yasağı ile) ilişkisi Türkiye’deki yargı kararları kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır.

Anahtar Sözcükler: New York Sözleşmesi, Tenfiz, Tenfiz Engeli, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Kamu Düzeni

Abstract

There are two regulations in Turkey regarding the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.: First of these is Turkish Private International Law and International Civil Procedure Code, the other is The New York Convention. The New York Convention has become a part of Turkish law by being ratified in accordance with Art.90 of the Constitution. The Convention regulates the right to be heard in Art.V/1-b as a reason that may prevent the enforcement of the arbitral award. Although the expression "right to claim and defense" is clearly used in the New York Convention, considering the developments in modern times, it is more appropriate to use the concept of "right to be heard". Therefore, the concept of "right to be heard" is used in our article. There are elements of the right to be heard, the right to informed, right to explain-proof, and right to be considered-evaluated. In our article, the relationship of these elements with some special concepts (public order, equality of arms, the burden of concretization, justification and the prohibition of making surprise decisions) in accordance with Art.V/1-b of the New York Convention has been evaluated within the scope of judicial decisions in Turkey.

Key Words: New York Convention, Enforcement, Enforcement Impediment, Right to be Heard, Public Order

GİRİŞ

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi¹ konusunda Türkiye’de geçerli olan iki düzenleme vardır: Bunlardan ilki 5718 sayılı Milletlerarası

¹ “Yabancı hakem kararlarının verildiği ülke dışında sonuç doğurması için iki tür dava açılabilir. Birincisi, “tanıma davası”dır. İkincisi ise, “tenfiz davası”dır. Yabancı hakem kararının tanınması veya tenfiz edilmesi yol ayrımına gelindiğinde, gidilecek yolu belirleyen bizzat yabancı hakem kararının kendisidir. Yabancı hakem kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum varsa o zaman tenfiz davası açılacaktır. Eğer yabancı hakem kararının içeriğinde, özünde icra dairesine başvurulmasını gerektiren bir durum yoksa o zaman tanıma davası

Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'dur. Diğerisi ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi'dir².

10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi³ (New York Konvansiyonu) hükümleri Anayasa m. 90 çerçevesinde bir kanunla onaylanarak Türk iç hukukunun bir parçası durumuna getirilmiştir. Türkiye'nin 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi'ni 3731 sayılı kanun ile 1991 yılında onaylamış olması ve Sözleşme'nin 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi karşısında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümleri New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan ve yerli hakem kararı da sayılmayan hakem kararlarının tenfizinde uygulama alanı bulmaktadır⁴. Aslında 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

açılacaktır." Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi," *Ankara Barosu Dergisi* 67, S. 1 (2009): 54, 55; Yabancı Hakem Kararları için ihtiyati haciz istenebileceği Yargı Kararları'nın kabul edilmektedir. Bkz "...Yabancı bir mahkemeden verilen hükmün Türkiye'de infazı için tanıma ve tenfizi gerekmektedir. Hukuken tanıma ve tenfiz edilmeden icraya konulamaz ise de, bu durum ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir. Nitekim Yargıtay kararları da aynı yöndedir. Somut olayda; Davacı tarafça Hakem Kararı ve kararın kesinleştiğine dair tercüme edilmiş belge örnekleri dosyaya ibraz edilmiştir. Mahkemece de belirtildiği üzere, dosyada mevcut delil durumu ve söz konusu hakem kararı dikkate alındığında, ihtiyati haciz kararı verilebilmesi için yaklaşık ispat koşulunun sağlandığı, davalı vekilinin diğer itiraz ve istinaf sebeplerinin İİK 265. maddesinde tahdidi olarak sayılan itiraz nedenleri arasında gösterilmediği, dolayısıyla mahkemenin 30/06/2021 tarihli kararının yerinde olduğu anlaşılmaktadır." İstanbul BAM 13. HD, E. 2021/1737, K. 2021/1368, 07.10.2021, (Lexpera).

² Adnan Deynekli, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof.Dr.Hakan Pekcanitez'e Armağan), Özel Sayı (2014): 105 vd.

³ RG, 21.05.1991, S. 20877; Sözleşme metni için bkz. RG, 25.01.1991, S. 21002.

⁴ Ferda Nur Güvenalp, *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali* (İstanbul: Onikilevha, 2018), 120; Mehmet Akif Gül, *New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri* (İstanbul: Onikilevha, 2016), 37; "Mahkemece, tüm dosya kapsamı ve benimsenen bilirkişi raporuna göre; İngiltere ve Türkiye'nin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında New York Konvansiyonuna taraf olması ve MÖHUK'un 1 (2) maddesinde milletlerarası anlaşmaların saklı tutulması nedeni ile Londra'da verilen hakem kararının tenfizine ilişkin talebin New York konvansiyonu uyarınca değerlendirileceği.." Y. 11. HD, E. 2020/2098, K. 2021/3091, 30.03.2021, (Lexpera).

Kanun m. 50 ve devamı hükümlerinde konuyla ilgili düzenleme bulunmasına karşın, sözü edilen Milletlerarası Sözleşmenin özel hükümler içermesi sebebiyle, MÖHUK'a göre yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrasında New York Sözleşmesi'nin öncelikle uygulanması gerekir⁵. Başka bir deyişle, New York Sözleşmesi hükümleri MÖHUK'a göre özel hüküm niteliğini kazandığı için artık bu hükümlerin önceliği bulunmaktadır⁶.

Dünya genelinde ticari tahkim mevzuatında en fazla kabul gören uluslararası sözleşme New York Sözleşmesi olduğu için bu sözleşmenin uygulama alanının kapsamı da oldukça geniştir⁷. New York Sözleşmesi m.1'e göre sözleşme, tenfizi istenen devletten başka devlette verilmiş hakem kararlarını kapsamaktadır. Türkiye'nin koyduğu çekinceye göre New York Sözleşmesi sadece ticari uyuşmazlıklara ve anlaşmaya taraf olan ülkelerden verilen hakem kararlarının tenfizinde uygulanabilecektir. Buna göre tenfizi talep edilen yabancı hakem kararının verildiği ülke sözleşmeyi onaylamamışsa yabancı hakem kararının tenfizi New York Sözleşmesi'ne göre değil, MÖHUK'a göre talep edilebilir⁸. Ancak burada şunu belirtmek isteriz ki, MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümleri,

⁵ Süha Tanrıver, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi," MHB (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan), (1997-1998): 472-473; "Bölge Adliye Mahkemesince, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 60-63. maddeleri arasında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin düzenlendiği, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar kapsamında bulunmayan uyuşmazlıklarda adı geçen kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olmakla birlikte, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi" 08.05.1991 tarih ve 3731 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdiğinden, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde bu sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerektiği..." Y. 11. HD, E. 2020/7196, K. 2022/2796, 04.04.2022, (Lexpera); "Yabancı hakem kararlarının tenfizi yöntemi MÖHUK'un 45. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu konuda milletlerarası antlaşmalar olduğu ve TBMM tarafından onaylandığı takdirde iç hukuk kuralı haline gelen ve MÖHUK'a göre daha özel kanun niteliğinde bulunan milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir." Y. 11. HD, E. 2001/6144, K. 2001/9045, 19.11.2001, (Lexpera).

⁶ Banu Şit, *Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (Ankara: İmaj, 2005), 193.

⁷ Mustafa Serdar Özbek, *Tahkim Hukuku Cilt II* (Ankara: Yetkin, 2022), 1658.

⁸ Deynekli, "Sorunlar," 105-106.

New York Sözleşmesi hükümleri ile kesinleşme⁹ ve karşılılık şartı¹⁰ dışında genel olarak uyumludur¹¹. Makalemizde, yabancı hakem kararının

⁹ “Burada ayrıca diğer bir uyumsuzluk konusu olan dava konusu kısmi kararın tanınip tanınmayacağı hususu üzerinde de durulması gerekmektedir. Tahkim yargılaması sürerken, nihai karar verilmeden önce, hakemlerce belli meselelerin karara bağlanması halinde, bu karar ara kararı veya kısmi karar niteliğinde hatta talimat/emir niteliğinde olabilir. Belirleyici olan husus, verilen kararın ne şekilde adlandırıldığından çok, nihai karar verilmeden önce, muhakeme sürerken belli konuların hükme bağlanmış olmasıdır. Hukuki himaye ve tedbir içerikli bir ara kararı veya kısmi karar belirli bir zaman dilimi ile sınırlı olarak, konusu olan mesele hakkında nihai hüküm içerir. Burada, kararın belli bir süre için hüküm doğurması ile nihai karakteri arasında bir çatışma yoktur. Zira, karar ilişkin olduğu uyumsuzluk konusu bakımından nihai niteliktedir. Türk usul hukukunda, mahkeme kararları bakımından kabul edilen nihai karar-ara kararı ayrımının, hakem kararları bakımından da esas alınmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.....Özellikle kısmi kararın bir an önce icra edilmesinde menfaati olan taraf bakımından kararın nihailik niteliğinin tanınması büyük önem taşır. Ayrıca, New York Sözleşmesi'nin uygulanmasında önemli olan hakem kararlarının nihai olması değil, taraflar için bağlayıcı olmasıdır. Türk hukukunda MÖHUK 45/i maddesinde öngörülen kesinleşme veya icra kabiliyeti kazanma şartının, Türkiye'nin New York Sözleşmesi'ne taraf olmasından sonra bağlayıcılık şartı olarak yorumlanması, kısmi hakem kararlarının tenfizinde de geçerli olmalıdır. New York Sözleşmesi'nin kesinleşme yerine bağlayıcılık niteliğini öne çıkarmış olması da ilgili tahkim kurumunun kurallarına uygun olarak tesis edilen kararların bağlayıcılığının bu kurallar çerçevesinde değerlendirilmesini gerekli kılmaması nedeniyle, geçici nitelikte, fakat kısmi karar olarak verilen hakem kararlarının tenfizi bakımından olumlu bir etkidir. Ancak, sözleşmenin bu olumlu yönünün etkili olabilmesi için MÖHUK 45/i maddesinde öngörülen kesinleşme şartının bağlayıcılık olarak değerlendirilmesi gerekir...Yukarıda yapılan açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde ise, dava konusu kısmi hakem kararı mahiyeti itibariyle tanınabilecek bir karar olduğu gibi, verildiği anda kesin ve bağlayıcı bir karar olduğundan ve ayrıca, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca kararın vacibürriye olması gerektiği belirtildiğinden....” Y. 11. HD, E. 2017/3469, K. 2019/4259, 11.06.2019, (Lexpera); “Davacı şirketin mukim bulunduğu Rusya ile Türkiye'nin de imzaladığı 1958 tarihli New York Sözleşmesinin V/e maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi için vacibürriye (bağlayıcı) olması gerektiği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmesinin 9. maddesinde tahkim kurulunun verdiği kararın nihai olduğu, her iki tarafı da bağladığı hükme bağlanmıştır. Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Ticari Uyuşmazlıklar Mahkemesi ile ilgili düzenlemenin 44. maddesinde hakem heyeti kararlarının tahkim kararında belirtilen süre içinde gönüllü olarak uygulanacağı, eğer hükümde hiçbir süre öngörülmemişse bu kararın derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi Ticari Uyuşmazlık Mahkemesince verilen karar bağlayıcıdır. New York Sözleşmesinin V/e maddesinde hakem kararının bağlayıcı olması yeterli görüldüğünden mahkemenin kesinleşmiş hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle

Türkiye'deki Mahkemede tenfizi konusunda New York Sözleşmesi dikkate alınarak inceleme yapılmıştır.

New York Sözleşmesi m. V'de, hakem kararlarının tenfizine engel olacak durumlar sayılmıştır. Buna göre, yabancı hakem kararının tenfizi talebinin reddedilmesine ilişkin iddiaların New York Sözleşmesi m. V kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak yabancı hakem kararının tenfizi davasında hakem kararının esasına ilişkin içerik yönünden yerindelik değerlendirilmesi yapılamaz¹². Başka bir deyişle, yabancı mahkeme

tenfiz talebini reddetmesi de isabetsizdir." YHGK, E. 1999/19-467, K. 1999/489, 09.06.1999, (Lexpera).

¹⁰ "...dava konusu 18.01.2012 tarih ve 14-423 tahkim numaralı hakem heyeti kararı ile davalının sözleşmeye aykırı davranışı (temerrüdü) nedeniyle davacının değişik kalemlerden oluşan zararlarına karşılık toplam 202.939,71 USD tazminatın faizleriyle birlikte davalıdan alınarak davacıya ödenmesine ve ayrıca tahkim giderlerinin davalıdan alınarak davacıya ödenmesine karar verildiği, New York Sözleşmesi'ne ülkemiz ve İngiltere taraf olduklarından dava konusu hakem heyeti kararının diğer yasal koşulları içermesi halinde ülkemizde tenfiz edilebileceği, tahkim yargılamasının tüm aşamalarından haberdar olan davalının tahkim heyetine yazılı savunma dahi verdiği, hakem heyetinin oluşumu ve uygulanan hukukta bir eksiklik veya yanlışlık olmadığı, yine hakem heyeti kararının davalıya tebliğ edildiği, davalının itiraz ve yasa yollarına başvurmadağı, kararın kesinleştiği, davacının kararın kesinleşmesinden sonra tenfiz talebinde bulunduğu, hakem kararının verildiği İngiltere ve ülkemizin New York Sözleşmesi'ne taraf oldukları ve bu şekilde karşılıklılık koşulunun var olduğu, yabancı hakem kararının Türk Mevzuatı'na ve uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil eden bir yanının olmadığı..." Y. 11. HD, E. 2020/4636, K. 2020/5941, 17.12.2020, (Lexpera); "...New York Sözleşmesine taraf olan Fransa'da verilmiş olduğundan, uyumsuzluğa, Türkiye'nin de taraf olduğu "New York Sözleşmesi" hükümlerinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır." YHGK, E. 2011/13-568, K. 2012/47, 08.02.2012, (Lexpera); "New York Sözleşmesi'ne Türkiye ve hakem kararının verildiği İngiltere taraf olduğundan karşılıklılık şartının bulunduğu kabulünde de usul ve yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetilerek yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmadığından davalının temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanması gerekmiştir." Y. 19. HD, E. 1998/6099, K. 1998/7735, 17.12.1998, (Kazancı).

¹¹ Şit'e göre, son zamanlarda Yargıtay Kararlarında kesinleşmenin, bağlayıcılık kapsamında yorumlanması ve New York Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin sayısının fazlalaşması sebebiyle, Sözleşme'nin uygulama alanının daha da genişlemesi sonucunda, MÖHUK hükümleri ile New York Sözleşmesi hükümleri arasındaki bu iki farklılık da etkisiz duruma gelmiştir. Karşılaştırmalı olarak MÖHUK ve New York Sözleşmesi Çerçevesinde tenfiz için bkz. Şit, *Tenfiz*, 200.

¹² Nuray Ekşi, "Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni," *Public and Private International Law Bulletin* (Prof.Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 40, S. 23 (2020): 151.

kararlarının tenfizine ilişkin Türk mahkemelerinin yetkili olduğu davalarda, Türk hukukunda revizyon yasağının¹³ kabul edilmiş olması sebebiyle, söz konusu kararın esasına ilişkin bir denetim yapılması mümkün değildir; mahkeme, sadece tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin koşullarının uygun olup olmadığını denetleme yükümlülüğü altındadır¹⁴.

Hakem kararlarının tenfizini engelleyen sınırlı (tahdidi) şekli koşullar ise şunlardır: 1- Tahkim anlaşmasının geçersizliği ve tarafların ehliyetsizliği, 2- hukuki dinlenilme hakkının ihlali, 3-tahkim sözleşmesinin dışında karar verilmesi, 4- hakem seçim yöntemine veya usule uygulanacak kurallara aykırılık; 5- hakem kararlarının bağlayıcı olmaması veya iptal edilmiş olması, 6- hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olması, 7- uyuşmazlığın ticari olmaması, 7- karşılılığın bulunmaması¹⁵. Tenfizi engelleyen söz konusu bu durumların bazılarının ilgili tarafça tenfize engel olduğu şeklinde iddia ve ispat edilmesi gerekirken, bazılarının ise Mahkemece kendiliğinden gözetilmesi mümkündür¹⁶. Makaledeki inceleme konumuz, New York

¹³ “Milletlerarası literatürde, bir yargı organı veya yargılama mercii tarafından verilen kararların doğru ya da yanlışlığının istinaf veya temyiz organı tarafından gözden geçirilmesi olgusu ‘revizyon’ incelemesi olarak adlandırılmaktadır. Esas yönünden, doğruluğunun incelenmesi Türk hukukunda kabul edilmemiştir.” (Adem Aslan, “Tahkim Davalarında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 30)

¹⁴ Gizem Ersen Perçin, *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (İstanbul: Onikilevha, 2023), 216; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, 5. Bası (İstanbul: Vedat, 2020), 448; Deynekli, “Sorunlar,” 116; “*Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminata hükmedilmesini savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hake kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (revision au fond) kapsamında bulunduğundan tenfiz mahkemesine bu iddiaları inceleme yetkisi tanınmamıştır.*” Bkz. Y. 19. HD, E. 2000/7171, K. 2000/7602, 09.11.2000, (Lexpera).

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı, *Tahkim*, 476 vd.

¹⁶ “New York Konvansiyonu’nda, hakem kararının tanınmasında ve tenfizinde esasa ilişkin şartlar, mahkeme tarafından resen incelenecek şartlar ve aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafın ispat etmesi gerekli olan şartlar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde aranılan şartlar, tahdididir. Tanıma veya tenfiz davasında, bu şartlar dışında mahkemenin başka bir inceleme yapması mümkün olmadığı gibi kural olarak hakem kararının maddi içerik yönünden doğruluğu inceleme konusu yapılamaz.” Ekşi, “Kamu Düzeni,” 151.

Sözleşmesi'ne göre yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi engeli olarak hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin güncel yargı kararları kapsamında incelenmesidir.

I. NEW YORK SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZİ ENGELİ OLARAK HUKUKİ DİNLENİLME HAKKININ İHLALİ

A. Kavramsal Tespit

“Hukuki dinlenilme hakkı” kavramı, bazı hukuk dallarında “iddia ve savunma hakkı” olarak adlandırılmaktadır¹⁷. Örneğin hak arama özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa m. 36'da “iddia ve savunma hakkı” kavramı kullanılmıştır¹⁸. Asıl inceleme konumuz olan New York Sözleşmesi'nde ise “hukuki dinlenilme hakkı” yerine “iddia ve savunma hakkı” kavramı kullanılmıştır. Şöyle ki New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde “*aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*” ispatlanırsa hakem kararının tenfizi talebinin reddedilebileceği belirtilmiştir. New York Sözleşmesi'nin İngilizce “*right to present his case*” ve Almanca “*Angriffs oder Verteidigungsmittel geltend machen*” metinlerinde kullanılan ifadeleri de “iddia ve savunma hakkı” olarak Türkçeye çevrilmiştir; bu kavramların çevirisi iddia ve savunma hakkını karşılamaktadır¹⁹.

“Hukuki dinlenilme hakkı” ilk defa hukuk sistemimizde ismen kanuni olarak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK m. 27 ve 423 ile hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla bu hak, HUMK'da düzenlenmemiştir. Daha sonra doktrinde yapılan çalışmalar ölçüsünde Alman hukukundaki “*rechtliches*

¹⁷ Bu kavramlar için bkz. Güvenalp, *İhlal*, 5 vd; Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı* (Ankara: Yetkin, 2003), 34 vd; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 31 vd; Ejder Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 1 vd.

¹⁸ Özbay ve Korucu; hak arama özgürlüğünün, iddia ve savunma hakkı anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bkz. İbrahim Özbay ve Yavuz Korucu, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444* (Ankara: Adalet, 2016), 240.

¹⁹ Bkz. Güvenalp, *İhlal*, 24.

Gehör” veya “*der Anspruch auf rechtliches Gehör*” kavramının karşılığı “*hukuki dinlenilme hakkı*” olarak değerlendirilmiştir²⁰.

Yılmaz²¹, temel insan hak ve özgürlüklerinden birinin de “*hak arama özgürlüğü*” olduğunu; bu hakkın, eski dönemlerde yazılan kitaplarda önceleri, yalnızca dava açma (iddia etme; mahkemeye başvurma) hakkı öne çıkarılarak dar bir bakış açısıyla davacı yönünden değerlendirilip yorumlandığını, daha sonraları ise, özellikle ceza yargılamasında sanığın savunma hakkının öneminin giderek daha iyi anlaşılmasına bağlı olarak, savunma hakkını da içerecek şekilde “*iddia ve savunma hakkı*” adı altında anlaşılmaya başlandığını; insanlık tarihinde insan haklarının, “*insan*” denilen varlığa verilen değer ölçüsünde giderek genişleyip derinleşen bir vakıa olduğunu, bu durumun, iddia ve savunma hakkını da etkilediğini; tarihsel gelişmeler sonucunda, “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının yanı sıra ve sıklıkla onun yerine kullanılmakta olan “*hukuki dinlenilme hakkı*” kavramının gündeme geldiğini; bu hakkın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6’da düzenlenen “*adil yargılanma hakkı*” ile ilişkilendirildiğini ve böylece bu insanlık hakkına derinlik kazandırıldığını belirtmiştir.

Ersen Perçin²², uygulamada ve doktrinde sıklıkla, “*hukuki dinlenilme hakkı*” ifadesinin yerine “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının kullanıldığını; fakat gerçekte, iddia ve savunma hakkının, sadece hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından biri ile ilişkili olan bir hak olduğunu vurgulayarak her iki kavramın birbirinden farklı olduğunu vurgulamıştır.

Güvenalp²³, hukuki dinlenilme hakkı kavramının HMK öncesinde Türk iç hukukunda düzenlenmediğini, Alman hukukundaki “*rechtliches Gehör*” kavramının Türkçe karşılığı olarak suni yaratılmış bir kavram olduğunu, iddia

²⁰ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 36; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 38; “*Hukukumuzda hukuki dinlenilme hakkı, ‘iddia ve savunma hakkı’, ‘hakim önünde meram anlatma ilkesi’, ‘tarafın dinlenmesi ilkesi’, ‘teşkil-i tarafeyn’, ‘tarafın teşkili ve dinlenmesi’ ya da Almanca karşılığı ‘Rechtliches Gehör ilkesi’ olarak Türkçe’ye çevrilmeden aynen ifade edilmiştir.*” Hakan Pekcanıtez, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” içinde *Makaleler Cilt I*, Editör: Hakan Pekcanıtez (İstanbul: Onikilevha, 2016), 509.

²¹ Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 1-2.

²² Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 19.

²³ Güvenalp, *İhlal*, 5 vd; bununla birlikte yazar, daha sonra yayımlanmış olduğu makalesinde açıkça Sözleşmenin bu ifadesinin hukuki dinlenilme kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ferda Nur Güvenalp, “Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 106.

ve savunma hakkının, hukuki dinlenilme hakkı ile tam olarak örtüşmediğini belirterek yabancı hakem kararlarının tenfizi anlamında “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının kullanılmasının daha yerinde olduğunu belirtmiştir.

Doktrindeki hakim görüşe göre²⁴ ise, yabancı hakem kararlarının tenfizi anlamında da olsa “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının yerine artık “*hukuki dinlenilme hakkı*” ifadesinin kullanılması gerekir. Kanaatimizce de New York Sözleşmesi’nde açıkça “*iddia ve savunma hakkı*” ifadesi kullanılmış olsa da modern zamandaki gelişmeler dikkate alındığında artık bunun yerine “*hukuki dinlenilme hakkı*” kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkını da içerisine alan daha geniş bir hak (veya ilke) olup tenfiz engeli olarak da bunun dikkate alınması gerekir²⁵. Zira hukuki dinlenilme, yargılamadan bilgi sahibi olup yargı mercileri önünde açıklamada bulunulmasını, delil sunulmasını, yargılamaya etki edebilmesini

²⁴ Bkz. Akıncı, *Tahkim*, 498; Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 36, 231; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 216; Berk Demirkol, “Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukuki Dinlenilme Hakkı,” içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 181; Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 6 vd; Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 244.

²⁵ Pekcanitez, “Hukuki Dinlenilme,” 510; Ersen Perçin, *Hukuki Dinlenilme Hakkı*, 19-20; “*Hukuki dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla, ‘iddia ve savunma hakkı’ olarak bilinmektedir. Ancak, hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır. Bu hak, yargılamanın tarafları dışında, müdahiller ve yargılama konusu ile ilgili olanları da kapsamına almaktadır. Ancak, her yargılama süjesi kendi hakkıyla bağlantılı ve orantılı olarak bu hakka sahiptir.*” Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 6; “.... Bu hakka, tarafın hakime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukuki dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayana daha geniş bir anlama sahiptir....Hukuki dinlenilme hakkı olarak da ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla ‘iddia ve savunma hakkı olarak bilinmektedir. Ancak, hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.” YHGK, E. 2011/554, K. 2011/684, 23.11.2011, (Lexpera); Özekes’e göre, iddia ve savunma hakkı, bir yönüyle hukuki dinlenilme hakkı içinde yer alan tarafların açıklamada bulunması ile yakından ilgilidir, bu bakımından hukuki dinlenilme hakkı dışında daha geniş bir anlamı taşımaktadır. Fakat diğer taraftan da, hukuki dinlenilme hakkı dışında daha geniş bir anlamı taşımaktadır. Her iki durumda iddia ve savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkına göre kavramı daha iyi ifade etmektedir. Bkz. Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 35; Özbay ve Korucu’ya göre, hukuki dinlenilme hakkı, hak arama özgürlüğü olan iddia ve savunma hakkının bir görünümüdür; buradan çıkan sonuç ise, hak arama özgürlüğünün (iddia ve savunma hakkının), hukuki dinlenilme hakkına göre daha geniş bir kavram olduğudur. Bkz. Özbay ve Korucu, *Tahkim*, 240.

ve yargı mercilerince bunların dikkat alınıp değerlendirilerek, gerekçe oluşturulduktan sonra karar verilmesini ifade etmektedir²⁶. Bu sebeple çalışmamızda da “*iddia ve savunma hakkı*” kavramının yerine “*hukuki dinlenilme hakkı*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

B. Hukuki Dinlenilme Hakkı ve İhlali

Hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla birlikte aynı zamanda HMK m. 27’de düzenlenerek, adil yargılanma hakkından ayrıştırmış bir ilke durumunu almıştır. HMK m. 27/1’e göre, davanın tarafları, müdahilleri ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olacaklardır. Hukuki dinlenilme hakkının unsurları da HMK m. 27,2’de belirtilmiştir: “1- *Hak, öncelikle tarafların yargılama ile ilgili bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir (bilgilenme hakkı)*. 2- *Taraf, bilgi sahibi olduğu konuda açıklama ve ispat hakkını kullanabilmelidir (açıklama hakkı)*. 3- *Mahkemenin, bu yapılan açıklamaları ve sunulan delilleri dikkate alarak değerlendirmesi ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirmesi gerekmektedir (dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü)*”. Hukuki dinlenilme hakkının bu unsurlarının New York Sözleşmesi m. V anlamında ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca HMK m. 423’te açıkça tarafların tahkim yargılamasında da hukuki dinlenilme haklarının olduklarından bahsedilmiştir.

New York Sözleşmesi, hukukî dinlenilme hakkını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak V/1-b maddesinde düzenleme konusu yapmıştır. Bu düzenlemeye göre, “*aleyhine hakem hükmü ileri sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*” iddiasının ileri sürülmesi ve ispat edilmesi durumunda hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir. Sözleşme metnindeki “*hakemin tayininden ya da hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş*” olunması durumu hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarından biri olan bilgilenme hakkına²⁷, “*diğer bir sebep yüzünden iddia*

²⁶ Özokes, *Hukuki Dinlenilme*, 36.

²⁷ Bilgilenme hakkı, genellikle usulüne uygun tebligat yapılması ile doğrudan ilgilidir. Tenfizi talep edilen yabancı hakem kararının bu noktada ilgili devletin kanunlarına göre tarafları bilgilendirmiş olması durumu ise usule uygun kabul edilmektedir. Bu noktada şu şekilde bir Yargıtay Kararı vardır: “*Tahkim yargılaması boyunca davalı*

ve savunma vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş” olunması durumu ise diğer unsurlardan olan açıklama ve dikkate alınma haklarına karşılık gelmektedir²⁸.

Çalışmamızda hukuki dinlenilme hakkının, bilgilendirme, açıklama-ispat hakkı ve dikkate alınma-değerlendirme hakkı unsurlarının New York Sözleşmesi m. V/1-b uyarınca bazı özel kavramlarla ilişkisi Türkiye’deki yargı kararları ile birlikte değerlendirilmesi yapılacaktır. Özellikle aşağıda incelenecek olan bu kavramların değerlendirilmesi, yabancı hakem kararlarının tenfizinde yerli hakem kararlarında dikkate alınması gereken ilkelerden farklılık arz edebilecektir. Söz konusu ilkelerin olması gerektiği gibi yerinde olmayan bir şekilde uygulanması ise, “*hukuki dinlenilme hakkı paranoyası*” yaratabilecektir; yani tahkim yargılamasında, hukuki dinlenilme hakkına saygı gösterilmesi, hakemler bakımından bir paranoya (korku) durumuna gelebilmektedir; çünkü hakemler, tahkim yargılaması sonucunda karar verdikten sonra, tarafların hakem kararına karşı tenfiz taleplerinin bu şekilde engellenmesi mümkün olabilmektedir²⁹.

tarafın dava dilekçesinde belirttiği adrese kurye ve posta yoluyla yine şirket mail adreslerine tebligat yapıldığı, yargılamadan haberdar edildiği, davalı şirket yargılamadan usulüne uygun haberdar edilmediklerini, savunma haklarının sınırlandırdığı iddia etmiş ise de; sözleşmede yer alan tahkim şartında tahkim yargılanmasına ilişkin tebligatların şekline ilişkin bir hüküm bulunmadığı, tahkim yeri İngiltere olarak belirlendiğinden İngiliz Tahkim Kanunu hükümlerine göre tebliğ yapılmasında bir engel bulunmadığı, davalının, tahkim şartı öngören 20.03.2018 tarihli sözleşmedeki imzanın şirketi temsile yetkili kişi tarafından atılmadığı dolayısı ile tahkim şartının şirketi bağlamayacağını iddiasını ilk derece mahkemesinde ileri sürmediği anlaşıldığından davalının bu yöndeki istinaf talebi yönünden inceleme yapılmadığı, yapılan yargılama sonucu toplanan deliller, ileri sürülen istinaf sebepleri birlikte dikkate alındığında mahkemenin vakıa ve hukuki değerlendirmesinde usul ve esas yönünden yasaya ve dosya kapsamına aykırılık bulunmadığı..” Y. 11. HD, E. 2020/7196, K. 2022/2796, 04.04.2022, (Lexpera).

²⁸ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 34-35; Mehmet Akif Gül, “New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali,” *TAAD* 7, S. 29 (2017): 362.

²⁹ Demirkol, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 195; Demirkol, taraflarca hukuki dinlenilme hakkının bir silah olarak kullanılmasının önüne geçilmesi gerektiğini, bu hakka dayanarak hakem heyetinden ek taleplerde bulunulması veya davaya geciktirmeye çalışılmasına izin verilmemesi gerektiğini; iptal davası veya tenfiz talebi çerçevesinde bu durumları inceleyen devlet mahkemelerinin de hukuki dinlenilme hakkını sınırsız bir hak olarak değerlendirmemesini ve bu hakkın kullanımının hakkaniyet ölçüsünde değerlendirilmesi gerektiği görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Demirkol, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 198.

II. NEW YORK SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TÜRKİYE'DE TENFİZ ENGELİ OLARAK BAZI KAVRAMLARIN HUKUKİ DİNLENİLME HAKKI İLE İLİŞKİSİNİN KURULMASI

A. Kamu Düzeni ile İlişkisi

Hukuki dinlenilme hakkının ihlali, kamu düzenine aykırılık kavramıyla oldukça yakından ilişkilidir; New York Sözleşmesi'nde hakem kararının tenfizine engel olan sebepler olarak bu iki kavram farklı cümlelerle düzenlenmiştir; hukuki dinlenilme hakkının ihlali, ancak davalının savunması (itirazı) üzerine dikkate alınabilecek bir tenfiz engeliyken, buna karşın kamu düzenine aykırılık durumları ise, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınabilmektedir³⁰. Buna göre hakem kararının tenfizi talebinin reddini Sözleşme m. V/1-b hükmü bağlamında talep eden taraf, tenfize engel bir sebep bulunduğunu iddia ve ispat etme yükü altında olmasına karşın, aynı hüküm ayrıca kamu düzeni olarak kendiliğinden dikkate alınabilecek bir tenfiz engeldir; bu bakımdan hukuki dinlenilme hakkının ihlaline ilişkin Sözleşme m. V/1-b hükmüyle getirilen kendiliğinden dikkate alma yetkisinin hukuki dinlenilme hakkını sınırlandırmadığının değerlendirilmesi gerekir³¹. Zira hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiğine dayanarak taraflarca tenfize karşı çıkılmaması durumunda, tarafların hukuki dinlenilme hakkından feragat ettiği varsayılmalıdır; bu şekilde hakem kararının geçerli olmasına izin verilmektedir³²; fakat gerekirse hukuki dinlenilme hakkının unsurlarıyla ilişki kurulması durumunda mahkeme kamu düzeni sebebiyle yabancı hakem kararının tenfizini engelleyebilmektedir.

Hakem mahkemesince, tarafların yargılamada farklı işlemlere tabi tutulması, yargılamadaki eşitliklerin bozulması ve karşılıklı iddia ve savunmada bulunma haklarının New York Sözleşmesi V, I/b uyarınca ihlal edilmiş olması, tenfiz bağlamında ayrıca kamu düzeninin müdahalesi

³⁰ Akıncı, *Tahkim*, 505; Cemile Demir Gökyayla, "Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı-Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni," içinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen (İstanbul: Onikilevha, 2022), 73-74, 80; Gül, "Hukuki Dinlenilme," 362; Gül, *Tenfiz Engelleri*, 33 vd.

³¹ Gül, "Hukuki Dinlenilme," 368; Aksi durumun kabul edilmesi durumunda ise tenfiz ile ilgili görevli mahkemelerin, hukuki dinlenilme hakkının ihlali durumlarını kendiliğinden inceleme konusu yapamayacakları anlamına gelir ki bu yerinde olmaz. Bkz. Şit, *Tenfiz*, 210-211; Gül, *Tenfiz Engelleri*, 368 vd.

³² Demir Gökyayla, "Kamu Düzeni," 80.

sonucunu da doğuracaktır³³. O halde hukuki dinlenilme hakkının bazı unsurlarının ihlal edilmesi durumunda, yargılamanın taraflarınca ileri sürülmesi dahi mahkeme bu unsurları kamu düzeninin ihlali sebebiyle kendiliğinden dikkate alabilecektir.

New York Sözleşmesi m. V/2/a uyarınca, hakem kararının tenfizi talep edilen ülkenin kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilmesi, hakem kararının tenfizinin reddedilmesi için bir gerekçe oluşturmaktadır ve hâkim böyle bir durumda kamu düzenine aykırılığı tespit ederse, söz konusu hakem kararının tenfizini kendiliğinden reddedebilecektir³⁴. Bu noktada tenfizi talep edilen ülkedeki mahkemenin kamu düzeni kavramını nasıl nitelendirmiş olduğu önemlidir. Zira tenfiz talebine konu yabancı hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespiti, esas itibarıyla mahkemenin takdirine bırakılmıştır; ancak mahkeme, takdir yetkisini kullanırken milletlerarası özel hukukun varlık sebebini ve bu hukukun genel ilkelerini dikkate almak durumundadır³⁵; çünkü sektörel yaklaşıma göre, kamu düzeni kavramının içeriği bir hukuk bölümünden diğerine göre farklılık gösterir; medeni hukuktaki içeriğiyle, devletler özel hukukunda ifade ettiği anlam farklı olduğu gibi idare hukukunda da başkadır³⁶. Hatta aynı hukuk bölümünde bile zaman zaman kamu düzeninin içeriği değişkenlik gösterebilir; bu sebeple doktrinde kamu düzeninin tekdüze bir kavram olarak anlaşılmaya çalışılmasının gerekli olmadığı ileri sürülmüştür³⁷. Ancak burada şunu belirtmek isteriz ki kamu düzeni kavramının pozitif hukuk sisteminde bir tanımı olmasa da milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni anlayışı, milli (yerli) hukuktakinden farklıdır; milletlerarası kamu düzeni kavramının, milli hukuka kıyasla daha dar ve sınırlı olarak değerlendirilmesi gerekir³⁸.

³³ Tanrıver, “Kamu Düzeninin Etkisi,” 485-486.

³⁴ Akıncı, *Tahkim*, 542.

³⁵ YHGK, E. 2013/1135, K. 2014/973, 26.11.2014, (Lexpera).

³⁶ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (İstanbul: Onikilevha, 2011), 17; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 253 vd.

³⁷ Bkz, Okay Tekinsoy, *Kamu Düzeni*, 17-18; “Kamu düzeninin tanımlanmasındaki güçlük, sadece bununla sınırlı kalmamakta, mezuatımızdaki hangi hükmün kamu düzeni amacını taşıdığının tespitinde de yaşanmaktadır. Öyle ki, bir hükmün kamu düzenine ilişkin olup olmadığı o hükmün yer aldığı hukuk dalından ve amacından, maddenin yazılış şeklinden anlaşılması mümkün olabilse de, günümüzde kamu düzeni ancak yorum yolu ile ortaya çıkarılabilmektedir.” Aydemir, *Tahkim Sözleşmesi*, 255.

³⁸ İbrahim Özbay, *Hakem Kararlarının Temyizi* (Ankara: Yetkin, 2004), 274; Kemal Dayınlarlı, *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri* (Ankara: Dayınlarlı, 1994), 19.

Kamu düzeni, hem usule hem de esasa ilişkin olarak yabancı hakem kararlarının tenfizini engelleyebilir³⁹; kamu düzeninin çerçevesinin tam olarak çizilememesi, kamu düzeninin etkisinin her tenfiz davasının özelliklerine göre değişmesi; devletlerin ve dolayısıyla bu devletlere ait mahkemelerin kamu düzeni anlayışında değişkenlik gösterebilir⁴⁰.

Tenfizle ilgili Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında⁴¹ kamu düzeni kavramının tanımı ve kapsamı şu şekilde belirtilmiştir: “*Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her bir somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak tanım yapılabilir. İç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adab ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.*”

³⁹ “Milletlerarası Hukuk Enstitüsü’nün Milletlerarası Ticari Tahkim Komisyonu kamu düzeni konusunda bir çalışma yaparak yayınladığı rapora göre; kamu düzeni, usule ve esasa ilişkin olarak ikiye ayrılır. Usule ilişkin kamu düzeni kavramına hakem kurulunun oluşturulmasında hile yapılması, hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesi, hakemin tarafsız ve bağımsız olmaması, hakem kararında gerekçe olmaması, uygulanacak hukukun açık bir şekilde göz ardı edilmesi, vakıaların açık bir şekilde göz ardı edilmesi hususları girer. Esasa ilişkin kamu düzeni kavramı içinde ise emredici kurallara aykırılık, hukukun temel ilkelerine aykırılık, ahlaka aykırılık ve kamu menfaatlerine aykırılık girmektedir.” Bkz. Hakan Pekcanitez ve Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*, 15. Bası (İstanbul: Onikilevha, 2017), 2777-2778; Dayınlarlı, *Kamu Düzeni*, 92 vd; Bkz. İstanbul BAM 14. HD, E. 2019/2100, K. 2020/74, 30.01.2020, (Lexpera).

⁴⁰ Bkz. Ekşi, 152; “....özellikle Yabancı Mahkemelerin Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi 2/b fıkrasınca hakem kararının tanınma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olmaması kuralı karşısında verginin kamu düzenini ilgilendiren bir sorun olması da gözetilerek. H.G.K.'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” YHGK, E. 2011/13-568, K. 2012/47, 08.02.2012, (Lexpera).

⁴¹ Bkz. YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (RG, 20.09.2012, S. 28417).

O halde her bir somut olayda, kamu düzenine aykırılığın varlığının belirlenmesinde, hâkime geniş ölçüde takdir hakkı tanınmıştır. Hâkim kendisine tanınan bu takdir hakkını, önüne gelen olayın koşullarını ve özelliklerini gözeterek kullanacaktır⁴². Ayrıca kamu düzenine aykırılık, emredici kanun hükümlerine aykırılık anlamına da gelmez; kanunun emredici hükümleri genelde toplum yararı ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla konulmuş olsa da her emredici hükme aykırılık kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmaz⁴³. İşte bu noktada kanaatimizce ülkemizde hukuki dinlenilme hakkının kapsamının doğru bir şekilde tespit edilmesi ile birlikte mahkeme ayrıca hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin kamu düzeni ihlali olarak değerlendirebilecektir⁴⁴; bu durum ülkemizdeki tenfizle görevli mahkemelere yardımcı da olacaktır. Bununla birlikte ülkemizdeki kamu düzeninin kapsamı bakımından doktrinde hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin tenfize engel olmasıyla ilgili şu değerlendirmeler yapılmıştır:

Deynekli'ye⁴⁵ göre, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaması, tahkim anlaşmasında taraflardan birine üstünlük tanınması, sözleşme konusunun ahlaka aykırı olması, hakem kararının gerekçesiz olması durumunda hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilebilir.

Tanrıver'e⁴⁶ göre, hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurulmasından önce, yani başvuru hakkının doğumundan önceki evrede, karşılıklı bir biçimde feragat edilmesini öngören anlaşmalar geçerli değildir; böyle bir düzenlemenin işlerlik kazandığı yabancı hakem kararlarının tenfizi bağlamında, kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşılır; yani tenfiz talebi geri

⁴² Tanrıver, "Kamu Düzeninin Etkisi," 477; "Yargıtay uygulamalarında kamu düzeni konusunda bir takım temel ilkeler belirlenmekte ve bu ilkeler her bir somut olaya uygulanmaya çalışılmaktadır. Ancak kavramın muğlak yapısı, belirgin ve sabit bir olgu olmaması ve sınırlarının net şekilde çizilememesi uygulamada çeşitli anlayış farklılıkları ortaya çıkabilmektedir. Öte yanda gerek iptal gerekse tenfiz davaları yönünden tahkim yargılamasında kamu düzeni kavramının tarafların istismasına açık bir kavram olduğuna vurgu yapmak gerekir." Aslan, "Hukuki Dinlenilme Hakkı," 35.

⁴³ Özbek, *Tahkim*, 2015.

⁴⁴ Bununla birlikte hukuki dinlenilme hakkının kamu düzenine aykırı olarak nitelendirmeyen ülkeler bakımından ise Sözleşme m. V/1-b hükmüyle söz konusu hak güvence altına alınmıştır. Bu sebeple, hukuki dinlenilme hakkının ihlalinin kamu düzenine aykırılıktan bağımsız olarak hükme konu yapılması yararlıdır. Bkz. Gül, *Tenfiz Engelleri*, 369.

⁴⁵ Deynekli, "Sorunlar," 121.

⁴⁶ Tanrıver, "Kamu Düzeninin Etkisi," 488.

çevrilir. Yazara göre, henüz doğmamış olan bir haktan feragat edilmesi, eşyanın tabiatı gereği mümkün olmamalı ve yabancı hakem kararının tenfizinin kamu düzeni bakımından reddini gerektirmelidir.

Özbek'e⁴⁷ göre, kural olarak hakem kararı üzerinde mahkemece denetim yapılması engellenemez; uygulanacak tahkim hukuku izin vermediği durumda, iptal davası açma hakkından önceden feragat edilmesi kamu düzeni kurallarına aykırı olduğundan geçersizdir. Buna göre hakem kararına karşı iptal davası açma hakkından feragat edilmesini öngören sözleşmelerin geçerli olması için, tarafların tahkim yeri hukukunun öngördüğü koşullar yanında ilgili ülkenin yargı kararlarını da dikkate alması gerekir. Yazar, yabancı ülkelerde bu konuyla ilgili çeşitli düzenlemelerin olduğundan bahsetmiştir⁴⁸.

Uygulamada özellikle yabancı hakem yargılamalarında nihai kararın verilmesinden önce taraflarca sözleşme ile iptal davası açması hakkından (kanun yollarına başvuru hakkından) feragat edilebildiği görülmektedir⁴⁹. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/5 göre, hakem kararı verilmeden önce tarafların tahkim sözleşmesi ile açıkça iptal davası açma haklarından tamamen veya kısmen feragat edebilecekleri düzenlenmiştir⁵⁰. 6100 sayılı HMK'nun tahkime ilişkin hükümlerinde ise böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. HMK'da tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmesine olanak tanıyan açık bir düzenleme olmadığından, yerel (milli) tahkimde hakem kararı taraflara bildirilmeden önce tarafların iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat etmesi mümkün olmamalıdır⁵¹. Buradan hareketle tahkim hükümlerinin yabancı veya yerli olmasına göre kanun yolundan feragat konusunda ayrımın yapılması gerekir⁵². Gerçekten de yabancı hakem yargılamalarında henüz hakemlerin nihai kararlarını vermelerinden önce

⁴⁷ Özbek, *Tahkim*, 2046; Mustafa Serdar Özbek, "Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmesi," içinde *Prof. Dr. Necmettin Berkin'e Armağan*, Editör: MİHBİR (İstanbul: Filiz, 2021), 801 vd.

⁴⁸ Çeşitli yabancı hukuk düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, *Tahkim*, 2047 vd; Özbek, "Feragat," 805 vd.

⁴⁹ Özbay, *Temyiz*, 295 vd.

⁵⁰ "İptal davası açma hakkından feragat imkanının öngörülmesinin sebepleri, ilgili devletin milletlerarası alanda tercih edilen bir tahkim merkezi olması ve milletlerarası tahkimin etkinliğinin artırılmasıdır. İptal davası açma hakkından feragat edilmesiyle hakem kararına karşı iptal davası açılmayacağından, hakem kararının başka ülkelerde tanınması ve tenfizinin geciktirilmesi önlenir." (Özbek, *Tahkim*, 2061).

⁵¹ Özbek, *Tahkim*, 2058.

⁵² Özbay, *Temyiz*, 299.

kanun yollarından feragatin olağan karşılandığı anlaşılmaktadır⁵³. Böyle bir durumda ise yabancı hakem kararının ilgili hukuk sistemine göre tarafların önceden kanun yoluna başvuru hakkından feragat etmeleri durumunda bu husus (New York Sözleşmesi anlamında) doğrudan bir tenfiz engeli olarak görülmemektedir⁵⁴. Aslında milletlerarası tahkim uygulamasının aksine, usul hukukunda temel olan genel geçer ilke (HMK m. 349; 366’da mahkemeler için hükme bağlandığı gibi) tasarruf yetkisi kapsamında kanun yoluna başvurudan feragatin geçerli olduğu; ancak bu yetkinin kullanılabilmesinin hakkın doğduğu tarihten sonra mümkün olabilmesidir⁵⁵.

B. Silahların Eşitliği İlkesi ile İlişkisi

Silahların eşitliği ilkesi⁵⁶, taraflarca iddialarının ileri sürülmesini, dinlettirilmesini ve kabul ettirilmek bakımından yargılamada eşit fırsat ve imkânlar sağlanmasını ve bu konuda taraflardan birinin diğerine karşı

⁵³ “Taraflara milletlerarası hakem kararlarına karşı kanun yollarından önce feragat etme olanağının tanınmaması, yabancılar tarafından dayanılmaz bir vesayet olarak algılanma tehlikesini de beraberinde getireceği belirtilmektedir. Bu nedenle, milletlerarası tahkimde feragat hususu, iç tahkimin aksine daha esnek uygulanmaktadır. Bunun bir nedeni, milletlerarası tahkimde, hakem kararının tanınması ve tenfizi olasılığında ek bir denetim mekanizması öngörülmesidir. Zira hakem kararının tanınması ve tenfizinin reddi nedenlerinin harekete geçirilmesi ile, feragat olsa bile, zaten bir denetim işlevi yerine getirilmiş olmaktadır. Ayrıca milletlerarası tahkimde, devamlı iş ilişkileri içinde bulunan firmalar, aralarındaki anlaşmazlığı büyötmek istemeyebilirler. Bu nedenle bilgi donamına güvendikleri kişi veya kişileri hakem seçerek, hakemlerin vermiş oldukları karara razı olma konusunda daha başlangıçta anlaşmış olabilirler. İşte böyle bir düzenleme milletlerarası ticaretin gereklerine de uygun olmaktadır.” (Özbay, *Temyiz*, 299-300).

⁵⁴ Bkz. ayrıntılı bilgi için Özbek, *Tahkim*, 2046 vd.; Özbay, *Temyiz*, 289 vd.

⁵⁵ Bkz. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası (İstanbul: Filiz, 2022), 415-416; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 8. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 654; L. Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku*, 11. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 600; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 5. Bası (Ankara: Yetkin, 2022), 621-623.

⁵⁶ “Davacı ile davalının, iddia ve savunma hakkından eşit olarak yararlandırılmaları şarttır. Yargılama öğretisinde bu hususa ‘silahların eşitliği’ adı verilmektedir. Bu husus iddia ve savunma dengesi olarak da ifade olunabilir. Aslında bu durum, insanlığın ezelden beri bildiği ‘adalet terazisi’ nin gereğidir.” Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 2.

üstün durumda olmasının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir⁵⁷. Silahların eşitliği ilkesi, diğer bir ifadeyle taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi, tahkimde hangi usûl kuralları uygulanırsa uygulansın, yargılama usûlüne hâkim olması gereken bir ilkedir. Yani taraflarca seçilen usûl kuralları ne olursa olsun hakemler, taraflara eşit muamelede bulunmalı ve tarafların iddia-savunma hakkına dikkat etmelidirler⁵⁸. Zira, silahların eşitliği ilkesi, temel bir hak ve yargılama ilkesi olması sebebiyle, sadece tarafları değil, hukuki barış ve güvenlik bakımından toplumu da ilgilendirir; bu kapsamda silahların eşitliği ilkesinin de hukuki dinlenilme hakkı gibi kamusal bir karakteri vardır⁵⁹. Bu sebeple, temel usul kuralı niteliğinde olan ve kamu düzeniyle ilişkisi bulunan silahların eşitliği ilkesinin hakem yargılamasında da mutlaka dikkate alınması gerekir⁶⁰. HMK m. 423'te de tarafların, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip oldukları belirtilerek bu ilkeye işaret edilmiştir.

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde bu ilkeye (taraflara eşit davranışta bulunma veya silahların eşitliği ilkesine) açıkça yer verilmemesine karşın, bu ilkenin New York Sözleşmesi'nin, özellikle madde V(1)(b)'nin bir parçası olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir⁶¹. Silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, yargılamayı yürüten tüm hakemlerin yargılama boyunca bağımsız olmaları ve tarafsız bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir⁶². O halde hakemlerce taraflardan birinin iddiasının dikkate alınmaması hukuki dinlenilme hakkının ihlali kadar taraflara eşit davranışta bulunma ilkesinin, yani silahların eşitliği ilkesinin de ihlali anlamına da gelir⁶³. Böyle bir durumda da silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesi yabancı hakem kararının tenfizine engel olabilmelidir⁶⁴. Karşılaştırmalı hukukta da sıklıkla karşılaşılan hukuki dinlenilme hakkı ihlali olarak, ilgili tarafça ileri sürülen bir delile veya iddiaya diğer tarafça cevap verilmesi ve buna karşı değerlendirme yapılabilmesi için yeterli imkânın tanınmamasıdır⁶⁵.

⁵⁷ Emel Hanağası, *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği* (Ankara: Yetkin, 2016), 43.

⁵⁸ Güvenalp, *İhlal*, 118.

⁵⁹ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 220-221; Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 202.

⁶⁰ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 202.

⁶¹ Bkz. Güvenalp, *İhlal*, 114.

⁶² Güvenalp, *İhlal*, 119.

⁶³ Güvenalp, *İhlal*, 112.

⁶⁴ Hanağası, *Silahların Eşitliği*, 209-210.

⁶⁵ Demirkol, "Hukuki Dinlenilme Hakkı," 193.

Tenfiz talebine konu olan bir Yargıtay Kararı'nda, hakem heyetince hükme esas alınan bir uzman (veya bilirkişi) raporundan, raporu hazırlayanların isimlerinin çıkartılarak, raporun sadece davalıların avukatlarınca incelemesine izin verilmesinin somut delilleriyle kanıtlanması durumunda, bunun tenfize engel olacağı belirtilmiştir. Bu noktada böyle bir hususun gerçekleşmesi durumunda açıkça silahların eşitliği ilkesine uyulmadığından ilgili tarafın hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş olacaktır⁶⁶.

C. Somutlaştırma Yükü ile İlişkisi

Somutlaştırma yükü, genel olarak tarafların vakıa iddialarını ve savunma sebeplerini ispata ve delil gösterme faaliyetine temel alınabilecek bir şekilde yargılamada tek tek açıklamasıdır⁶⁷. Bu yük, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 119,1-e-f ve 194'te açıkça hükme bağlanmıştır. Tahkim yargılamasında da somutlaştırma yükünün uygulanması gerekir⁶⁸. Ayrıca hukuki dinlenilme hakkının, iddia ve savunma yükünün bir parçası olan somutlaştırma yükü ile de birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira davanın taraflarının hak arama özgürlüklerini ve savunma haklarını gerçek anlamda etkin kullanabilmeleri, uyuşmazlık ile ilgili bütün bilgi ve belgeler konusunda kanaat (bilgi) sahibi olabilmesine bağlıdır. Dolayısıyla, davanın sebebini oluşturan vakıalar (veya iddialar) hakkında taraflara yeterli bir bilgi verilmesi zorunludur; aksi takdirde tarafların birbirine cevap vermesi, etkin bir savunma yapması, karşı iddiada

⁶⁶ “...Öte yandan, davalı yan tahkim heyetince hükme esas alınan "Mart 2010 Raporu" adı verilen rapordan raporu hazırlayan kişilerin isimlerinin, ... A.Ş'nin değeri ile ilgili olmayan kısımların çıkartılmasına, raporun sadece davalıların avukatlarının ve uzmanlarının incelemesine izin verilmesine, davalı ...'ün ve ... Şirketi yetkililerinin raporu görmelerinin yasaklanmasına karar verildiğini belirterek, tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini savunmuş ise de, tahkim yargılamasında hakemlerin uyguladıkları bu yönetimin, yargılamada benimsenmesi ve uygulanması gereken usul kurallarına aykırı olduğuna dair somut deliller ibraz edilmemiştir. Bu durumda,2012 ve2013 tarihli yabancı hakem kararlarının kamu düzenine ve adil yargılanma hakkına aykırı olduğu gerekçesi ile davanın reddi doğru görülmemiş, hükmün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmektedir.” Y. 11. HD, E. 2016/14160, K. 2018/7501, 29.11.2018, (Lexpera).

⁶⁷ Levent Börü, *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü* (Ankara: Yetkin, 2016), 185; Taner Emre Yardımcı, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 3 vd.

⁶⁸ “Yargılamada taraf vekillerine düşen en önemli görevlerden biri davaya ilişkin vakıaları tam anlamıyla ortaya çıkarmak bu vakıalara dayanıp hak iddia edilecekse veya savunma yapılacaksa vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini tespit edip delillere ulaşmalıdır.” Pekcanitez ve Yeşilırmak, *Pekcanitez Usul*, 2706.

bulunması, ispat faaliyetine girişmesi veya delil göstermesi mümkün olmaz. Bu kapsamda, yargılamada iddia konusu ile dava konusunun belirlenebilmesi, hukuki dinlenilme hakkının kullanılabilmesi için çok önemlidir. Zira belirsiz, tam anlaşılmayan, somutlaştırılamamış bir dava sebebi ve dava konusu hakkında, karşı tarafın bilgi sahibi olabilmesi ve buna karşı savunma yapabilmesi mümkün değildir; bir iddianın ancak yeterli bir ölçüde somutlaştırılabilmesinden sonra karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmiş olacaktır⁶⁹.

Hakem mahkemesi, yine somutlaştırma yükü ile bağlantılı olarak delilleri incelemekten kaçınmaz; aksi takdirde hakem mahkemesi herhangi bir delili incelemeksizin söz konusu delilin uyumsuzlukla bağlantılı olup olmadığı ya da dürüstlük kuralına aykırı şekilde gösterilip gösterilmediği konusunda kanaat edinemez⁷⁰. Taraflarca sunulan bir delilin reddedilmesi, söz konusu delilin yargılamanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte olması ya da tarafın hukukî dinlenilme hakkından mahrum kalması sonucunu doğurması durumu, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olan açıklama (savunma) hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir⁷¹.

Tenfiz talebi ile ilgili Yargıtay kararına⁷² konu olan bir olayda, davacı tarafından hakem heyetine dava konusu ile ilgili bazı teknik uzman görüşleri

⁶⁹ Börü, *Somutlaştırma Yükü*, 94 vd.

⁷⁰ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 60; Özbek, *Tahkim*, 2008 vd.

⁷¹ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 64.

⁷² “Her ne kadar hukuk dünyasında “ticari sırların korunması” meşru bir hak ise de, bu hakkın arkasına sığınarak ve dolanılarak, bir yargılamada karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkına zarar verilmemelidir. Yargılamaya konu bir delil karşı taraftan ticari sır olarak gizlenecek ise bunun makul gerekçeleri olmalı ve bu husus tutarlı ve hukuka uyarlı bir şekilde izah edilmeli, sırların korunması gerektiğinde ise orantılılık ilkesi aşılmamalı ve çelişkiye düşülmemelidir..... Somut olayda, taraflarca kararlaştırılan ve Hakem Heyeti tarafından da onaylanan yargılamada uyulacak usul kuralları uyarınca, tarafların belirli bir takvim içerisinde, taraflara davacının uğradığı zarar miktarına ilişkin taraf bilirkişi raporlarını ve delillerinin bir suretini eş zamanlı olarak Hakem Heyetine ve bir suretini de karşı tarafa sunmaları, yine eş zamanlı olarak taraflardan her birinin diğer tarafın iddiasına konu delillerini ve yargılama sırasında aldıkları bilirkişi raporlarını inceleme ve cevap sunma, rapor sunan bilirkişileri çapraz sorguya alma hakları tanınmıştır. Nitekim her iki taraf da, zararın miktarına ilişkin kendilerince yargılama sırasında aldıkları bilirkişi raporlarını bir bütün halinde dosyaya sunmuşlar, bu raporların hiçbir kısmı karşı taraftan gizlenmemiştir. Öte yandan, davacı taraf, kendi iddiasını güçlendirmek için, Belpart SARL şirketinin mali yapısı ve değeri yönünden kendilerince davadan çok önce alınan 2008, 2009 ve 2010 yıllarına ilişkin inceleme raporlarına da delil olarak dayanmış, ancak uyumsuzluk

sunulmasına rağmen söz konusu bu uzman görüşleri, davalı tarafla ticari sırların güvenliği sebebiyle paylaşılmamıştır. Hakem heyeti davacı tarafın uzman görüşlerine de dayanarak davalı aleyhine karar vermiştir. Hatta hakem

çözüm takvimine göre diğer delillerle birlikte bu raporların da bir suretini hakem heyetine, bir suretini de davalı tarafa gönderme yükümünde olmasına rağmen göndermemesi üzerine, davalı tarafın bu raporların kendilerinde gönderilmediğini ileri sürerek bir suretin kendilerine gönderilmesini talep etmesine rağmen, davacı tarafın göndermeyi reddetmesi üzerine bu defa davalı tarafça Hakem Heyetine başvurulmuştur. Hakem Heyeti tarafından usul kararıyla bu raporların sunulması ve bir suretinin davalı tarafa gönderilmesine karar verilmiş ancak davacı tarafça bu yine reddedilmiştir. Davalı tarafça yeniden talepte bulunulmuş, davacı tarafça bu defa ticari sırların gizliliği gerekçesiyle tekrar reddedilmiştir. Davalı tarafın bu defa yeniden talebi üzerine Hakem Heyeti, 2009 ve 2010 yıllarına ait davacı tarafın inceleme raporlarının sadece şirketin değerlemesine ilişkin ilgili fasıllarının sunulmasını emretmiş, isterse rapor sunanların isimlerinin ve değerlendirme ilgili olmayan kısımlarının değiştirilerek sunulabileceği ve raporların davalı asiller tarafından değil, ancak davalıların avukatı ve değerlendirme uzmanlarınca incelenebileceğine karar vermiştir. Bu defa davacı taraf, 2009 ve 2010 yılı raporlarından kendilerince uygun gördükleri kısımlara ilişkin bilgileri çıkartarak dosyaya sunmaları üzerine, davalıların avukatları ve değerlendirme uzmanları, ancak kendilerine gösterilen kısmı itibarıyla bu raporları inceleyebilmiş, ancak bu defa da davalıların kendi uzmanlarının hazırladığı raporun taslağını davalı asillerle paylaşması ve birlikte değerlendirme yapmaları yasaklanmıştır. Hakem Heyeti kararında, çok büyük ölçüde davacı tarafça hazırlatılan raporlardan Mart 2010 tarihli raporu esas alarak davacı tarafın uğradığı zararı belirlemiştir. Tenfiz davalarında tenfiz mahkemesi kararın içeriğini ve hakemlerin takdir haklarını denetleyememekle birlikte New York Sözleşmesi 5.maddesi kapsamında, somut dosya özelinde, tahkim yargılaması sırasında tarafların savunma haklarının kısıtlanıp kısıtlanmadığı, hakem mahkemesince alınan kararın Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını serbestçe değerlendirebilecektir. Hakem heyetince, büyük ölçüde hükme esas alınan Mart 2010 tarihli raporun incelenmesi konusunda, taraflarca üzerinde anlaşılan yargılama usul kurallarına da aykırı olacak şekilde, inceleme raporunu hazırlayan kişilerin isimleri, liman değerinin hesaplanmasında esas alınan finansal model ve metotla ilgili kısmı ile bu raporun alınma amacının olduğu bölümün gizlenmesi suretiyle eksik şekilde dosyaya sunulmasına izin verilmesi, böyle bir raporun mevcudiyetinden ve değiştirilmiş olabileceğinden kuşku duyan davalı taraftan raporun aslının ve kopyasının gizlenmesi, hatta hükme esas raporun görülen kısmı itibarıyla davalı tarafın değerlendirme uzmanınca hazırlanan taslak raporun dahi davalılarca görülmesine izin verilmemesi, bu raporları hazırlayan kişilerin davalılarca çapraz sorguya çekilmelerinin engellenmesi, tüm bu gizliliğin hiçbir makul ve hukuki temele dayalı olmaması hakem heyetinin tarafsızlığı konusunda kuşkuya düşürülmesinin, tahkim yargılaması sırasında davalı tarafın delillere erişimi ve kendilerini savunma haklarının ağır şekilde ihlal edildiği kanaatine varılmıştır. Savunma hakkının kısıtlanması ve bu suretle adil yargılanma hakkının ihlali, ayrıca Türk kamu düzenine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.” Y. 11. HD, E. 2019/2417, K. 2021/1051, 10.02.2021, (Lexpera).

kararında hakeme yetki vermesine rağmen söz konusu uzman raporlarının ilgili bölümleri sadece davalının avukatına gösterilmiş ve davalı müvekkile gösterilmemiştir. Yargıtay bu olayda özellikle davacının somutlaştırma yükünü yerine getiremediği ve bu şekilde davalının hukuki dinlenilme hakkının açıkça ihlal edildiğini kararında vurgulamıştır. Yine kararda davacının yargılamaya konu bir delili, karşı taraftan ticari bir sır olarak gizlenecek ise bunun makul gerekçelerinin olması ve bu durumun tutarlı, hukuka uyarlı bir şekilde açıkça somutlaştırılması, sırların korunması gerektiğinde ise orantılılık ilkesinin aşılmaması gerektiği belirtilmiştir.

Kanaatimizce de Yargıtay'ın bu kararı son derece yerindedir. Söz konusu kararda somutlaştırma yükü ile hukuki dinlenilme hakkı arasındaki ilişki ticari sırların gizlenmesi olayıyla ortaya çıkmıştır. Özellikle davacı tarafından alınan uzman görüşünün hakem kuruluna sunulması ve davalıya bu raporun gösterilmemesi, savunma hakkını önemli ölçüde sınırlamıştır. Davalının savunma hakkının sınırlandığı böyle bir durumda davacının, mutlaka ticari sır olarak ortaya çıkacak bilgilerinin, uzman görüşünün davalı ile paylaşılması durumunda nasıl ve ne şekilde zarara uğrayacağını somutlaştırması gerekir. Somutlaştırma yükü, davanın tarafları arasında bilgi paylaşımının dengelenmesinde önemli bir rol oynar. Buna göre, somutlaştırma yükünün kapsamının daraltılması veya genişletilmesi yolu ile tarafların sahip olduğu bilgi ve belgelerin yargılamada açıklanması sağlanarak taraflar arasında bilgi paylaşımı dengelenir. Ancak bunun sağlanabilmesi için hakkaniyete uygun olarak somutlaştırma yükünün kapsamının, yani somutlaştırma yükünün ne zaman yerine getirilmiş sayılacağı konusunda somutlaştırma ölçüsünün belirlenmesi gerekir⁷³. Bazı durumlarda, somutlaştırma yükünün yerine getirilmesi tarafların sahip olduğu sırların açığa çıkmasına neden olabilir; başka bir deyişle kötü niyetli taraf salt dava açarak karşı tarafın sahip olduğu ticari sırları, bilgi ve belgeleri elde etmeye çalışabilir. Böyle bir durumda ise iddiayı somutlaştırma yükünün kapsamının düşürülmesi yerinde olmaz; aksine iddiayı somutlaştırma yükünün gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediğinin hakem tarafından yerindeliliğine dikkat edilmesi gerekir. Somut olay da dâhil olmak üzere bu tür durumlarda somutlaştırma yükünün kapsamının ölçüsünün ayarlanması, ancak taraflar arasında bilgi, menfaat paylaşımının dengelenebilmesi ile mümkündür⁷⁴.

⁷³ Börü, *Somitlaştırma Yüğü*, 202.

⁷⁴ Bkz. Börü, *Somitlaştırma Yüğü*, 203; Yardımcı, *Somitlaştırma Yüğü*, 274.

D. Gerekçe ve Sürpriz Karar Verme Yasağı ile İlişkisi

Hakem kararlarında delillerin yerinde değerlendirilip değerlendirilmediği veya hukuki dinlenilme hakkının sağlanıp sağlanmadığı hakem kararlarının gerekçesinden tespit edilebilir. Kararın gerekçeli olması HMK m. 27,2/c’de de açıkça belirtildiği üzere hukuki dinlenilme hakkının dikkate alınma ve değerlendirme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁷⁵. Bu değerlendirmenin de, kararların gerekçesinde yapılması gerekir; eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması kural olarak bu hakkın ihlaline sebep olacaktır⁷⁶. Yargı organlarının, delilleriyle birlikte davacının iddialarını ve davalının savunmalarını değerlendirip hangi maddi ve hukuki sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerinde belirtmeleri Anayasal bir zorunluluktur⁷⁷. Anayasa m. 141/3’de de “*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılacağı*” şekliyle vurgulanmıştır. Yine HMK m. 436,1-c’de “*kararın, dayandığı hukuki sebepler ve gerekçesi*” ile hakem kararının gerekçeli olmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır. Her şeyden önce gerekçe, taraflarca ileri sürülen vakıalar ile mahkeme hükmü arasında bir köprü işlevi oluşturur⁷⁸. Gerekçesiz kararın doğru ve yerinde olması mümkündür; fakat gerekçe olmadan, kararın yerindeliği ve doğruluğu hakkında bir sonuca varmak mümkün değildir⁷⁹. Hakem kararlarının gerekçeli olması gerektiğine ilişkin kuralın, milletlerarası ticari hakem kararları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı önemli bir sorundur⁸⁰.

Tanrıver’e⁸¹ göre, hakem kararlarının gerekçesiz olması da bazı durumlarda yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizi bakımından kamu düzeni engellemesiyle karşılaşabilir.

⁷⁵ Özkes, *Hukuki Dinlenilme*, 166 vd.

⁷⁶ “*Gerekçe doyurucu olmalı, kararın neden, nasıl, hangi hukuki gerekçeyle ve hangi deliller değerlendirilmek suretiyle verildiği hususlarını içermelidir. Ayrıca, kararda maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiği, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuki düzenlemelere dayandırıldığı ortaya konulmalı, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantı açıklanmalıdır. Aksi halde, kararın gerekçeli olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu şekilde gerekçeli karar yazılması yeterli olmadığından, bu türden kararların, doktrinde zahiri gerekçeli karar (görünürde gerekçeli karar) olarak adlandırıldığı unutulmamalıdır.*” Y. 15. HD, E. 2014/3986, K. 2015/1430, 20.03.2015, (Lexpera).

⁷⁷ “HMK m. 27 Gerekçesi,” TBMM, <https://www5.tbmm.gov.tr/>.

⁷⁸ Yılmaz, “Hukuki Dinlenilme Hakkı,” 15.

⁷⁹ Özbay, *Temyiz*, 299.

⁸⁰ İbrahim Özbay, “Hakem Kararlarında Gerekçe,” *BATİDER* XXI, S. 2 (2001): 316.

⁸¹ Tanrıver, “Kamu Düzeninin Etkisi,” 487.

Özbay'a⁸² göre, hakem kararlarının gerekçesinin aranmasının gerekip gerekmediği hususunda milli ve milletlerarası hakem kararı olarak ayırımın yapılması gerekir; zira yabancı hakem kararının tenfizi koşullarının oluşup oluşmadığı, sadece tenfiz koşullarının var olup olmadığı açısından incelenebileceğinden, hakem mahkemesince esasa ilişkin bir inceleme yapılamaz. New York Sözleşmesi'nde de açıkça hakem kararlarının gerekçesi olması gerektiğine ilişkin bir hüküm olmasa da, tenfiz engelleri açısından kamu düzeni veya hakemlerin yetki aşımı gibi somut durumlarla birlikte hakem kararlarının gerekçeli olması hususunun değerlendirilmesi sonucunda yabancı hakem kararının tenfizine engel olunabilir.

Yargıtay'ın 10.02.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında⁸³ ise, hakem kararının salt gerekçesiz olmasının yalnız başına tenfiz engeli olmayacağı ve bu hususun milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmayaacağı ifade edilmiştir. Yargıtay, Tenfiz mahkemesinin yabancı mahkeme ilamının maddi hukuk bakımından doğruluğunu inceleme ve değerlendirme yetkisinin olmadığını; bu yasak çerçevesinde, tenfiz hâkiminin ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesinin de söz konusu olamayacağını; bu sebeple ilamda bir gerekçenin bulunup veya bulunmamasının ilamda yer alan hükmün kamu düzenine aykırılığını belirlemede önem taşımadığını ve kamu düzenine ilişkin olmadığını; aksinin kabulünün yeniden yargılama yapmak sonucunu doğuracağını ve yabancı ilamı oluşturan mahkemenin de denetim ve inceleme organı haline gelmek gibi istenilmeyen bir durum ortaya çıkacağını belirtmiştir.

New York Sözleşmesi'nde hakem kararlarının gerekçeli olması zorunluluğuna açıkça yer verilmemekle birlikte, Sözleşme'nin hazırlık notlarında da, imzacı devletlerin temsilcilerinin bu konuyu tartışmaya dahi açmadıkları görülmektedir⁸⁴. Bütün bu açıklamalardan hareketle yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfizi istendiğinde, salt hakem kararının şekli anlamda gerekçesiz olmasından ötürü hukuki dinlenilme hakkının ihlal edildiği iddia edilemeyecektir⁸⁵.

⁸² Özbay, "Gerekçe," 316 vd.

⁸³ Bkz. YİBBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, 10.02.2012, (RG, 20.09.2012, S. 28417).

⁸⁴ Özbek, *Tahkim*, 1658.

⁸⁵ Gül, "Hukuki Dinlenilme," 393.

Görüşüne katıldığımız Ekşi'ye⁸⁶ göre ise, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında yer alan “hükümün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek...tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır” ifadesinden sanki yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olmasının tek başına kamu düzenine aykırı duruma getirmeyeceği sonucuna varılmış gözükmeyle birlikte İçtihadı Birleştirme Kararı, yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkindir. Ancak söz konusu karardan gerekçesiz hakem kararları özelinde kesin bir sonuca varılması mümkün değildir. Dolayısıyla diğer tenfize ilişkin ret sebepleri ile birlikte hakem kararının gerekçesiz olması durumu değerlendirilebilmelidir.

O halde hakem kararlarının salt şekli olarak gerekçesinin olmaması doğrudan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre bir tenfiz engeli sayılmamakla birlikte, Sözleşmede belirtilen kamu düzeni gibi diğer tenfiz engelleriyle birlikte değerlendirilmesine engel değildir. Bu sebeple, tenfiz engeli olarak hukuki dinlenilme hakkının unsurlarının bazılarının açıkça ihlal edilmesi durumunda yabancı hakem kararının tenfizi mümkün olmayabilir⁸⁷. Örneğin, hakem kararlarının gerekçesi, hukuki dinlenilme hakkının unsuru olan dikkate alınma ve değerlendirme ile ilişkili olduğu kadar sürpriz karar verme yasağı ile de bağlantılıdır.

Sürpriz karar verme yasağı denildiğinde genel olarak yargılamanın adil ve hakkaniyete uygun şekilde yürütülmesi durumunda tarafların öngöremeyecekleri bir kararla karşılaşmamaları anlaşılmaktadır⁸⁸.

Sürpriz karar verme yasağı hem açıklama hakkı hem de dikkate alınma hakkı bakımından önemlidir. Taraflarca iddia edilmeyen veya yargılamada tartışılmayan bir hukukî sebebin hakem kararına dayanak yapılmak istenmesi durumunda, taraflara bu yeni hukukî sebep hakkında açıklamada bulunma imkânının tanınması gerekir⁸⁹. Nitekim yargılamanın tarafları, davanın ve kararın hukukî sebeplerini sürpriz şekilde ilk kez söz konusu kararla

⁸⁶ Bkz. Ekşi, “Kamu Düzeni,” 180.

⁸⁷ Ekşi, “Kamu Düzeni,” 180.

⁸⁸ Özekes, *Hukuki Dinlenilme*, 185; “Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum, sürpriz karar yasağı olarak ifade edilmektedir. Yargı organları özellikle yerleşik içtihatların dışında yeni bir karar verebilirler. Ancak bu konuda gerekçelerini tam ortaya koymalı ve tarafların açıklamalarını da değerlendirmelidirler. Maddede yapılan düzenlemeyle, en temel yargısal hak olarak kabul edilen ve uluslararası sözleşmelerle anayasalarda yerini bulan hukuki dinlenilme hakkı, tüm unsurlarıyla ortaya konulmuştur.” TBMM, “HMK m. 27 Gerekçe.”

⁸⁹ Gül, “Hukuki Dinlenilme,” 394.

öğrenmek zorunda olmamalıdır⁹⁰. Hakem mahkemesinin yalnızca bir tarafın aleyhine olacak şekilde değerlendirme yapması, tarafın savunma olarak iddia ettiği hukukî sebepleri onun aleyhine kullanması, hukukî değerlendirmede bulunurken lehe olan durumlara dikkat etmemesi, tartışılan hukukî sorunlardan hangi sonuçlara yönelmek istediği konusunda tarafların dikkatini çekmemesi, tarafların ancak kararda görüp öğrenecekleri bir hukukî sebebi uyuşmazlığa uygulaması gibi durumlar sürpriz karar kapsamında değerlendirilerek hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak kabul edilmektedir⁹¹.

Sürpriz karar verme yasağı ile hakemlerin yargılamada keyfi davranmalarının da önüne geçilir. Zira hakem kararında keyfilik hakem kararının tenfizine engel olacaktır; kendi içinde çelişkili ve tutarsız olan hakem kararı, hakemlerin keyfi davrandığına emare teşkil edebilir⁹².

Sürpriz karardan bahsedilebilmesi için yargılamanın o âna kadarki seyrine göre haklı olarak öngörülemeyecek bir kararla karşılaşmış olması gerekmektedir. Bu bakımdan, hakemlerin mutlaka kötü niyetli bir davranışı olması gerekmez. Kararın sürpriz olma niteliği yanlış veya hatalı yargılama sonucunda yapılan işlemlerden de kaynaklanabilir⁹³.

İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi'ne yansıyan bir Kararda, hakemlerce belgelerin bazı bölümleri gözden kaçırılmışsa, bazı olgular gerçekte olduğundan farklı bir şekilde değerlendirilmişse veya belgelerde gerçekte o konu hakkında bilgi söz konusu olmamasına rağmen, bir yanlışlıkla maddi vakıa esas alınarak bir belge oluşturulmuşsa, hakem mahkemesinde tespit edilen bu maddi vakıanın oluşumunun açıkça sözleşmeye aykırı olduğu; sözleşmeye aykırılık ile delillerin değerlendirilmesinin birbirinden ayrı tutulması gerektiği; böyle bir durumun sürpriz karara veya hakemlerin keyfi davrandığına işaret edebileceği, bu hususun da hakem kararının gerekçesinden anlaşılabilmesi ve hukuki dinlenilme hakkına aykırı olacağı belirtilmiştir⁹⁴.

⁹⁰ Özkes, *Hukuki Dinlenilme*, 188.

⁹¹ Gül, *Tenfiz Engelleri*, 75.

⁹² Tanrıver, "Kamu Düzeninin Etkisi," 481; Ekşi, "Kamu Düzeni," 161.

⁹³ Pekcanıtez, "Hukuki Dinlenilme," 552-553.

⁹⁴ "Şikayette bulunan taraf, ilk olarak şikayet sebebini 'keyfilik', 'hakların açıkça ihlali (özellikle ZGB madde 8)' olarak göstermektedir; bunun yanında 'silahların eşitliği' ilkesine ve 'hukuki dinlenilme hakkı'na özellikle 'sürpriz karar verme yasağına' aykırı karar verildiğini belirtmektedir. Tahkimde de tarafların eşitliği, hukuki dinlenilme hakkının tanınması ve tasarruf ilkesi gibi ilkeler kural olarak geçerlidir. Hakem

Tenfiz talebi ile ilk derece mahkemesinde görülen bir davada ise⁹⁵, hakemlerin tahkim yargılamasında sözleşme hükümlerinden önce iyiniyet ilkesine göre karar verdikleri belirtilmektedir. Taraflar hakemi hakkaniyet çerçevesinde karar vermesi noktasında yetkilendirmedikçe, kural olarak hakem mahkemesinin mevcut hukuk kurallarına ve sözleşmeye göre karar

kararının keyfi bir şekilde verildiği yönünde iddiası ile, hakem kararına karşı yukarıda da belirtildiği üzere şikayet kanun yoluna başvurulabilir; zira, şikayette bulunan taraf, maddi vakıaların açıkça sözleşmeye aykırı bir şekilde tespit edildiğini, hakkının ihlal edildiğini ve hakkaniyete aykırı karar verildiğini iddia etmektedir (ZPO madde 393). Eğer bir hata sonucunda belgelerde veya sözleşmede bir çelişki olduğu görülürse, örneğin belgelerin bazı bölümlerinin gözden kaçırılması veya bazı olgular gerçekte olduğundan farklı bir şekilde ele alınması veya belgelerde gerçekte o konu hakkında bilgi söz konusu olmamasına rağmen, bir yanlış ile maddi vakıa esas alınarak bir belge oluşturulmuşsa, hakem mahkemesinde tespit edilen bu maddi vakıanın oluşumu açıkça sözleşmeye aykırıdır. Sözleşmeye aykırılık, delillerin değerlendirilmesi ile bir tutulmamalıdır; bunun aksine, hakim delillerin değerlendirilmesinde doğru olmayan maddi vakılardan bir sonuca ulaşabildiği anda, sözleşmeye aykırılıktan söz etmek gerekir; yoksa delillerin değerlendirilmesinin sonucu ve bunun içinde ele alınan değerlendirmeler keyfi davranma gerekçesiyle şikayetin konusunu teşkil etmez; bilakis böyle bir durumda belgeler ile sadece tartışmasız aksi ispat edilebilen maddi vakıalar tespit edilir. Kanunda, hakkın açıkça ihlali ile ise, salt maddi hukuktan doğan hakka aykırı davranılması ima edilmiştir, yoksa salt anayasal haklardan birisinin ihlali değil (BGE 112 Ia 350 E 2) Açıkça hakkaniyete aykırılık ise, ancak hakem mahkemesinin hakkaniyete uygun olarak karar vermeye yetkili olması halinde veya bir kuralı açıkça hakkaniyete aykırı olarak uygulaması halinde söz konusu olur (BGE 107 Ib 63). Eğer bir hakem kararında “silahların eşitliği ilkesi” veya “hukuki dinlenilme hakkı” ihlal edilmişse, o hakem kararı daha sonra iptal edilebilir.” Bkz. İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesinin 01.09.2011 tarihli 4A_374/2011 Sayılı Kararın Çevirisi için bkz. Levent Börü, “İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi’nin 01.09.2011 Tarihli Kararı,” Ankara Barosu Dergisi, S. 1 (2012): 223-227.

⁹⁵ *“..tahkim yargılamasında adil yargılanma ve savunma hakkının ihal edildiğini, hakem kararından sözleşme hükümleri yerine iyi niyet ilkesinin esas alındığını, İsviçre Federal Mahkemesinin tahkim yanlısı olması ve hakem kararını geçerli kabul etmesi dikkate alınarak iptal davası açılmadığını, delilleri değerlendirmeden sözleşme hükümleri göz ardı edilerek verilerek verilen hakem kararının kamu düzenine aykırılığı tespit edilerek , tenfiz talebinin bu sebeple reddi gerekir.....Yabancı hakem kararına karşı İsviçre Mahkemelerinde iptal davası açma hakkı varken bu hakkın kullanılmadığı, davalının iddialarının esasa ilişkin olduğu, tenfiz davasında yerindelik denetimi yapılamayacağı, tenfiz mahkemesine bu yetkinin tanınmadığı, açılan davada tanıma ve tenfiz koşullarının olduğu kanaatine varılarak davanın kabulüne karar verildiği....New York Sözleşmesi uyarınca tanıma ve tenfizine oy çokluğu ile karar verildiği... ”Ankara 6. ATM, E. 2020/481, K. 2020/794, 30.12.2020, (Yayımlanmamıştır).*

vermesi gerekir. Tahkim yargılamasında taraflarca böyle bir yetki verilmediği halde, hakem heyetince sözleşme hükümleri dikkate alınmadan, iyiniyet esasına göre karar verilmesi yerinde olmaz. Hakemlerce sözleşme hükümleri yerine iyiniyet ilkesi dikkate alınarak karar verilmesi, aleyhine karar verilen taraf için “*sürpriz bir karar*” niteliğini taşımaktadır. Bu durum ise “*Sürpriz Karar Verme Yasağı*”nın ihlali anlamına gelecektir.

Kanaatimizce hakem kurulunun kararında sözleşme hükümlerinden önce iyiniyet ilkesinin uygulanması gerektiğine ilişkin ifadeleri, hakem heyetinin yetki aşımı suretiyle karar verdiği anlamına da gelir. Bu durum ayrıca New York Sözleşmesi m. V/1-c uyarınca da bir tenfiz engelidir. Buna göre hakemlerin iyiniyetle, yetki aşımı sebebiyle karar vermeleri sürpriz karar verme yasağının da ihlali anlamına gelebilmektedir. Tenfiz talebine konu olan olayımızda da tarafların sözleşme ile iradelerinin hangi yönde açıkladıkları belli olmasına rağmen, hakemlerin sözleşme hükümleri yerine davalının iyiniyetli hareket etmediğini belirtmesi hakemlerin yetki aşımını ortaya koymaktadır. Zira taraflar kendi aralarında yapmış oldukları sözleşme ile iradelerini açıkça uyuşmazlığın çıkmasından önce ortaya koymuşlardır ve böylece hakemlerce uyulması gereken hukuk kurallarını açıkça belirlemişlerdir. Taraflarca ortaya konulmuş sözleşme hükümleri olmasına rağmen, hakem heyetinin sözleşme kurallarını bir tarafa bırakıp iyiniyet ilkesinden yola çıkarak yargılamayı bu yönde karar bağlamasını, açıkça yetki aşımı olarak nitelendirmek gerekir. Bu sebeplerden ötürü ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesi bu açılardan yerinde olmamıştır.

Hakemler, sadece tarafların tahkim anlaşması yaptığı konuda yetkili olup, hakemlik görevlerini tarafların tahkim anlaşmasında belirledikleri usulde ve sınırlar içerisinde yerine getirmek durumundadırlar; aksine hareket etmeleri hakemlerin yetkilerini aşmaları anlamına gelecektir⁹⁶. Hakemlerin yetkilerini aşmaları kavramı altında, sözleşmede yetkilendirildikleri sınırları aşarak karar vermiş olmalarını da anlamak gerekir; tarafların ortak iradesi ile kararlaştırdıkları ve hakemlere bu çerçevede görev ve yetki verdikleri sözleşmedeki bir hükmün hakemlerce görmezlikten gelinmesi, hakemlerin yetkilerini aşmaları anlamına gelecektir⁹⁷. Nitekim Yargıtay’ın 28.1.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında da bu durum vurgulanmıştır: “*Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki*

⁹⁶ Akıncı, *Tahkim*, 508.

⁹⁷ Akıncı, *Tahkim*, 508; Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (Ankara: Yetkin, 1997), 289.

uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler...Hakemler yetkili kılındıkları hususlarda karar vermelidirler. Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için maddi hukuk kuralları koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Bunun olağan sonucu olarak hakemlerin maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri halini yetkilerini aşılması saymak gerekir. Yargıtay'ın bu hali denetlemesi, aynı zamanda taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin yerine getirilmesi gerektiği amacına da uygundur”⁹⁸.

SONUÇ

New York Sözleşmesi'ne göre yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi engeli olarak hukuki dinlenilme hakkının ihlali makalemizin konusudur. Söz konusu incelememiz özellikle Türkiye'deki yargı kararları kapsamında yapılmıştır.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda Türkiye'de geçerli olan iki düzenleme vardır: Bunlardan ilki 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'dur. Diğeri ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi'dir. 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına İlişkin New York Sözleşmesi (New York Konvansiyonu) hükümleri Anayasa m. 90 çerçevesinde bir kanunla onaylanarak Türk iç hukukunun bir parçası durumuna getirilmiştir. New York Sözleşmesi hükümleri MÖHUK'a göre özel hüküm niteliğini kazandığı için, artık bu hükümlerin önceliği bulunmaktadır. Dünya genelinde ticari tahkim mevzuatında en fazla kabul gören uluslararası sözleşme New York Sözleşmesi olduğu için bu sözleşmenin uygulama alanının kapsamı da oldukça geniştir. New York Sözleşmesi m.1'e göre sözleşme, tenfizi istenen devletten başka devlette verilmiş hakem kararlarını kapsamaktadır.

“Hukuki dinlenilme hakkı” kavramı, bazı hukuk dallarında “iddia ve savunma hakkı” olarak adlandırılmaktadır. Asıl inceleme konumuz olan New York Sözleşmesi'nde ise “hukuki dinlenilme hakkı” yerine “iddia ve savunma hakkı” kavramı kullanılmıştır. Kanaatimizce New York Sözleşmesi'nde açıkça “iddia ve savunma hakkı” ifadesi kullanılmış olsa da modern

⁹⁸ YİBHKG, E. 1993/4, K. 1994/1, 28.01.1994, (RG, 13.04.1994, S. 21904).

zamandaki gelişmeler dikkate alındığında artık bunun yerine “*hukuki dinlenilme hakkı*” kavramının kullanılması daha yerinde olacaktır. Hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkını da içerisine alan daha geniş bir hak (veya ilke) olup, tenfiz engeli olarak da bunun dikkate alınması gerekir.

New York Sözleşmesi, hukukî dinlenilme hakkını hakem kararının tenfizine engel olabilecek bir sebep olarak V/1-b maddesinde düzenleme konusu yapmıştır. Bu düzenlemeye göre, “*aleyhine hakem hükmü ileri sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlû dairesinde haberdar edilmemiş olduğu yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş bulunduğu*” iddiasının ileri sürülmesi ve ispat edilmesi durumunda hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir. Sözleşme metnindeki “*hakemin tayininden ya da hakemlik prosedüründen usûlû dairesinde haberdar edilmemiş*” olunması durumu hukukî dinlenilme hakkının temel unsurlarından bir tanesi olan bilgilenme hakkına, “*diğer bir sebep yüzünden iddia ve savunma vasıtalarını ikame etmek imkânını elde edememiş*” olunması durumu ise diğer temel unsurlar olan açıklama ve dikkate alınma haklarına karşılık gelmektedir.

Makalemizde hukuki dinlenilme hakkının, bilgilenme, açıklama-ispate hakkı ve dikkate alınma-değerlendirme hakkı unsurlarının New York Sözleşmesi m. V/1-b uyarınca bazı özel kavramlarla (kamu düzeni, silahların eşitliği ilkesi, somutlaştırma yükü, gerekçe ve sürpriz karar verme yasağı ile) ilişkisi, Türkiye’deki yargı kararları kapsamında değerlendirilmesi yapılmıştır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Arsalan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Aslan, Adem. “Tahkim Davalarında Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni.” *İçinde Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 22-47, İstanbul: Onikilevha, 2022.
- Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Aydemir, Fatih. *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Börü, Levent. “İsviçre Federal Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi’nin 01.09.2011 Tarihli Kararı.” *Ankara Barosu Dergisi*, S. 1 (2012): 223-227.
- Börü, Levent. *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*. Ankara: Yetkin, 2016. (Somutlaştırma Yükü)
- Budak, Ali Cem ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz, 2022.
- Dayınlarlı, Kemal. *Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*. Ankara: Dayınlarlı, 1994.
- Demir Gökyayla, Cemile. “Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı- Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Kamu Düzeni.” *İçinde Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 65-83, İstanbul: Onikilevha, 2022.
- Demirkol, Berk. “Karşılaştırmalı Hukukta Hakem Kararlarının Tenfizinde Hukuki Dinlenilme Hakkı.” *İçinde Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 179-198, İstanbul: Onikilevha, 2022.
- Deynekli, Adnan. “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof.Dr.Hakan Pekcanitez’e Armağan), Özel Sayı (2014): 105-122.
- Ekşi, Nuray. “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi.” *Ankara Barosu Dergisi* 67, S. 1 (2009): 54-74. (Tenfiz)
- Ekşi, Nuray. “Yargıtay Kararları Işığında Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni.” *Public and Private International Law Bulletin* (Prof.Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan) 40, S. 23 (2020): 143-201. (Kamu Düzeni)
- Ersen Perçin, Gizem. *Milletlerarası Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. İstanbul: Onikilevha, 2023.

- Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*. Ankara: Yetkin, 1997.
- Görgün, L. Şanal, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Gül, Mehmet Akif. "New York Sözleşmesi Bağlamında Hukuki Dinlenilme Hakkının İhlali." *TAAD* 7, S. 29 (2017): 361-406. (Hukuki Dinlenilme)
- Gül, Mehmet Akif. *New York Sözleşmesi Bağlamında Usuli Tenfiz Engelleri*. İstanbul: Onikilevha, 2016. (Tenfiz Engelleri)
- Güvenalp, Ferda Nur. "Tahkimde Tarafların Eşitliği ve Hukuki Dinlenilme Hakkı." *İçinde Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 103-107, İstanbul: Onikilevha, 2022. (Hukuki Dinlenilme)
- Güvenalp, Ferda Nur. *Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali*. İstanbul: Onikilevha, 2018. (İhlal)
- Hanağası, Emel. *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*. Ankara: Yetkin, 2016.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: Onikilevha, 2011.
- Özbay, İbrahim ve Yavuz Korucu. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim HMK m. 407-444*. Ankara: Adalet, 2016.
- Özbay, İbrahim. "Hakem Kararlarında Gerekçe." *BATİDER* XXI, S. 2 (2001): 299-322. (Gerekçe)
- Özbay, İbrahim. *Hakem Kararlarının Temyizi*. Ankara: Yetkin, 2004. (Temyiz)
- Özbek, Mustafa Serdar. "Hakem Kararlarına Karşı İptal Davası Açma Hakkından Feragat Edilmesi." *İçinde Prof. Dr. Necmettin Berkin'e Armağan*, Editör: MİHBİR, 801-833, İstanbul: Filiz, 2021. (Feragat)
- Özbek, Mustafa Serdar. *Tahkim Hukuku Cilt II*. Ankara: Yetkin, 2022. (Tahkim)
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin, 2003.
- Pekcanıtez, Hakan ve Ali Yeşilırmak. *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku Cilt III*. İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Pekcanıtez, Hakan. "Hukuki Dinlenilme Hakkı." *İçinde Makaleler Cilt I*, Editör: Hakan Pekcanıtez, 509-555, İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Şit, Banu. *Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. Ankara: İmaj, 2005.

Tanrıver, Süha. “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi.” *MHB* (Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan), (1997-1998): 467-491.

Yardımcı, Taner Emre. *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*. İstanbul: Onikilevha, 2017.

Yılmaz, Ejder. “Hukuki Dinlenilme Hakkı.” İçinde *Tahkimde Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Editörler: Ziya Akıncı ve Yasin Ekmen, 1-20, İstanbul: Onikilevha, 2022.