

PAPER DETAILS

TITLE: Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration

AUTHORS: Cemre Tüysüz

PAGES: 846-873

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/412078>

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE GİZLİLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

CONFIDENTIALITY OBLIGATION IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Dr./PhD. Cemre Tüysüz*

Öz

Gizlilik ve mahremiyet birbirlerine çok benzeyen ama bir o kadar da birbirlerinden farklı olan kavramlardır. Milletlerarası ticari tahkim, milletlerarası ticaret uygulayıcıları tarafından uyuşmazlık çözüm yolu olarak sıklıkla tercih edilen bir yoldur. Tarafların ticari sırlarının ve gizli bilgilerinin korunması tahkimin tercih edilme nedenlerindendir. Tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri diğer tarafa ait bilgiler genel itibariyle gizli bilgi olarak kabul edilmektedir. Edinilen bu bilgilerin üçüncü kişilere açıklanamayacağı ve gizli kalacağı konusu ise, gizlilik yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Abstract

Confidentiality and privacy are similar concepts, on the other hand they are also distinctive. International commercial arbitration is commonly chosen by the international commercial practitioners for dispute resolution. Protection of trade secrets and confidential information is a ground for preferring arbitration. Information obtained during arbitral proceedings regarding counterparty, commonly deemed as confidential. Disclosure of such information is considered under the confidentiality obligations in arbitral proceedings.

Anahtar Kelimeler: *Milletlerarası ticari tahkim, Gizlilik yükümlülüğü, Mahremiyet, Ticari sır, Gizli bilgi.*

Keywords: *International commercial arbitration, Confidentiality obligation, Privacy, Trade secrets, Confidential information.*

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Adana, Türkiye, cemretuysuz@yahoo.com

** Makale Gönderim Tarihi: 18.12.2017; Makale Kabul Tarihi: 25.12.2017.

Giriş

Milletlerarası ticari tahkim günümüzde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde sıklıkla tercih edilen yollardan birisidir. Uyuşmazlığın çözülebilmesi amacıyla tahkim yoluna başvurulmasının nedenleri çeşitlilik arz etmektedir. Taraflarca tahkim yoluna başvurulma nedenleri arasında tarafsızlık ve bağımsızlık, kararların daha çabuk alınması, hakemlerin karar verirken milli mahkemelere nazaran daha serbest hareket etmesi, hakem kararlarının icrasının milli mahkemelere nazaran daha yaygın olması ve yargılamanın gizli yapılması sayılabilecektir.

Yukarıda sayılan tahkime başvurma nedenlerinden gizlilik konusu büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki, milli mahkemelerde yapılacak yargılamalar halka açık olduğundan taraflara ait kamuya açık olmayan bilgilerin de ifşa edilme riski bulunmaktadır. Ancak tahkim yargılamasının kural olarak taraflar dışındaki kimselere kapalı olması nedeniyle, taraflara ait gizli bilgilerin ortaya çıkmaması milli mahkemelere nazaran daha kolay olabilecektir.

Çalışmamızda incelediğimiz gizlilik yükümlülüğü ise, sadece yargılamanın gizli yapılmasını değil, tarafların yargılama sırasında edindikleri bilgileri yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklamamasını da içermektedir.

I. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamı

A. Genel Olarak

Tahkime başvurma nedenlerinden biri yargılamanın gizli yapılmasıdır¹. Burada anlatılmak istenen genel itibarıyla, tahkim yargılaması sırasında taraflardan başka kimselerin, milli mahkemelerden farklı olarak, yargılamaya katılamamaları, tarafların yargılama esnasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamamasıdır².

Bilindiği üzere Türk medeni usul hukukunda mahkemelerde yapılan hukuk yargılamaları aleniyet ilkesi gereği (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ m. 28) halka açıktır. Kaldı ki, taraf olamayan kişilerin uyuşmazlığa ilişkin dava dosyalarından bilgi elde etmeleri ve dosyaları incelemeleri de ihtimal dâhilindedir⁴. Böyle bir durumda yargılama sırasında taraflarca dava

¹Tahkime başvurma nedenleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bs., İstanbul 2016, s. 219-222 yine aynı konuda bkz. Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*(Esasa Uygulanacak Hukuk), Ankara 1986, s. 62-69.

²Gary BORN, *International Commercial Arbitration*, C. II, Londra 2014, 2. Bs., s. 2782

³RG. 04.02.2011 T., S. 27836.

⁴Avukatlık Kanunu'nun işlerin stajyer veya sekreterle takibi, dava dosyalarının incelenmesi ve dosyadan örnek alma başlıklı 46. maddesine göre; avukatlar veya stajyerler, vekâletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını

dosyasına sunulan kendilerine ait bilgiler, ticari sırlar, patent, *know how* gibi fikri mülkiyet hakları ve mâli durumlarına ilişkin beyanlar da dava ile ilgisi olmayan kişilerin de bilgisine sunulmaktadır⁵.

Devlet mahkemesi yargılamalarındaki aleniyetin, bilgilerini sunan taraf açısından sorun yaratabileceği durumlar söz konusu olabilecektir. İşte bu tür bilgilerin kolay ulaşılabilir şekilde halka açıklanmasının engellenmesinde menfaati olan tarafın tahkim yargılamasını tercih etmesi doğaldır. Şöyle ki, tahkim yargılaması gizli yapılmaktadır. Aynı zamanda tahkim yargılaması sonunda da taraflar arasında söz konusu gizlilik devam edecektir⁶.

Taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmasında gizliliğin kapsamı belirlenmiş veya belirlenmemiş olabilir. Ek olarak, taraflarca yetkili kılınan hukukun veya kurumsal tahkim kurumunun gizlilik yükümlülüğüne ilişkin kabul ettiği kurallar söz konusu olabilecektir. Gizlilik yükümlülüğü kapsamına ne tür bilgilerin girdiği tarafların bu konuda anlaşma (*confidentiality agreement*) yapıp yapmadıklarına veya tarafların seçtiği kurumsal tahkimin bu yönde düzenlemelerinin bulunmasına göre ayrı ayrı incelenecektir. Konuyla ilgili olarak Türk Hukuku'ndaki 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun⁷ ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un⁸ düzenlemede bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir. Ancak bu konular incelenmeden önce, tahkim uygulamasında sıklıkla kullanılan ve birbirleriyle karıştırılması muhtemel gizlilik (*confidentiality*) ve mahremiyet (*privacy*) kavramlarının incelenmesi gerekmektedir.

inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur (m. 46/2). Böylelikle davanın tarafı olmayan avukatların Türk mahkemelerinde görülen davalardan bilgi edinmesi imkânı bulunmaktadır.

⁵ Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gizlilik kararı kapsamında değerlendirilen belgelerin incelenmesi hâkimin iznine bağlı tutulmuş olsa da (m. 161/2), aleniyet ilkesi gereği gizlilik kararı ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde verilebilir. Aynı zamanda bu gizliliğin kapsamına ticari sırlar girmemektedir. Kaldı ki, 2006 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısında “*ticari sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması nedeniyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına taraflardan birinin talebi üzerine yahut mahkemece re'sen karar verilir*” ifadesine yer verilmiş olsa da, mevcut kanunda ticari sırlar gizlilik kararı verilebilmesi için gerekli hallerden sayılmamıştır. Maddenin değiştirilerek yürürlüğe girmesi, kanun koyucunun ticari sırları gizlilik kararı ile korumaya değer bir menfaat olarak görmediği şeklinde yorumlanabilecektir. Aksi görüşte bkz. Güray ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017, s. 901.

⁶ Loukas A. MISTELIS, *Confidentiality and Third Party Participation*, Arbitration International, Vol 21, No. 2, s. 205, tahkim yargılamasının gizliliği konusunda bkz. François DESSEMONTET, Arbitration and Confidentiality, <http://www.unil.ch/webdav/site/cedidac/shared/Articles/Arbitration%20&%20Confidentiality.pdf>, American Review of International Arbitration, Vol. 7, No. 3-4, 1996, s. 1.

⁷ RG. 05.07.2001 t., 24453 S.

⁸ RG. 04.12.2007 t., 26728 S.

B. Mahremiyet ve Gizlilik Yükümlülüğü Kavramları

Mahremiyet Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe sözlüğünde “ *kişisel gizlilik*” olarak tarif edilmiştir⁹. Gizliliğin tanımı ise “*bir yetkilinin görevi gereğince öğrendiği devlet işlerini, tanıklık yaparken, yasada gösterilen yönteme uygun biçimde saklaması, söylememesi*” ve “*Genellikle herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin kişisel hak ve çıkarlarına zarar verme tehlikesi gösteren durum*” şeklindedir¹⁰. Dolayısıyla Türkçe açısından bakıldığında mahremiyet ve gizlilik arasında büyük fark olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Milletlerarası ticari tahkimde ise mahremiyet ve gizlilik yükümlülüğü kavramları birbirlerinden farklı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Mahremiyet genel itibariyle tahkim duruşmalarına ve yargılamasına sadece hakemlerin, tarafların ve tarafların yasal temsilcilerinin girebileceğini belirten kavram olarak yorumlanmaktadır¹¹. Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğü ise mahremiyetten farklı olarak, tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgileri ve hakem kararını tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilere vermemelerini sağlayan kavram olarak kabul edilmektedir¹². Bu çalışmada tahkim yargılamasına katılmayı engelleyen mahremiyet yerine, tahkim yargılamasının içerisinde yer alan tarafların, tahkim yargılaması nedeniyle elde ettikleri bilgileri başkaları ile paylaşmamalarını sağlayan gizlilik yükümlülüğü kavramı incelenecektir.

C. Tarafların Gizlilik Konusunda Anlaşma Yapmaları Durumunda Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamı

Taraflarca gizlilik yükümlülüğü konusunda anlaşma yapılması durumunda yargılamanın tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklanmayacak bilgilerin belirlenmesi, anlaşmanın bulunmadığı hallere nazaran daha kolaydır.

⁹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a2bd295d8a3d3.08797474. Erişim tarihi 24.11.2017.

¹⁰http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5a2bd3473d8389.49858668. Erişim tarihi 24.11.2017.

¹¹ BORN, s. 2782, James HARGROVE, *Misplaced Confidence? An Analysis of Privacy and Confidentiality in Contemporary Commercial Arbitration*, (2009) 3 Disp Res Int'l., s. 47, Catherine, A. ROGERS, *Transparency in International Commercial Arbitration*, 54 University of Kansas Law Review, (2006), 1301 s. 1304, James H. CARTER, John FELLAS, *International Commercial Arbitration in New York*, New York 2010, s. 84.

¹² BORN, s. 2782, Michael HWANG, Katie CHUNG, *Defining te Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, Journal of International Arbitration, 26 (5), 609-645, Yıl 2009, s. 609, Hew R. DUNDAS, *Confidentiality in Arbitration: The Final Chapter?*, Asian Dispute Resolution Journal, 2009, s. 26, Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel GAILLARD and John SAVAGE, Lahey 1999, s. 773, Leon E. TRACKMAN, *Confidentiality in International Private Commercial Arbitration*. Arb. Int'l, Yıl 2002, s. 1-18, s. 1, CARTER, FELLAS, s. 84.

Bilindiği üzere uygulamada sıklıkla taraflar arasında herhangi bir akdî ilişkiye girmeden önce gizlilik anlaşması yapılması olağan hale gelmiştir. Gizlilik anlaşmaları içerisinde tarafların hangi bilgileri gizli bilgi olarak kabul edecekleri ve bu bilgilerin ne şekilde saklanacağı, gizli bilgilerin üçüncü kişilere açıklanması durumunda tarafların yükümlülükleri vs. gibi konular düzenlenmektedir

Önceden akdedilen gizlilik anlaşmasının taraflar arasındaki bir diğer ilişki olan tahkim yargılamasına da uygulanabilmesi kanaatindeyiz. Şöyle ki, taraflar uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce birbirlerinden öğrendikleri bilgileri karşı tarafın izni olmadan üçüncü kişilerle paylaşmayacakları yönünde anlaşma yapmışlarsa, bu anlaşmaya tahkim yargılamasında ve sonrasında da uymamalarını sağlayacak bir hukuki imkân bulunmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla taraflar arasında gizliliğe ilişkin herhangi bir anlaşma bulunması durumunda gizli bilgilerin neler olduğu ve gizlilik yükümlülüğünün kapsamının tespiti daha kolay olacaktır.

D. Tarafların Gizlilik Anlaşması Yapmadıkları Durumda Gizlilik Yükümlülüğünün Kapsamı

Taraflarca tahkime başvurulması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki taraflar arasında tahkim konusunda zımnen de olsa bir anlaşmaya varılmış olması gerekmektedir¹³.

Taraflar arasında yapılmış olan tahkim anlaşması içerisinde tahkim yargılamasına ilişkin tarafların gizlilik yükümlülüğünün kapsamı belirlenmemiş olabilecektir. İşte bu gibi durumlarda gizlilik yükümlülüğünün sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Tahkimde gizlilik yükümlülüğü dar anlamıyla tahkimin varlığının, delillerin, tahkim yargılaması için hazırlanan ve sunulan bilgi ve belgelerin, hakem kararının, taraf olmayan üçüncü kişilere açıklanmamasını ifade eder¹⁴. Bunun yanında tahkim yargılamasına davanın tarafları, yasal temsilcileri ve kendilerinin belirledikleri kişiler dışında kimselerin katılmaması da tahkimde gizlilik/mahremiyet kapsamında değerlendirilmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz kapsamda tahkim yargılamasının gizliliğinin kapsamına esasında yargılama sırasında elde edilen bilgilerin tamamı girebilecektir. Ancak tahkim yargılaması

¹³ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, s. 243 vd.

¹⁴ MISTELIS, s. 207, Ergun ÖZSUNAY, *Tahkim Yargılamasında Mahremiyet*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 90.

öncesinde gizli bilgiye sahip olan tarafça halka açıklanan bilgilerin gizli bilgi olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Örneğin hisseleri halka arz edilmiş şirketlerin periyodik olarak ilan etmesi gereken mali tablolarının gizli bilgi olarak kabul edilemeyecektir.

Doktrinde tahkimde gizliliğin içeriğine; uyuşmazlığın kendisinin, uyuşmazlığın çözüm merciinin, tahkim ile ilgili her türlü bilginin, belge ve delillerin, taraflar arasında yazılı ve sözlü anlaşmaların, tahkim yerinin adresinin, hakemlerin kimliğinin, hakem kararının içeriğinin, duruşmaların, hakem heyeti müzakerelerinin, taraflarla tahkim kurumu sekretaryası veya hakemlerle yapılan e-posta yazışmalarının girdiği belirtilmiştir¹⁵. Ancak her bir tahkim yargılamasının özelliğine bakılmaksızın, tahkimle ilgili her hususun tahkimde gizlilik şemsiyesi altında değerlendirilerek baştan gizli tutulması; uygulamadaki tahkim kurumlarının kurallarındaki ve tahkim yargılamalarının (örneğin yatırım tahkimleri ile alelade ticari tahkim yargılamaları gibi) niteliklerindeki farklılıklar nedeniyle kanaatimizce uygun değildir.

Burada gizlilik yükümlülüğünün kapsamına girmesi gereken bilgilerin, yargılama öncesinde taraflarca kamunun bilgisine açıklanmamış olan ve yargılama sırasında hakem veya hakem heyeti ile yargılamanın karşı tarafına açıklanan her türlü bilgi olarak kabul edilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Tarafların tahkim yargılamalarında sorumlu tutulacakları gizlilik yükümlülüğü hakkında önceden anlaşma yapmamaları durumunda, gizlilik yükümlülüğünün kapsamı, tahkimin tâbi olduğu hukuka ve o hukuktaki düzenlemelere göre belirlenecektir.

E. Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü Hakkında Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Tahkime ilişkin uluslararası sözleşmelerde milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğüne doğrudan değinilmemektedir. Doktrinde ise, 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu’nda taraflara tanınmış olan tahkimde serbestlik (*autonomy*) prensibinin, tahkimde gizlilik yükümlülüğünü de kapsadığı belirtilmektedir. Burada belirtmek istenen; New York Konvansiyonu’nda tarafların tahkim prosedürü ile ilgili serbestçe anlaşabilecekleri kabul edildiğinden, tarafların tahkimde gizlilik

¹⁵ Faruk Kerem GİRAY, *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2015, İstanbul, 2015, s. 109.

yükümlülüğü hakkında da karar verebileceğinin yorum yoluyla kabul edilmesidir¹⁶. Ancak bu durumda bile tahkimde gizlilik yükümlülüğü, New York Konvansiyonu’nda doğrudan kabul edilmiş bir konu değildir.

Türk hukukunda olduğu gibi, tahkime ilişkin birçok ulusal düzenlemenin esas aldığı UNCITRAL¹⁷ Model Kanunu’nda da tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Hatta Model Kanun’un hazırlık aşamasında tahkimde gizlilik yükümlülüğü ile ilgili teklifler sunulmuş, ancak bu konu Model Kanun kapsamında düzenlenmemiştir¹⁸. Genel Sekreter Raporu’nda¹⁹ Model Kanun içerisinde hakem kararlarının yayınlanmasının sınırlandırılması için düzenleme yapılmasında fayda olsa bile, konunun taraf iradelerine bırakılmasının doğru olacağı belirtilmiştir²⁰.

Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik konusunun yasal olarak düzenlenmesinde devletler farklı yaklaşımları tercih etmiştir. Devletler tahkimde gizlilik konusunda ya herhangi bir yasal düzenlemede bulunmamışlar ya da tahkimde gizlilik konusunu kabul eden veyahut reddeden düzenlemelerde bulunmuşlardır.

2. Milletlerarası Ticari Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü Konusundaki Yasal Düzenlemeler

Günümüzde bazı ülkeler, mevzuatlarında konuyla ilgili gizliliği kabul eden veya gizliliği reddeden kuralları kabul etmişlerdir. Aşağıda da inceleneceği üzere gerek tahkime katılan tarafların öğrendikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamamasını şart koşan düzenlemeleri kabul eden ülkelerin, gerekse tahkimde gizliliğin kabul edilmediğini yasal olarak düzenleyen ülkelerin çoğunluğunda kabul edilen prensip; tarafların bu konuda aksine anlaşma yapabilecekleridir. Bu durum ulusal ve uluslararası alanda kabul edilen tahkimde tarafların irade serbestilerinin (*autonomy*) bir uzantısı olarak kabul edilebilecektir.

UNCITRAL Model Kanunu’nu esas alan İspanya²¹, tahkim yargılamasında gizliliği yasal

¹⁶ BORN, s. 2783, 2787, Filip DE LY, Mark FRIEDMAN, Luca RADICATI DI BROZOLO, *International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on "Confidentiality in International Commercial Arbitration"*, 28 ArbInt'l, Y. 2012, s. 355.

¹⁷ United Nations Commission on International Trade Law.

¹⁸ BORN, s. 2785.

¹⁹ *Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/CN.9/207, UNCITRAL Yearbook, C. XXII: 1981, s. 77-92.

²⁰ *Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law on International Commercial Arbitration*, U.N. Doc. A/CN.9/207, UNCITRAL Yearbook, C. XXII: 1981, s. 90.

²¹ 23.12.2003 tarihli 60/2003 sayılı İspanyol Tahkim Kanunu’nun giriş bölümünde UNCITRAL Model Kanunu’nun esas alındığı açıkça belirtilmektedir. Kanunun İspanya Adalet Bakanlığı tarafından yapılan çevirisi

olarak düzenleyen devletlerdendir. İspanyol Tahkim Kanunu’nun 24. maddesinin ikinci fıkrasında hakemlerin, tarafların ve tahkim kurumlarının; tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgileri gizli tutacakları açıkça kabul edilmiştir.

Hong Kong Tahkim Kanunu’nun²² 18. maddesinde taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça; tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgiler ile tahkim yargılaması sonrası verilen hakem kararlarıyla ilgili bilgileri yayınlamayacakları ve açıklayamayacakları belirtilmiştir. Kanunda ayrıca tarafların bu bilgileri; haklarını arama amacıyla(örneğin yabancı hakem kararının tenfiz edilmesi) veya o hakem kararının iptali için mahkemelere (m. 18/2-a) veya kanundan kaynaklanan bir zorunluluk doğrultusunda devlet kurumlarına, düzenleyici kuruluşlara (*regulatory body*) ve mahkemelere açıklamasının (m. 18/2-b) gizlilik ilkesini ihlal etmeyeceği belirtilmiştir.

2011 tarihli Avusturalya Tahkim Kanunu’nun²³ Gizli Bilgilerin Açıklanması başlıklı 23C maddesinde kanunda belirtilen haller dışında gerek tarafların gerekse de hakem heyetinin gizli bilgileri açıklayamayacakları düzenlenmiştir. Kanunun gizli bilgilerin açıklanabileceği halleri belirten 23D maddesinde ise, gizli bilgilerin; tarafların anlaşması, tarafların tahkim yargılamasında görevli çalışan ve danışmanlarını bilgilendirmek amacıyla, hakem kararının tenfizi amacıyla, mahkeme tarafından talep edilmiş olması halinde, açıklanmasının yasal olarak zorunlu olması veya düzenleyici kuruluşlar tarafından talep edilmesi gibi durumlarda, açıklanabileceği açıkça düzenlemiştir.

Tahkimde gizliliği yasal olarak düzenleyen Peru’da, hakemlerin, sekreterliğin, tarafların, tanıkların ve tahkim yargılamasına katılan diğer şahısların, Peru Tahkim Kanunu’nun uygulandığı hallerde, tahkim yargılamasında edindikleri bilgileri ve hakem kararını, tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklayamayacakları belirtilmiştir²⁴ (m. 51).

İskoç hukukunda da tahkimde gizlilik prensibi yasal olarak kabul edilmiştir. İskoç Tahkim Kanunu’nun 26. Maddesinde tahkim prosedürü de dâhil olmak üzere tahkim sırasında edinilen gizli bilgilerin, tarafların aksine anlaşma yapmaları, mahkeme tarafından talep edilmesi, kanundan kaynaklanması ve kamu yararının gerektirdiği haller hariç, üçüncü kişilere

için bkz. https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi6n-mR_zXAhXBCpoKHSQCDxcQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mjusticia.gob.es%2Fcs%2FSatellite%2FPortal%2F1292426982249&usq=AOvVaw01C3wdf4_oEeEGixN5vIU6. Erişim tarihi: 10.11.2017.

²² Hong Kong Tahkim Kanunu’nun İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>. Erişim tarihi: 10.11.2017.

²³ Kanun metni için bkz. http://www7.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276/s23d.html. Erişim tarihi: 12.11.2017.

²⁴ Peru Tahkim Kanunu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Alfredo BULLARD, *Arbitration Guide, Peru*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012, s. 12.

açıklanmasına karşı dava açılabilmesi belirtilmiştir.

Yukarıda sayılan ülke hukukları dışında, tahkime gizliliğe ilişkin yasal düzenlemesi olan Norveç ve Kosta Rika hukuklarında ise, kural tahkimde gizliliğin kabul edilmediği şeklindedir. 14.05.2014 tarihli Norveç Tahkim Kanunu’nun²⁵ 5. maddesinde taraflarca aksine anlaşma yapılmadığı sürece tahkim prosedürünün ve hakem kararlarının gizlilik yükümlülüğü kapsamında olmadığı belirtilmektedir.

Kosta Rika hukukunda ise konu, şu ana kadar belirtilen düzenlemelerden farklı şekilde ele alınmıştır. 27.04.2011 tarihli Kosta Rika Tahkim Kanunu’nun 38. Maddesinde; tahkim duruşmalarının gizli olarak gerçekleştirileceği belirtilmekle beraber, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı sürece hakem kararlarının ilân edilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, Kosta Rika Tahkim Kanunu’nun tahkim usulüne uygulandığı yargılamalarda, hakemlerin verecekleri kararları ilan etmesi bir zorunluluktur²⁶. Hakem kararının yayınlanmasının zorunlu olmasının, tahkimde gizlilik yükümlülüğünü bir şekilde ortadan kaldıran bir düzenleme olduğu şüphesizdir.

3. Milletlerarası Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğüne İlişkin Yasal Düzenleme Bulunmayan Ülkelerdeki Durum

a. Genel Olarak. Gizlilik yükümlülüğü hakkında milletlerarası ticari tahkime ilişkin mevzuatlarında herhangi bir hüküm bulunmayan ülkelerde mevcut durum, mahkeme kararlarında farklı şekillerde ele alınmıştır. Bazı devlet mahkemeleri tahkimin niteliği itibarıyla gizlilik yükümlülüğünü zımnî olarak kabul etmişken, bazı devlet mahkemeleri ise bunun aksi yönünde kararlar vermiştir.

b. Gizlilik Yükümlülüğünün Zımnî Olarak Kabul Edildiği Ülkeler. Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğü konusunda tarafların her bir olayda gizlilik anlaşması yapması beklenemeyecektir. İşte bu hallerde tahkimde gizlilik yükümlülüğünün olup olmadığı konusu, bu yükümlülüğe ilişkin mevzuatında herhangi bir hüküm bulunmayan devlet mahkemeleri önünde tartışılabilmektedir. Bazı devlet mahkemeleri milletlerarası ticari tahkimin niteliği gereği, zımnî de olsa gizlilik yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmektedir.

²⁵ 14.05.2014 tarihli Norveç Tahkim Kanunu’nun Oslo Ticaret Odası tarafından yayınlanan İngilizce metni için bkz. https://www.chamber.no/wp-content/uploads/2014/02/Norwegian_Arbitration_Act.pdf Erişim tarihi: 12.11.2017.

²⁶ 27.04.2011 tarihli Kosta Rika Tahkim Kanunu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Dyalá JIMENEZ, *Arbitration Guide, Costa Rica*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012, s. 10.

İngiliz hukukunda tahkimde gizlilik yükümlülüğünün bulunduğu ilişkin bir hüküm açıkça mevzuatta yer almamaktadır. Ancak bu konu 1880 tarihli bir davada tartışılmış, tahkim yargılamasında zımnî de olsa gizlilik yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmiştir²⁷. Mahkeme kararında tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları göz önünde olmadan çözmek, kamu önünde hukukî tartışmadan kaçınmak amacıyla tahkimi tercih ettikleri belirtilmiştir. Davanın devlet mahkemesinde görülmesi halinde, davayı kazanan tarafın dahi zarar görebileceği durumların ortaya çıkabileceği de kararda belirtilmiştir²⁸.

Sonraki tarihli İngiliz mahkeme kararlarında da benzer gerekçelerle tahkim yargılaması sırasında edinilen bilgilerin ve hakem kararlarının üçüncü kişilere açıklanmamasının ve tahkimin niteliği gereği gizlilik yükümlülüğünün zımnî olarak kabul edilmesinin gerektiği belirtilmiştir. *Dolling-Baker v. Merrett*²⁹ kararında; her iki tarafın da tahkim yargılamasında kullanılan belgeleri, notları, delilleri ve tanık/uzman görüşlerini açıklamama konusunda yükümlülüklerinin olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle kararda tahkimin doğası gereği tarafların zımnî olarak gizlilik yükümlülüğü altında oldukları ifade edilmiştir. Ancak bu yükümlülüğün mutlak surette her zaman geçerli olamayacağı, tarafların hukukî haklarını korumak amacıyla, örneğin hakem kararının iptali davasında, tahkim sırasında edindikleri bilgi ve belgeleri kullanabilecekleri de belirtilmiştir.

Zımnî olarak kabul edilen gizlilik yükümlülüğünün hangi hallerde ortadan kalkabileceği de birçok mahkeme kararında belirtilmiştir. *All Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*³⁰ kararında mahkeme, tahkimin taraflarından birinin hukukî haklarını korumak amacıyla gizli bilgileri açıklamasının makul derecede gerekli olduğu durumlarda, gizlilik yükümlülüğü altında olunamayacağı sonucuna ulaşmıştır.

*Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.*³¹ kararında da Yüksek Mahkeme İngiltere’de cereyan eden tahkim yargılamalarında ileri sürülen belgelerin başka ülke mahkemelerinde görülen davalarda, mahkemenin yanlış yönlendirilmemesi amacıyla kullanılabileceğini belirtmiştir.

İngiliz mahkeme kararlarında her bir olayın özelliklerine göre gizlilik yükümlülüğünün ortadan kaldırılması veya devam etmesi yönünde kararlar bulunmaktadır. Ancak gizlilik

²⁷*Russel v. Russel* (1880) 14 Ch.D. 471,474, (İngiliz Yüksek Mahkemesi Kararı), çevirimiçi ulaşım için bkz. https://www.trans-lex.org/302010/_/russel-v-russel-lr-14-ch-d-471/. Erişim Tarihi: 13.11.2017.

²⁸*Russel v. Russel*, (1880) LR 14 Ch D 474-475.

²⁹*Dolling-Baker v. Merrett*, 1991, 2 All ER 891, 896.

³⁰*Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir*, 1998, 2 All ER 136, 147. Yine aynı yönde ki bir karar için bkz. *Hassneh Ins. Co. of Israel v. Mew*, 1993, 2 Lloyd’s Rep. 243, (QB)

³¹*Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.*, 2008, EWCA Civ 184.

yükümlülüğünün ortadan kaldırılabileceğine ilişkin verilen kararlar genel itibariyle, bir mahkeme önünde tarafların haklarını korumak amacıyla yaptığı başvurularda söz konusu olmuştur. Görüleceği üzere gizlilik yükümlülüğünün ne şekilde ortadan kaldırılabileceği konusunda objektif bir ölçüt İngiliz Mahkeme kararlarında bulunmamaktadır. Bu nedenle, İngiliz Tahkim Kanunu hazırlanırken Danışma Kurulu gizlilik ile ilgili sınırlandırmaların İngiliz hukukunda tam olarak sınırlarının çizilmediği ve bu yönde yasal bir düzenleme yapılmasının İngiliz tahkim uygulamasına zarar vereceğini belirterek, Tahkim Kanunu’nda gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir hükmün olmaması gerektiğini belirtmiştir³².

İsviçre hukukunda tahkim taraflarının gizlilik yükümlülüğü altında olup olmadığına ilişkin bir hüküm İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer almamaktadır. Ancak taraflarca gizlilik anlaşması yapılması veya içerisinde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin kuralların bulunduğu tahkim kurallarına atıfta bulunulması durumunda, tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir³³. İsviçre doktrininde tahkim taraflarının tahkim sırasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilerle paylaşabilmesi için diğer tarafın rızasını alması gerektiği belirtilmiştir³⁴. İsviçre Federal Mahkemesi ise verdiği kararlarda hakem kararlarının iptaline ilişkin davalarda hakem kararlarındaki isimlerin kaldırılması yönünde kararlar vermiştir³⁵.

c. Gizlilik Yükümlülüğünün Zımnî de Olsa Kabul Edilmediği Ülkeler. Tarafların tahkim yargılaması ile ilgili olarak gizlilik anlaşması akdetmediği ve mevzuatlarında gizlilik yükümlülüğü konusunda düzenleme bulunmayan bazı devletlerde mahkemeler, tahkimde gizlilik yükümlülüğünün zımnî de olsa kabul edilemeyeceği yönünde kararlar vermiştir.

Her ne kadar şu anda mevzuatında tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenleme bulunsa da, bu düzenleme öncesinde Avusturalya’da tahkimde zımnî de olsa gizlilik yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmekteydi. Avusturalya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararı, tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin olarak üzerinde çokça tartışılması nedeniyle, bu bölümde incelemek istemekteyiz.

³² Mark Oliver SAVILLE, *U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill*, 1996, para. 16.

³³ Alexander JOLLES, Maria CANALS DE CEDIEL, *Confidentiality, International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, ed. Gabriele KAUFFMAN KOHLER, Blaise STUCKI, Zürih 2004, s. 89.

³⁴ Bernhard BERGER, Franz KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Bs., Zürih 2015, para 1120, Noradéle RADJAI, *Confidentiality in International Arbitration*, ASA Bulletin 1/2009, s. 49.

³⁵ Pierre-Yves TSCHANZ, *Confidentiality of Swiss Supreme Court Review of Arbitral Awards*, Mondaq İş Sempozyumu, 28 Eylül 2006. Metin için bkz. http://www.taverniertschanz.com/uploads/publications/ILO-Confidentiality_of_Swiss_Supreme_Court_Review_of_Arbitral_Awards_.pdf Erişim tarihi: 07.11.2017, RADJAI, s. 49.

*Esso Australian Resources Ltd. v. Plowman*³⁶ davasında Avusturalya Yüksek Mahkemesi tahkimde gizlilik yükümlülüğünün zımnen de olsa kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Davada; devlet ait bir şirketin özel bir şirket ile aralarında cereyan eden tahkim yargılamasında, özel şirket tarafından tahkimde açıklanan ticari bilgilerin (petrol rezervleri, kar marjinleri, devlet şirketine petrol sağlayan şirketin üretim maliyetlerine ilişkin bilgiler) devletin düzenleyici kurumları tarafından (Türkiye’deki EPDK gibi) kamuya açıklanması konusunda zorlanıp zorlanamayacağı tartışılmıştır.

Avusturalya Yüksek Mahkemesi; Avustralya’da görülen tahkim davalarının dışarıya kapalı olduğunu (mahremiyet), ancak tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olmadığını belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, Avusturalya’da cereyan eden tahkimlerde gizlilik yükümlülüğünün kabul edilemeyeceğini, çünkü bu durumun tahkimin “esaslı bir özelliği” olmadığını ve Avusturalya hukukuna tâbi bir tahkim anlaşmasının da esaslı bir unsuru olmadığını belirtmiştir. Yüksek mahkeme ayrıca taraflar arasında gizlilik anlaşması bulunması halinde bu anlaşmanın geçerli olacağını ve tarafların gizlilik yükümlülüğü altına gireceğini ifade etmiştir³⁷.

Fransız hukukunda tahkimde gizlilik yükümlülüğü konusunda yerel ve milletlerarası ticari tahkim arasında farklılık bulunmaktadır. Fransız Medeni Usul Kanunu’nun 1464. maddesinde yerel tahkimler açısından tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak milletlerarası ticari tahkime ilişkin olarak böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Yerel ve milletlerarası tahkim ile ilgili düzenlemelerde gizlilik yükümlülüğü hakkında bu şekilde farklı tercihlerde bulunulması nedeniyle, milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğünün kabul edilmediği sonucuna ulaşılması ihtimal dâhilindedir. Böyle bir ayırım yapılmasının; milletlerarası yatırım tahkimleri yönünde artan bir eğilim olmasından ve Fransa’da gerçekleştirilen milletlerarası tahkim yargılamaları için yasa koyucunun aksi yönde ulusal kurallar koyarak tahkimi sınırlandırmak istememesinden kaynaklandığı belirtilmiştir³⁸.

Milletlerarası ticari tahkimde zımnen de olsa gizlilik yükümlülüğü bulunmadığı sonucuna bazı Amerikan mahkeme kararlarında da ulaşılmıştır. Bu mahkeme kararlarında genel itibariyle konu taraflar arasında gizlilik anlaşmasının bulunmadığı tahkimler açısından, taraflardan birinin veya üçüncü bir şahsın tahkimde sunulan bilgi ve delilleri mahkeme kanalıyla talep etmesi söz konusu olmuştur. Bir kararda ICC’de³⁹ görülen bir tahkim yargılamasında ileri sürülen belgelerin talep edilmesi ve karşı tarafın da gizlilik yükümlülüğünün tahkimde zımnen

³⁶ Yearbook of Commercial Arbitration, C. XXI, 1996, s. 137 vd.

³⁷ Yearbook of Commercial Arbitration, C. XXI, 1996, s. 149-151.

³⁸ BORN, s. 2799.

³⁹ International Chamber of Commerce – Milletlerarası Ticaret Odası

kabul edilmesi gerektiğini iddia etmesi üzerine mahkeme; ICC tahkiminde yer alan gizliliğin idari işlemler açısından geçerli olduğunu ve tahkim yargılaması açısından gizliliğin söz konusu olmadığını, tarafların akdettikleri tahkim anlaşmasıyla da tahkim yargılamasının gizlilik yükümlülüğü altında olacağı sonucuna ulaşamayacağını belirtmiştir⁴⁰.

Başka bir kararda ise; tahkim yargılamasında sunulan belgelerin devlet mahkemesinde taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında yer alan gizlilik klotuna rağmen ileri sürülebileceği ve ayrıca bu durumun avukat müvekkil gizliliği kapsamında da değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir⁴¹.

*Contship Containerlines Ltd, v. PPG Indus., Inc.*⁴², ve *Caringal v. Karteria Shipping, Ltd.*⁴³, kararlarında Amerikan mahkemeleri, İngiltere’de yürütülen tahkim yargılamalarında sunulan belgeleri Amerikan mahkemelerindeki tarafların inceleyebileceklerine karar vermiştir.

Amerikan mahkeme kararları incelendiğinde, kararlara konu olan davalarda tahkim yargılamasının tarafı olmayan üçüncü kişilerin, tahkimde ortaya konan belgelerden ve yazışmalardan bilgi alma talepleri söz konusu olmuştur. Mahkemeler; taraflar arasında gizlilik anlaşması olsa dahi, bilgi talep eden tarafın gizlilik anlaşması tarafı olmadığından bu anlaşma ile bağlı tutulamayacağına karar vermiştir⁴⁴.

4. Tahkim Merkezlerinin Kurallarında Gizlilik Yükümlülüğüne İlişkin Düzenlemeler

Milletlerarası ticari tahkim ile ilgili faaliyet gösteren birçok kurum bulunmakta ve bu kurumlar bünyesinde gerçekleştirilen tahkimler, bu kurumların düzenlemiş olduğu tahkim kuralları doğrultusunda yürütülmektedir. Tahkim merkezlerinin kurallarında gizliliğe ilişkin genel veya sınırlı düzenlemeler bulunabilmektedir.

Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA) kurallarında tahkimde gizlilik yükümlülüğü geniş olarak kabul edilmiştir. LCIA 2014 Tahkim Kuralları’nın 30. maddesine göre; taraflarca aksi yazılı olarak kararlaştırılmadığı sürece taraflar, hakem kararlarını ve karşı tarafın sunduğu kamuya açık olmayan belgeleri gizli tutmak ve üçüncü kişilerle paylaşmamak

⁴⁰USA v. Panhandle E. Corp., 118 F.R.D. 346 (C.D. Cal. 1988).

⁴¹Urban Box Office Network v. Interfase Managers, 2004 WL 2375819 (S.D.N.Y.). Benzer bir karar ise *Lawrence E. Jaffee Pension Plan v. HouseholdInt’l, Inc.*, 2004 WL 1821968 (D. Colo) davasında verilmiştir. Burada da mahkeme, tahkimdeki yazışmaların taraflar arasındaki gizlilik sözleşmesine bakılmaksızın açıklanabileceğine karar vermiştir.

⁴²Contship Containerlines Ltd, v. PPG Indus., Inc. 2003 WL 1948807 (S.D.N.Y.)

⁴³Caringal v. Karteria Shipping, Ltd., 2001 WL 874705.

⁴⁴ BORN, s. 2800.

zorundadır. Ancak yasal yükümlülükler veya bir hakkın korunması ile hakem kararına karşı başvuru yolunda kullanılması amacıyla bu bilgilerin devlet mahkemesiyle veya devlet organlarıyla paylaşılması mümkündür. Ek olarak LCIA kurallarında, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece hakem kararlarının yayınlanmayacağı belirtilmiştir (m. 30/3).

Fikri mülkiyet uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkim kuralları düzenleyen Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) tahkim kurallarında gizlilik yükümlülüğü detaylı olarak düzenlenmiştir. Bunun nedeni, fikri mülkiyete konu işlemlerde gizliliğinin planda tutulan konuların başında gelmesidir⁴⁵. Gizlilik yükümlülüğü WIPO tahkim kurallarının 73-76 maddelerinde düzenlenmiştir. WIPO kurallarına göre sadece tarafların sundukları belgeler, tanıkların ifadeleri, uzman görüşleri, hakem kararları değil, aynı zamanda taraflar arasındaki tahkim yargılamasının varlığı dahi gizlilik yükümlülüğü altındadır. Ek olarak, hassas bilgilerin korunması amacıyla hakem heyeti tarafından gizliliğe ilişkin karar verilebileceği WIPO kurallarında düzenlenmiş bir diğer konudur.

Yukarıda belirtilen kurallardan başka bazı tahkim merkezlerinin kurallarında gizlilik yükümlülüğü daha sınırlı olacak şekilde düzenlenmiştir. Kanada merkezli ICDR⁴⁶ tahkim kurallarında tahkim yargılaması sırasında tarafların ve tanıkların açıkladıkları bilgilerin hakemler ve tahkim merkezi tarafından saklı tutulacağı belirtilmiştir (m. 34). Dolayısıyla taraflar yerine hakem ve tahkim merkezinin gizlilik yükümlülüğü ICDR kurallarında düzenlenmiştir. Ek olarak, duruşmaların kanunen veya taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça gizli olacağı da ICDR tahkim kurallarında yer alan bir diğer konudur (m. 20/4).

2013 yılında revize edilen UNCITRAL Tahkim Kuralları da gizlilik yükümlülüğünü benzer şekilde ve dar kapsamlı olarak düzenlemiştir. Buna göre, tarafların onayı veya taraflardan birinin yasal yükümlülüklerini yerine getirmesi, hukuki bir menfaatini korumak veya elde etmek amacıyla veya yetkili kurumlar ile mahkeme önünde yasal işlemlerde kullanmak amacıyla hakem kararlarının yayınlanabileceği düzenlenmiştir (m. 34/5). UNCITRAL Tahkim Kuralları'nda duruşmaların gizli olacağı da yer almaktadır (m. 28/3).

UNCITRAL tahkim kurallarının düzenlemeleri incelendiğinde, sadece hakem kararlarının yayınlanması ile ilgili olarak belirli ölçütler getirildiği görülmekte, tarafların tahkim

⁴⁵ BORN, s. 2803.

⁴⁶ International Center for Dispute Resolution – Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Uluslararası Merkez. Tahkim kurallarına erişim için bkz. https://www.icdr.org/icdr/faces/i_search/i_rule/i_rule_detail?doc=ADRSTAGE2025301&_afLoop=1837393319925248&_afWindowMode=0&_afWindowId=107ka5q3nh_6%40%3F_afWindowId%3D107ka5q3nh_6%26_afLoop%3D1837393319925248%26doc%3DADRSTAGE2025301%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D107ka5q3nh_76. Erişim tarihi: 13.11.2017.

yargılaması sırasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilerle paylaşmama konusunda gizlilik yükümlülükleri konusunda düzenleme bulunmamaktadır⁴⁷.

ICC tahkim kuralları incelendiğinde, gizliliğe ilişkin ucu açık ifadelerin bulunduğu ortaya çıkmaktadır. ICC Tahkim Kuralları'na (2017) göre, taraflardan birinin talebi üzerine hakem heyetinin tahkim yargılamasına veya tahkim ile ilgili diğer konularda ticari sırlar ve gizli bilgiler hakkında gizliliğe ilişkin karar alabileceği belirtilmiştir (m. 22/3). ICC kurallarında gizliliğe ilişkin bu şekilde düzenleme yapılması, hangi hukukî prensipler ve standartlar doğrultusunda önlemler alınacağının belirsiz olması nedeniyle eleştirilmiştir⁴⁸.

Ek olarak, hakem heyetinin gizliliğe ilişkin önlemlere karar verirken neyi esas alacağı konusu da ICC kurallarında belirlenmemiştir. ICC Tahkim Kuralları'na; hakem heyetinin gizlilik yükümlülüğüne ilişkin karar alırken, taraflar arasındaki sözleşmedeki gizlilik hükümlerini mi veya taraflarca seçilen tahkime uygulanacak hukuku mu uygulayacağı, yoksa bu konuda serbestliğe sahip olduğunun mu kabul edilmesi gerektiği konularında haklı eleştiriler yöneltilmiştir⁴⁹. ICC Sekreteryası'na göre ise; hakem heyetine 22. maddede tanınan geniş yetkilerin; taraflar arasındaki uyuşmazlığı büyütmemeye ve tek bir davada çözüme kavuşturmaya yönelik önlemler alınması doğrultusunda verildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁰.

ICC'nin tahkimde gizliliğe bakışı ile ilgili önemli bir diğer konu ise, ICC tahkim kurallarının uygulanmasını sağlamak amacıyla kurulmuş olan Milletlerarası Tahkim Divanı İçtüzüğü'dür. Milletlerarası Tahkim Divanı İçtüzüğü, ICC Tahkim Kurallarının iki numaralı ekinde yer almaktadır. İçtüzüğün 1. maddesine göre Divan Başkanı veya Genel Sekreteri; akademik nitelikte çalışma yapan araştırmacılara, tahkim sırasında taraflarca sunulmuş bilgi notu, not, beyan ve belgeler hariç, hakem kararları ve genel ilgi çekecek diğer belgeler hususunda erişim izni verebilir (m. 1/6). Ayrıca bu iznin verilebilmesi için, araştırmacının, belgelerin gizliliğine dair prensibe saygı göstermeyi ve belgeyi önceden Divan'ın Genel Sekreteri'ne onay için sunmadan yayınlamamayı önceden taahhüt etmesi gerekmektedir (m.1/7). Dolayısıyla, ICC

⁴⁷Antonias DIMOLITSA, *Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration in ICC*, ICC Bulletin Special Supplement 2009, s. 24, Thomas H. WEBSTER, *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2. Bs., Londra 2014, s. 263, BORN, s. 2805.

⁴⁸BORN, s. 2806.

⁴⁹Jacob GRIERSON, Annet VAN HOOFT, *Arbitrating Under the 2012 ICC Rules, An Introductory User's Guide*, Biggleswade 2012, s. 13-14. Her ne kadar burada atıf yapılan eser 2012 ICC Tahkim Kuralları'na yönelik eleştirilerde bulunsun da, gizliliğe ilişkin hükümler 2017 tarihli kurallarda da aynı düzenlendiği için, yazarların eleştirilerinin burada da geçerli olduğu kanaatindeyiz.

⁵⁰Jason FRY, Simon GREENBERG, Francesca MAZZA, *The Secreariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris 2012, s. 235 ve 236.

kurallarına göre akademik araştırma yapanlara hakem kararlarının sunulması imkânı sağlanmakla birlikte, yargılama ile ilgili her türlü bilgiye erişim izni söz konusu olamamaktadır.

İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) tahkim kurallarında gizlilik konusundaki düzenleme 21. maddede yer almaktadır. Maddeye göre; Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması gizlidir. Taraflardan birinin talebi üzerine Tek Hakem veya Hakem Kurulu, tahkimin ve yargılamanın gizliliği ile ilgili her türlü emri verebilir. Esasında ISTAC tahkim kurallarındaki bu düzenleme ICC m. 22/3'teki düzenleme ile paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla, hakemlere önlem alma konusunda geniş yetkiler verilmesi, ne şekilde önlem alınabileceği açısından belirlenebilir bir kıstasın getirilmemiş olması gibi eleştiriler burada da ileri sürülebilecektir.

İstanbul Ticaret Odası (İTO) bünyesinde kurulan İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi ve bu merkezin tâbi olduğu tahkim kurallarında (2012) tahkimde gizliliğe ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İTO tahkim kurallarına göre; duruşmalar, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça gizlidir. Tarafların ve hakem kurulunun onayı olmadıkça, yargılamayla ilgisi olmayan kişiler duruşmaya katılamazlar (m. 32/5).

İTO tahkim kurallarında ayrıca ticari sırların korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Tahkim kurallarına göre; hakem kurulu, tahkim yargılaması sırasında, ticari sırların ve gizli bilgilerin korunması için gerekli önlemleri alacaktır (m. 44/1). Burada da gerek ICC kurallarında gerekse de ISTAC kurallarında olduğu gibi, hakemlere gizlilik yükümlülüğü hakkında karar alma konusunda geniş yetkiler verilmesine rağmen, hakemlerin ne şekilde önlem alacağı belirtilmemiştir. İTO tahkim kurallarının belirtilen konularda detaylı düzenlemede bulunmaması, haklı olarak, eleştirilmiştir⁵¹.

İTO tahkim kurallarında yukarıda sayılanlara ek olarak, tarafların, hakemlerin, divan üyelerinin ve sekreterlikte görevli olup tahkim yargılamasıyla ilgisi bulunan kişilerin, tahkim yargılamasına katılanların, tanıkların ve bilirkişilerin tahkimin gizliliğini korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Belirtilen şahıslardan başka yargılamada, taraflar adına hareket eden kişilerin de gizliliği korumakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (m. 44/2). İTO tahkim kuralları ISTAC kurallarına nazaran, gizlilik yükümlülüğünün kimler üzerinde doğduğu konusunda detaylı düzenlemelerde bulunmuştur. Ek olarak, tahkim yargılamasına katılan herkesin gizlilik

⁵¹ GİRAY, s. 86.

yükümlülüğünün bulunduğunu belirterek, yükümlülüğün uygulamasını genişletmiştir⁵².

Buraya kadar belirtilen tahkim merkezlerinin kurallarında, özel olarak yatırım uyuşmazlıkları hakkında düzenlemeler bulunmamaktadır. Yatırım uyuşmazlıkları niteliği itibarıyla ticari tahkimden farklı olduğundan dolayı, uygulamada yatırım uyuşmazlıkları ile ilgili sıklıkla başvuru yapılan ICSID tahkimi, gizlilik yükümlülüğü açısından ayrı bir başlık altında incelenecektir.

5. ICSID Uygulamasında Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü

Yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesi için devletler, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon (ICSID), Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (NAFTA) gibi uluslararası sözleşmeler akdetmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözülmesi Hakkında Konvansiyon⁵³ ile yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi amacıyla tahkim merkezi kurulmuştur (ICSID⁵⁴).

ICSID tahkimi uygulamasında gizlilik yükümlülüğü birçok kararda birbirinden farklı sonuçlara ulaşılacak şekilde gündeme gelmiştir. Bir kararda⁵⁵ hakem heyeti; gizlilik ve mahremiyet konularının yatırım tahkiminde, milletlerarası ticari tahkimdeki rolüne sahip olmadığını ve uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan tahkimlerde (*treaty arbitration*) şeffaflığa doğru bir yönelimin bulunduğunu belirtmiştir.

Başka kararlarda⁵⁶ ise, taraflarca tahkim işleyişinin düzenli bir şekilde kamuoyuna açıklanmasının, göz önünde tartışmaya varmayacak şekilde sınırlandırılıp yapılmasında fayda olduğu belirtilmiştir.

ICSID tahkiminde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bir karar⁵⁷ birçok yönü ele alması nedeniyle önemlidir. Kararda hakem kurulunun devlet idaresinin iyileştirilmesi amacıyla yatırım tahkiminde şeffaflığı desteklediği belirtilmiştir. Ancak devamında ise; şeffaflık

⁵² Tahkimde gizlilik yükümlülüğünün üzerinde doğduğu kişiler bakımından, 44. maddede sayılanlarla sınırlı olarak düşünülmemesi ve bu maddenin geniş yorumlanması gerektiği, örneğin bilgisayar ve ses kaydı teknisyenleri gibi, belirtilmiştir. GİRAY, s. 86.

⁵³ Türkiye bu anlaşmayı 1987 yılında imzalamış ve anlaşma 1989 yılında yürürlüğe girmiştir. RG. 02.06.1988 T., S. 19830.

⁵⁴ International Center for Settlement of Investment Disputes

⁵⁵ *Biawater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order No. 3 (29.09.2006). ICSID Dava No. ARB/05/22.

⁵⁶ *The Loewen Group v. USA*, ICSID Dava No. ARB(AF)/98/3, 05.01.2001, paragraf 26, *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Dava No. ARB(AF)/97/1, 30.0.2000.

⁵⁷ *Beccara v. Arjantin*, Procedural Order No. 3, Dava No. ARB/7/5, 27.01.2010.

konusundaki hassasiyetin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı arttırmamasına veya tahkim yargılamasının düzenini tehlikeye atmasına yol açmaması (meşrulaştırmaması) ifade edilmiştir. Ayrıca şeffaflık lehine düşüncelerin, gizli bilgilerin korunmasından ve/veya ilgili tarafın milli hukukunda yer alan aksine düzenlemelerden üstün tutulamayacağı da belirtilen bir diğer husustur. Son olarak kararda, taraflarca gizlilik/şeffaflık konusunda bir anlaşma bulunmaması halinde; şeffaflık konusundaki menfaatler ile belirli bilgi ve/veya dokümanların gizli kalmasındaki menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak amacıyla hakem kurulunun, gizlilik lehine veya aleyhine genel bir kural koymak yerine, dava bazında (*casebycase*) ve her bir konu için ayrı değerlendirme yapması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

ICSID tahkiminin konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarda genel itibariyle iki menfaat tartışılmıştır. Bir tarafta devletin taraf olduğu uyuşmazlıklar açısından şeffaflığın elde edilmesindeki menfaat, diğer tarafta tahkim yargılamasının düzeninin sağlanmasındaki menfaat bulunmaktadır⁵⁸.

Devletlerin icra ettikleri işlemlerin büyük bir bölümü şeffaflık gereği halkın bilgisine sunulmaktadır. Bunun yanında açılan ihaleler ile birlikte her ne kadar teklifler gizli yapılsa da ihale sonrası yapılacak işlemler halkın bilgisine sunulmaktadır. Bunun yanında devletin yapmış olduğu ticari anlaşmaların toplumun bilgisine sunulmasında da kamu yararının bulunduğu açıktır⁵⁹.

Devletin taraf olduğu ticari anlaşmaların icrası sırasında uyuşmazlık çıkması durumunda ve bu uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurulması halinde gerek hakem yargılaması sonucunda verilen kararın, gerekse de yargılama sırasında tartışılan konuların toplum tarafından bilinmesinde kamu yararının bulunduğu kabul edilmektedir⁶⁰.

ICSID tahkimi açısından gizlilik yükümlülüğü ile ilgili somut bir kural bulunmamaktadır. Hakem kurulları her bir olayla ilgili olarak incelemede bulunmakta ve gizlilik konusunda karar vermektedir. Tahkim yargılamasının taraflarının, yargılama ile ilgili gizlilik kararı alınmasını istemesi durumunda ICSID tahkim kurallarının 39. maddesinin 1. fıkrasına istinaden tedbir kararın alınmasını talep etmesi gerektiği ve ayrıca hakem mahkemesince gizlilik kararı

⁵⁸ Christina KNAHR, August REINISCH, *Transparency Versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise*, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Vol 6, Issue 1, 2007, 97-118, s. 104.

⁵⁹ BORN, s. 2826.

⁶⁰ MISTELIS, s. 213. Örneğin WIPO tahkim kurallarında davanın var olduğu bilgisinin bile gizlilik yükümlülüğü kapsamına alınabileceği düzenlenmiştir.

verilmesi durumunda bu kararın süresinin de düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹.

ICSID tahkiminde gizliliğin kapsamı yargılamaların halka açık olması ve kararların yayınlanması konusunda olup, taraflar arasında ICSID’de görülmekte olan davanın olup olmadığı ise gizlilik kapsamında değildir⁶². Ek olarak, uygulamadan da görüleceği üzere, ICSID tarafından yıllık raporlar halinde görülmekte olan uyuşmazlıkların tarafları, uyuşmazlık konusu, yargılama aşaması, uyuşmazlığın tarafları ve onların temsilcileri ile hakem heyetine ait bilgiler yayınlanmaktadır⁶³.

II. Türk Hukukunda Milletlerarası Ticarî Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü

A. Genel Olarak

Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin sorunlar farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlar; ya tahkim sırasında tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenmesinde veya hakem kararı verildikten sonraki aşamalarda tarafların gizlilik yükümlülüğünün ne şekilde devam edeceği, tarafların hakem kararının iptali veya tenfizi amacıyla dava açması durumunda gizlilik yükümlülüğüne riayet edilip edilmediği şeklinde olabilmektedir.

B. Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Gizlilik Yükümlülüğü

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu⁶⁴(MTK) tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru taşıyan tahkim yargılamalarında uygulanmaktadır (m. 1). Kanun’da hakem yargılamalarının gizlilik içerisinde yapılacağına veya tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgi ve belgeleri tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, MTK’daki bazı hükümlerden hakemlerin gizlilik yükümlülüğü hakkında karar verip veremeyeceğinin yorum yoluyla tespiti gerekmektedir.

MTK’da hakem heyetinin tarafların gizlilik yükümlülüğü altında bulunduğuna, yargılama sırasında edindikleri bilgileri, tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilere açıklamayacakları

⁶¹ GİRAY, s. 102.

⁶² MISTELIS, s. 215.

⁶³ICSID’de görülmekte olan davalar listesi için bkz. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>

⁶⁴ RG. 05.07.2001 T., S. 24453.

yönünde karar verebilmelerine ilişkin olarak kısıtlayıcı bir düzenleme de bulunmamaktadır. Öte yandan, hakem heyetinin ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları verebileceği MTK’da açıkça düzenlenmiştir (m. 6).

Hakemlerin uygulama imkânı olan her türlü ihtiyatî tedbir kararı verebilecekleri, bir tarafın bir işi veya şeyi yapma veya yapmama konusunda karar alabilecekleri ve hakemlerin verdikleri bu kararlara tarafların uymaması durumunda doğan zarar ve ziyanın tazminine hükmedebilecekleri belirtilmektedir⁶⁵. Sonuç itibarıyla, taraflardan birinin gizlilik yükümlülüğüne ilişkin olarak talepte bulunması halinde, MTK’ya tâbi tahkimler açısından, hakemlerin gizlilik yükümlülüğü hakkında ihtiyatî tedbir kararı verebileceği kanaatindeyiz. Bu ihtiyatî tedbir kararında hakemler, tarafların tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgileri üçüncü kişilere açıklamaması yönünde karar verebilecektir.

Ek olarak, MTK 7. madde de hakemlerin kendi yetkileri hakkındaki itirazları ön sorun olarak inceleyeceği ve karara bağlayabilecekleri, yetkilerinin bulunduğu karar verdikten sonra yargılamayı sürdürebilecekleri belirtilmiştir (m. 7/son). Dolayısıyla hakemlerin tahkim yargılamasında ara karar verme imkânları hem ihtiyatî tedbire ilişkin düzenlemede hem de yetkiye ilişkin düzenlemede tanındığı için, tarafların gizlilik yükümlülüğüne ilişkin talepleri hakkında da ara karar niteliğinde karar verebilmeleri, mümkün kabul edilmelidir.

Türk hukukunda tahkim yargılamasına başvurulması, taraflara gizlilik yükümlülüğünü doğrudan yüklememektedir. Ancak yorum yoluyla, hakemlerin MTK. Uyarınca tedbiren gizlilik kararı verebileceği sonucuna ulaşılabilmektedir. Ancak bu tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkacaktır (MTK. m. 6/son). Bu nedenle tarafların, tahkim yargılaması sırasında sunulan bilgi ve belgeler konusunda, hakem kararı verildikten sonra gizlilik yükümlülüğü devam etmeyebilecektir.

Açıkladığımız nedenlerle, tahkim yerini Türkiye olarak tercih edecek tarafların, gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse de sonrasında gizlilik yükümlülüğünün devam etmesini istemeleri halinde; buna ilişkin gizlilik sözleşmesi akdetmeleri veya tarafların gizlilik yükümlülüğü altında olduğunu açıkça düzenleyen tahkim merkezi kurallarına atıfta bulunmaları gerekmektedir⁶⁶.

⁶⁵ Ali YEŞİLİRMAK, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1998-2008*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, C. 22/1, Special Supplement , 2011, s. 5-11, s. 10, Hakan PEKCANİTEZ, Ali YEŞİLİRMAK, *Pekantez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017, s. 2716.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. GİRAY, s. 114-115.

C. Hakem Kararlarının İptali ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Davalarında Gizlilik Yükümlüğünün Tehlikede Olup Olmadığı Sorunu

1. Milletlerarası Tahkim Kanunu Açısından Sorunun İncelenmesi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararları iptal davası (MTK m. 15), Türk hukuku açısından yabancı hakem kararı kabul edilen hakem kararlarının icra etkisi kazanabilmesi ise tenfiz davası açılmasına bağlıdır⁶⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hangi hallerde hakem kararının iptal edileceği sınırlı olarak kabul edilmiştir (m. 15/A-1 ve 2). Kanunda sayılan hallerden; tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda hakemlerce karar verilmesi veya istemin tamamı hakkında karar verilmemesi ya da yetkisini aştığının tespiti (m. 15/A-1e) ile hakem kararının kamu düzenine aykırı olması (m. 15/A-2b) sebepleri önemlidir. Çünkü bu sebeplerin var olup olmadığını inceleme konusunda hakem kararının içeriği de detaylı olarak incelenecektir⁶⁸. Bu durum ise; hakem kararında gizli bilgi olarak nitelendirilebilecek taraflara ait bilgilerin bulunması halinde, tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişilerin gizli bilgilerden haberdar olması mümkün olacaktır. Bu nedenle iptal davası, tarafların gizlilik yükümlülüğü ile elde etmek istediği amacın ortadan kalkmasına yol açabilecek bir durumdur⁶⁹.

Hakem kararına karşı iptal davası açılması; tahkimde gizliliği ortadan kaldıracabilecek bir durum yaratma imkânı bulunsa bile, tarafların tâbi olduğunu düşündüğümüz tahkimde gizlilik yükümlülüğünün ihlal ettiklerinin kabulünü de sağlamamalıdır. Yukarıda belirttiğimiz tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin bazı ulusal düzenlemelerde ve tahkim kurumlarının kurallarında,

⁶⁷ MTK tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve yabancılık unsuru içeren tahkimlere uygulanmaktadır. Ancak tarafların Türkiye'deki herhangi bir yeri, hakemlerin yargılama faaliyetlerini yürütmeleri amacıyla seçmeleri ve MTK'ya bağlanmama iradesini açık veya zımni olarak ortaya koymaları halinde MTK'nın uygulanmayacağı belirtilmektedir. ŞANLI, s. 318. Bu istisna dışındaki tahkimlere MTK'nın uygulanacağı ve Türkiye açısından bu kurallar doğrultusunda verilen hakem kararlarının millî hakem kararı olduğu kabul edilmektedir. ŞANLI, s. 335. dışında

⁶⁸ Örnek verecek olursak, Yargıtay'ın incelediği bir iptal davasının temyizine ilişkin kararda gizli bilgi kapsamında değerlendirilebilecek ticari sırların ortaya çıkması söz konusu olmuştur. Bu karar doktrinde esasa girme (revizyon) yasağı kapsamında incelenmekte ise de konumuzla ilgilidir. ŞANLI, s. 346-348. Karara konu olay GSM-Pan Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin bazı maddelerinin yorumlanmasından kaynaklanmıştır. İmtiyaz hakkı sahibi GSM şirketi ile Hazine arasındaki tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararı iptal davasına konu olmuş ve bu iptal davasının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda, imtiyaz sahibi şirket ile hazine arasında vergi matrahının ve hazine payının hesaplanması konusundaki yazışmalar, imtiyaz hakkı sahibinin hazineye payının ne üzerinden ve hangi oranlarda hesaplanacağı gibi bilgiler yer almıştır. Yargıtay 13. HD., 17.04.2012 t., 2012/8426 E., 2012/10349 K sayılı kararı. Karar metni için bkz. Cemal ŞANLI, Emre ESEN, İnci ATAMAN FİĞANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bs., İstanbul 2016, s. Karar üzerinde revizyon yasağına ilişkin tartışmalar bir yana bırakılacak olursa, imtiyaz hakkı sahibi GSM şirketine ait tahkimde görülen davada öne sürülen ticari sırlar, Yargıtay kararı içerisinde incelendiğinden tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişiler açısından da aleniyet kazanmıştır. GİRAY, s. 107.

⁶⁹ GİRAY, s. 107.

tarafların haklarını arama ve koruma amacıyla mahkemeye başvurmaları, tahkimde gizlilik yükümlülüğünün istisnası olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, MTK’da hakem kararına karşı kanun yolu olarak kabul edilen iptal davasına başvurulması; gerek tahkimin tâbi olduğu usul kurallarında, gerekse hakem kararı ile taraflara gizlilik yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda, bu yükümlülüğün ihlal edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

2. Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Sorunun İncelenmesi

Ticari tahkim yargılaması sonucunda verilen yabancı hakem kararının, aleyhine karar verilen tarafça kendi iradesiyle yerine getirmediği durumlarda icra niteliği kazanabilmesi için tenfiz edilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda yabancı hakem kararlarına uygulanan kurallar 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da (MÖHUK) ve Türkiye’nin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Konvansiyonu’nda (New York Konvansiyonu) yer almaktadır⁷⁰.

Gerek New York Konvansiyonu’nda gerekse MÖHUK’ta bir önceki bölümde belirtilen hakemlerin tahkim anlaşması kapsamında karar vermemiş olmaları⁷¹ ve hakem kararının kamu düzenine aykırı olması halleri⁷², tenfiz engeli olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla, tekrara düşmemek amacıyla, bu hallere ilişkin gizlilik yükümlülüğünün uygulanamamasıyla ilgili olarak, iptal davası hakkındaki bölümde belirttiğimiz hususlara atıf yapmakla yetinmekteyiz.

Sonuç itibarıyla, her ne kadar taraflar tahkimde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin sözleşme akdetmiş veya gizlilik yükümlülüğünün açıkça kabul edildiği tahkim kurallarına atıf yapmış olsalar dahi, hakem kararına karşı açılan iptal davasında veya yabancı hakem kararının tenfizi davasında, gizlilik yükümlülüğüne uyulmaması mümkündür⁷³. Ancak tekrar belirtmek isteriz ki; gizlilik yükümlülüğüne iptal veya tenfiz davası nedeniyle ve hak arama yahut hakların korunması amacıyla mahkeme nezdinde uyulmaması, ilgili tarafın gizlilik yükümlülüğünün ihlali sorumlu tutulmasına yol açmamalıdır.

⁷⁰ Yabancı hakem kararlarının tenfizinde New York Konvansiyonu ve MÖHUK’un uygulama alanı için bkz. ŞANLI, s. 388 vd.

⁷¹ Bu tenfiz engeli New York Konvansiyonu m. V/1-c ve MÖHUK m. 62/1-g’de yer almaktadır.

⁷² Bu tenfiz engeli New York Konvansiyonu m. V/2-b ve MÖHUK m. 62/1-b’de yer almaktadır.

⁷³ Konuyla ilgili doktrinde; gizlilik yükümlülüğü hakkında tahkimin gizliliğini tesis eden kusursuz bir hüküm koyulmasının mümkün olmadığı haklı olarak belirtilmiştir. GİRAY, s. 115, HWANG, CHUNG, s. 644.

Sonuç

Çalışmamızda incelediğimiz milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğü, tahkime başvurma nedenlerinin en önemlilerinden birisidir. Taraflar aralarında ileride ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların halli için gizlilik sağlanmasını ümit ettiklerinden dolayı tahkime başvurumaktadırlar.

Gizlilik yükümlülüğünün kapsamı konusunda, gerek taraflar arasında gerekse de uygulamada hakemler açısından farklı bakış açıları söz konusu olabilecektir. Gizlilik yükümlülüğünün kapsamı üzerindeki farklı bakış açılarının yeknesaklaştırılması için kurallar getirilmesi görüşü savunulabilecektir. Bu nedenle bazı kurumsal tahkim sistemlerinde gizlilik yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler ihdas edilmiş, ancak bazılarında ise konuyla ilgili detaylı düzenleme yapmaktan kaçınılmıştır.

Milli hukuklar açısından ise gizlilik yükümlülüğü konusu farklı şekillerde ele alınmıştır. Bazı devlet hukuklarında gizlilik yükümlülüğü ulusal mevzuatlarında düzenlenmişken, bazılarında ise konu sadece mahkeme kararlarında tartışılmıştır. Tahkimde gizlilik yükümlülüğü ülke mevzuatlarında iki şekilde düzenlenmiştir. Gizlilik yükümlülüğü bazı ülke hukuklarında açıkça kabul edilmiş ve taraflara yüklenmiştir. Bunun karşısında ise, Norveç ve Kosta Rika Hukuku'nda olduğu gibi, gizlilik yükümlülüğünün milletlerarası ticari tahkim açısından kabul edilmediği yasal düzenlemelere de rastlanılmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğünü kabul eden devlet düzenlemelerinde genel itibariyle tahkime katılanların, tahkim yargılaması sırasında edindikleri bilgiler gizli bilgi kapsamında değerlendirilmiş, tahkim tarafı olmayan üçüncü kişilere bu bilgilerin açıklanmayacağı düzenlenmiştir. Ancak tarafların hak arama amacıyla mahkemelere başvurusu veya mahkemelerin ve devlet organlarının kanundan kaynaklanan yetkiyle bu bilgileri talep etmesinden dolayı bu bilgilerin açıklanmasının, gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği de yine bu hukuklarda düzenlenmiş bir başka konudur.

Gizlilik yükümlülüğünün mevzuatlarda açıkça düzenlenmediği durumlarda, milletlerarası ticari tahkimde böyle bir yükümlülüğün olup olmadığı, devlet mahkemelerince karara bağlanmıştır. Milletlerarası ticari tahkimde gizlilik yükümlülüğünün bulunmadığına ilişkin olarak verilen mahkeme kararlarında, ağırlıklı olarak tarafların başka bir mahkemede kullanmak üzere, tarafı olmadıkları tahkimlerde sunulan bilgileri talep etmeleri söz konusu olmuştur. Mahkemelerce genel itibariyle, milletlerarası ticari tahkimde tarafların veya taraf olmayan kişilerin gizlilik yükümlülüğü ile bağlı olmayacaklarına karar verilmiştir.

Gizlilik yükümlülüğü hakkında aksi yönde karar veren devlet mahkemeleri ise; tahkimin seçilme nedeninin tarafların kendilerine ait bilgileri kamuoyu nezdinde paylaşmamak ve uyuşmazlığı gözlerden uzak bir şekilde gidermek olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle devlet mahkemeleri yerine tahkimi tercih eden tarafların gizliliği tercih ettikleri zımnen de olsa kabul edilmekte ve tarafların tahkim yargılamasında edindikleri bilgileri taraf olmayan üçüncü kişilere açıklamamaları gerektiği, bu mahkeme kararlarında yer almaktadır.

Türk hukukunu incelediğimizde ise, milletlerarası ticari tahkim yargılamalarının usulüne uygulanan MTK'da ve yerel tahkimler açısından HMK'da, tarafların tahkim süresince edindikleri bilgileri, üçüncü kişilerle paylaşmayacaklarına dair gizlilik yükümlülüğünü düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak yorum yoluyla, MTK'da ve HMK'da hakemlerin tedbir kararı verebileceklerini düzenleyen maddelerin uygulanabileceği, kanaatimizce kabul edilmelidir. Böylelikle hakemler, taraflardan birinin talebi üzerine, yargılama sırasında edinilen bilgilerin üçüncü kişilere açıklanmayacağına tedbiren karar verebileceklerdir. Ancak bu tedbir kararı nihaî karar verildikten sonra kendiliğinden ortadan kalkacağından, gizlilik yükümlülüğünün de ortadan kalkma riski bulunmaktadır.

Nihaî hakem kararlarının devlet yargısına konu olmaları iptal ve tenfiz davalarında söz konusu olabilmektedir. Bazı iptal ve tenfiz ret sebepleri hakem kararının muhtevasının incelenmesini sağlayabilmektedir. Böyle bir durumda ise, iptal veya tenfiz davası dosyasından tahkim yargılamasının tarafı olmayanların bilgi edinmeleri ihtimal dâhilindedir. Bu ihtimal de, gizli bilgilerin üçüncü kişilere açıklanması sonucuna yol açabilecektir. Ancak kanaatimizce, tarafların haklarının korunmasını sağlamak için mahkemelere başvurusu ve lehlerine karar alınması için mahkemelere bu bilgileri sunması, tahkimde gizlilik yükümlülüğünün ihlaline yol açtığı şeklinde kabul edilmemelidir. Kaldı ki, konuyla ilgili birçok devlet düzenlemesinde ve tahkim merkezi kurallarında da, bu şekilde bir başvurunun gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği düzenlenmiştir.

Sonuç itibarıyla, tahkim yargılamasının gizli olması (mahremiyet) ve tarafların üzerinde doğan gizlilik yükümlülüğü, tahkimin tercih edilmesindeki önemli amaçlardan birisidir. Ancak bu amaca tam anlamıyla ulaşmak, uygulamada çok zordur. Tahkimi tercih edecek tarafların tahkimde gizlilik yükümlülüğü hakkındaki tartışmaları engelleyebilmeleri, tahkim sözleşmesi yaptıkları sırada gizlilik yükümlülüğünü de düzenleyecek detaylı bir gizlilik sözleşmesi akdetmeleri ile mümkün olabilecektir. Ancak bu halde dahi, hakem kararlarına karşı iptal veya tenfiz davaları ile gizlilik anlaşması tam anlamıyla uygulanamayabilecektir. Kanaatimizce, gizlilik yükümlülüğünün gerek tahkim yargılaması sırasında gerekse de hakem kararı

verildikten sonra da uygulanmasını isteyen tarafların, nihaî hakem kararlarının rızaen yerine getirileceği ve hakem kararı aleyhine iptal davası açılmayacağı yönünde feragat anlaşması⁷⁴ yapmaları (MTK. m. 15/A) uygun olacaktır.

⁷⁴ İptal davası açma hakkından feragat ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ziya AKINCI, Milletlerarası Tahkim, 4. Bs., İstanbul 2016, s. 263 vd.

KAYNAKÇA/REFERENCES

- AKINCI Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, 4. Bs., İstanbul 2016.
- BERGER Bernhard, KELLERHALS Franz, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 3. Bs., Zürich 2015.
- BORN Gary, *International Commercial Arbitration*, C. II, 2. Bs., Londra 2014.
- BULLARD Alfredo, *Arbitration Guide, Peru*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012.
- CARTER James H., FELLAS John, *International Commercial Arbitration in New York*, New York 2010.
- DE LY Filip, FRIEDMAN Mark, RADICATI DI BROZOLO Luca, *International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on "Confidentiality in International Commercial Arbitration"*, 28 ArbInt'l, Y. 2012.
- DESSEMONTET François, *Arbitration and Confidentiality*, American Review of International Arbitration, Vol. 7, No. 3-4, 1996.
- DIMOLITSA Antonias, *Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration in ICC*, ICC Bulletin Special Supplement 2009.
- DUNDAS Hew R., *Confidentiality in Arbitration: The Final Chapter?*, Asian Dispute Resolution Journal, 2009.
- ERDÖNMEZ Güray, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017.
- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, *International Commercial Arbitration*, ed. Emmanuel GAILLARD and John SAVAGE, Lahey 1999.
- FRY Jason, GREENBERG Simon, MAZZA Francesca, *The Secreariat's Guide to ICC Arbitration*, Paris 2012.
- GİRAY Faruk Kerem, *Milletlerarası Tahkimde Gizlilik*, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 4, Sayı:2, 2015, İstanbul, 2015, s. 63-120.
- GRIERSON Jacob, VAN HOOFT Annet, *Arbitrating Under the 2012 ICC Rules, An Introductory User's Guide*, Biggleswade 2012.
- HARGROVE James, *Misplaced Confidence? An Analysis of Privacy and Confidentiality in Contemporary Commercial Arbitration*, (2009) 3 DispResInt'l., s. 47-55.

HWANG Michael, CHUNG Katie, *Defining te Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration*, Journal of International Arbitration, 26 (5), Yıl 2009 s. 609-645.

JIMENEZ Dyalá, *Arbitration Guide, Costa Rica*, IBA Arbitration Committee, Nisan 2012.

JOLLES Alexander, CANALS DE CEDIEL Maria, *Confidentiality, International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, ed. Gabriele KAUFFMAN KOHLER, Blaise STUCKI, Zürich 2004.

KNAHR Christina, REINISCH August, *Transparency Versus Confidentiality in International Investment Arbitration – TheBiwater Gauff Compromise*, The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Vol 6, Issue 1, 2007, s. 97-118.

MISTELIS Loukas A.,*Confidentialityand Third PartyParticipation*, Arbitration International, Vol 21, No. 2.

ÖZSUNAY Ergun, *Tahkim Yargılamasında Mahremiyet*, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2. Baskı, Ankara 2004.

PEKCANITEZ Hakan, YEŞİLIRMAK Ali, *PekanitezUsûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017

PEKCANITEZ Hakan, YEŞİLIRMAK Ali, *PekanitezUsûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Bs., İstanbul 2017

RADJAI Noradéle, *Confidentiality in International Arbitration*, ASA Bulletin, Vol. 27, 1/2009, s. 48-49.

ROGERS Catherine, A., *Transparency in International Commercial Arbitration*, 54 University of Kansas LawReview, (2006), s. 1301-1337.

SAVILLE Mark Oliver, *U.K. Departmental Advisory Committee on Arbitration Law, Report on the Arbitration Bill*, 1996.

ŞANLI Cemal, ESEN Emre, ATAMAN FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bs., İstanbul 2016.

ŞANLI Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk(Esasa Uygulanacak Hukuk)*, Ankara 1986.

ŞANLI Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bs., İstanbul 2016.

TRACKMAN Leon E., *Confidentiality in International Private Commercial Arbitration*. Arb. Int'l, Yıl 2002, s. 1-18.

TSCHANZ Pierre-Yves, *Confidentiality of Swiss Supreme Court Review of Arbitral Awards*, Mondaq İş Sempozyumu, 28 Eylül 2006.

WEBSTER Thomas H., *Handbook of UNCITRAL Arbitration*, 2. Bs., Londra 2014.

YEŞİLIRMAK Ali, *Interim and Conservatory Measures in ICC Arbitral Practice, 1998-2008*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, C. 22/1, Special Supplement , 2011, s. 5-11.