



T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sinan Can KONYALI

BURSA-2017



T. C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Sinan Can KONYALI

Danışman:

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ÖZGENÇ

BURSA-2017

T.C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Özel Hukuk Bilim Dalı, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda 701481016 numaralı Sinan Can Konyalı'nın hazırladığı "Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni" konulu Yüksek Lisans çalışması ile ilgili tez savunma sınavı, 23/08/2017 günü 13:00-16:00 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin (başarılı/başarısız) olduğuna (oybirliği/oyçokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Yrd. Doç. Dr. Zeynep ÖZGENÇ

Uludağ Üniversitesi

Üye

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Marmara Üniversitesi

Üye

Yrd. Doç. Dr. Emine Gökçe KARABEL

Uludağ Üniversitesi

23/08/2017



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 05/09/2017

Tez Başlığı / Konusu: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 116 sayfalık kısmına ilişkin, 05/09/2017 tarihinde şahsım tarafından *Turnitin* adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 14 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

05.09.2017
Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Sinan Can KONYALI
Öğrenci No: 701481016
Anabilim Dalı: ÖZEL HUKUK
Programı: Yüksek Lisans
Statüsü: Y.Lisans Doktora

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Zeynep Özgenc
05.09.2017

* Turnitin programına Uludağ Üniversitesi Kütüphane web sayfasından ulaşılabilir.

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza

05.09.2017



Adı Soyadı: Sinan Can KONYALI

Öğrenci No: 701481016

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: ÖYP

Statüsü: Y.Lisans

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Sinan Can Konyalı
Üniversite : Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Bilim Dalı : Milletlerarası Özel Hukuk
Tezin Niteliği : Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı : ... + 129
Mezuniyet Tarihi : ... / ... / 2017
Tez Danışman(lar)ı : Yrd. Doç. Dr. Zeynep ÖZGENÇ

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİ

Milletlerarası ticari tahkim yargılaması taraf iradesinin ön planda tutulduğu; tarafların hakem seçimi, yargılama usûlü ve esasa uygulanacak hukuk gibi konuları serbest iradeleriyle tayin edebildikleri bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Taraf iradesinin önündeki en büyük engellerden birisi ise kamu düzenidir. Hakemlerin yargılama sırasında yaptığı işlemler veya hakem kararı; ilgili ülkelerin kamu düzenlerine aykırılık teşkil ettiği takdirde icra edilememe tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bunun sonucu olarak tarafların yargılama sürecindeki çabaları ve beklentileri boşa çıkmaktadır. Kamu düzeninin ortak bir tanımının olmamasından dolayı bu muğlak kavramın içeriğinin somutlaştırılarak ticari öngörülebilirlik ve istikrarın sağlanması, milletlerarası ticari ilişkilerdeki güvenliği bir adım ileri götürecektir. Çalışmanın amacı ise tam bu noktada vücut bulmaktadır. Diğer bir deyişle çalışma, milletlerarası ticari tahkim alanında kamu düzeni kavramının somutlaştırılması -tanımının yapılması, kapsamının belirlenmesi ve etkisinin incelenmesi- üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Tezin ilk bölümünde milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin tanımı ve kapsamı üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde tahkim yargılamasının devlet yargısından farkı ortaya konularak diğer tahkim engellerinden bahsedilmiş; kamu düzeni ile arasındaki ilişki açıklanmıştır. Son bölümde ise kamu düzeninin milletlerarası ticari tahkim alanındaki etkisi incelenmiş; kamu düzenine aykırı olabilecek haller tek tek ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler:

Milletlerarası ticari tahkim, serbest irade, kamu düzeni, tahkim engeli, hakem kararı, uyuşmazlık çözümü yolu

ABSTRACT

Name and Surname : Sinan Can KONYALI
University : Uludag University
Institution : Social Science Institution
Field : Private Law
Branch : International Private Law
Degree Awarded : Master
Page Number : ... + 129
Degree Date : ... / ... / 2017
Supervisor (s) : Asst. Prof. Zeynep ÖZGENÇ

PUBLIC POLICY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Arbitration is a dispute resolution method which favors the wills of the parties and enables the parties to determine the appointment of arbitrators, the arbitration procedures and applicable law freely. One of the prominent obstacles before the wills of the parties is public policy. Acts performed by arbitrators during the arbitration or the arbitral award face the danger of non-execution in case they violate the public policies of the relevant countries. As a result of this, the efforts and expectations of the parties during the arbitration procedure come to naught. Since the definition of public policy is controversial, providing commercial predictability and stability by concretizing the content of this ambiguous concept would enhance the security in international commercial relations. This is the focal point of dissertation. In other words, the dissertation focuses upon the concretization of the concept of public policy -defining the concept, determination of the concept's scope and examination of its effect- in the field of international commercial arbitration.

The first part of dissertation focuses on the definition and scope of public policy in international private law. The second part touches upon other restraints of arbitration after showing the difference between arbitration and state jurisdiction and explains the relation between restraints of arbitration and public policy. The final part examines the effect of public policy in the field of commercial arbitration and explores the situations which might be in violation of public policy one by one.

Keywords:

International commercial arbitration, free will, public policy, restraint of arbitration, arbitral award, dispute resolution method

ÖNSÖZ

Çalışma sürecinde ve öncesinde maddi-manevi desteklerini esirgemeyen, bana kendimi her daim çok değerli hissettiren annem ve babama minnettarım. Hakkınızı ödeyemem.

Tanıştığımızdan bu yana telefonun bir ucunda, gecenin bir yarısı dertlerimi dinleyen; çalışmamda bana en büyük desteklerden birini veren; iki senedir siyah-beyaz şampiyonlukları birlikte kucakladığımız değerli dostum Ar. Gör. Sercan Uçar'a en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Siyah-beyazın bir diğer ismi, diğer bir takımdaşım ve yol arkadaşım Şerif Ahmet Öztürk'e de yardımlarından dolayı çok teşekkür ederim.

Sinan Can KONYALI

Haziran 2017

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	vi
ABSTRACT	vii
ÖNSÖZ.....	viii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xii

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİ KAVRAMININ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

I. İÇ HUKUKTA KAMU DÜZENİ.....	4
A. Genel Olarak	4
B. İç Hukukta Kamu Düzeninin İşlevi ve Etkisi.....	10
II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİ.....	11
A. Genel Olarak	11
B. Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeninin İşlevi ve Etkisi	16
1. Kamu Düzeninin İşlevi.....	16
2. Kamu Düzeninin Etkisi	17
a. Kamu Düzeninin Olumsuz Etkisi.....	17
b. Kamu Düzeninin Olumlu Etkisi.....	18
C. Kamu Düzeninin Kapsamı.....	18
1. Türk Hukuku'nun Temel Değerleri.....	18
2. Türk Genel Ahlâk ve Adap Anlayışı.....	18
3. Anayasa'da Yer Alan Temel Hak ve Özgürlükler	19
4. Milletlerarası Alanda Geçerli Ortak İlkeler.....	20
D. Kamu Düzeninin Değişkenliği	21
1. Zaman Bakımından	21
2. Yer Bakımından	22
3. Konu Bakımından	23
E. Kanuna Karşı Hile ve Kamu Düzeni.....	24
III. KAMU DÜZENİ ÇEŞİTLERİ	26
A. Genel Olarak	26
B. Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Ayrımı.....	28
C. Ulusötesi Kamu Düzeni	31
D. Birlik Kamu Düzeni.....	34
IV. KAMU DÜZENİNİN MÜDAHALESİNİ GEREKTİRMEYEN DURUMLAR VE YABANCI KAMU DÜZENİ	35
A. Genel Olarak	35

B. Müdahaleci Normların Varlığı	35
1. Müdahaleci Normlar ile Kamu Düzeni Arasındaki İlişkisi	37
a. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Normların Aynı Olduğu Görüşü	37
b. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Normların Yalnızca Fonksiyon Farklılıklarının Bulunduğuna İlişkin Görüş	38
c. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Normların Farklı İki Kurum Olduğuna Dair Görüş	38
C. Maddi Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Varlığı	41
D. Tek Taraflı Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Varlığı	42
E. Yabancı Kamu Düzeni	42

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TARAF İRADESİNE GETİRİLEN KISITLAMALAR

I. GENEL OLARAK	44
II. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE MÜDAHALECI NORMLAR	46
A. Genel Olarak	46
B. <i>Lex Contractus</i>'un Müdahaleci Normları	47
C. <i>Lex Contractus</i> Dışında Kalan Müdahaleci Normlar	49
1. Tahkim Yerinin Müdahaleci Normları	49
2. Üçüncü Bir Ülkenin Müdahaleci Normları	50
III. TAHKİME ELVERİŞİLİK	52
A. Genel Olarak	52
B. Subjektif Tahkime Elverişlilik	53
1. Gerçek ve Tüzel Kişiler	54
2. Devlet ve Devlete Bağlı Kuruluşlar	56
C. Objektif Tahkime Elverişlilik	58
1. Türkiye'de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar	58
2. İki Tarafın İradelerine Tâbi Olmayan Uyuşmazlıklar	59
a. Rekabet Hukuku	60
b. İş Hukuku ve Tüketici Hukuku	62
c. İflas Hukuku	63
d. Fikri Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar	63
e. Diğer Uyuşmazlık Tipleri	64
IV. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİ ETKİSİ	65
A. Yargılama Aşamasında Kamu Düzeninin Etkisi	65
1. Milli Kamu Düzeni	65
2. Milletlerarası Kamu Düzeni	67
3. Ulusötesi Kamu Düzeni	68
4. Birlik Kamu Düzeni	68
B. İptal Davası Aşamasında Kamu Düzeninin Etkisi	69
C. Tenfiz Aşamasında Kamu Düzeninin Etkisi	71
1. Hakem Kararının Taraflar İçin Bağlayıcı Olması	72
2. Hakem Kararının, Kararın Tabî Olduğu Hukuka Göre İptal Edilmemiş Olması	73

3. Tenfiz Mahkemesinde Kamu Düzeni Etkisi	77
---	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİNİN KAPSAMI

I. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ESAS ALINAN KAMU DÜZENİNİN KAPSAMI.....	79
A. Genel Olarak	79
B. Usûli İlkelerde Kamu Düzeni.....	80
1. Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı	80
2. Adil Yargılanma Hakkına Bağlı Sebepler.....	86
a. Tarafların İddia ve Savunmalarını İleri Sürebilme Hakkı.....	86
b. Avukat Tutma Hakkı.....	87
3. Tahkim Anlaşmasına Bağlı Sebepler	88
a. Taraflardan Birine Üstünlük Tanıyan Tahkim Anlaşmaları.....	88
b. Asimetrik (Tek Taraflı) Tahkim Anlaşmaları	89
4. Hakem Kararına Bağlı Sebepler.....	91
a. Gereksiz veya Çelişkili Gereğe Barındıran Hakem Kararları	91
b. Hakem Kararlarında Keyfiliğin Bulunması	93
5. Kesin Hüküm (<i>Res Judicata</i>) Prensibine Aykırılık.....	94
6. Yargılamanın İadesi Sebepleri	95
7. Tahkim Süresinin Sona Ermesinden Sonra Yapılan İşlemler	96
8. İptal Davası ile Birlikte Devam Eden Ceza Soruşturması.....	98
C. Maddi Hükümlerde Kamu Düzeni.....	98
1. Müdahaleci Normlara Aykırılık.....	98
2. Vergi Borcu Yükümlülüğünün Devrine İlişkin Sözleşmeler	99
3. UNIDROIT İlkeleri	100
4. Özel Hukuk Cezası (<i>Punitive Damages</i>) Kararları	102
5. Rüşvet (<i>Bribery</i>), Nüfuz Ticareti (<i>Traffic of Influence</i>) ve Kulis Faaliyeti (<i>Lobbying Services</i>)	104
6. Hileli Davranış (<i>Fraud</i>) ve Yalancı Tanıklık (<i>Perjury</i>)	106
7. Zayıf Tarafın Korunması.....	108
8. Kumar Borcu	110
9. Ticari Yaptırımlar, İthalat - İhracat Kısıtlamaları, Döviz Kontrol Kuralları, Ambargolar ve Benzeri Düzenlemeler	111
10. Rekabet Kurallarına Aykırılık.....	111
11. Milletlerarası Yükümlülükler ve Milletlerarası Nezaket İlkesi.....	112
12. Çevrenin Korunması ve Doğal Kaynakların Tüketimi.....	112
13. Tazminatsız Kamulaştırma Yasası.....	113
14. Tarihi ve Kültürel Mirasın Korunması	113
SONUÇ.....	116
KAYNAKÇA	117

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABİİA	: Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Andlaşma
ABKA	: Avrupa Birliği Kurucu Andlaşması
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ALMÖHUK	: Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
ATM	: Asliye Ticaret Mahkemesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
ev.	: Çeviren
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
EBK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
Er.	: Erişim
E.T.	: Erişim tarihi
GAFTA	: Hububat Yem ve Ticaret Birliği
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usl Muhakemeleri Kanunu

IBA	: Uluslararası Barolar Birliği
ICC	: International Chamber of Commerce
ICCA	: International Congress and Convention Association
ICSID	: Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi
ILA	: International Law Association
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
IMF	: Uluslararası Para Fonu
İBGK	: İctihadı Birleştirme Genel Kurulu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İİK	: 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu
İSMÖHUK	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
K.	: Karar
md.	: Madde
MÖHUK	: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Tahkim Odası
MuvK	: 23 Şubat 1330 Tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezai fi Hakkında Kanunu Muvakkat
pr.	: Paragraf
R.G.	: Resmi gazete
RKHK	: 4053 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
ss.	: Sayfadan sayfaya
T.	: Tarih
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

TKHK	: 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
UNESCO	: Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü
UNIDROIT	: Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vdi.	: Ve diğerleri
Y.	: Yargıtay

GİRİŞ

Küreselleşmenin ve gelişen teknolojinin bir sonucu olarak son yıllarda artmaya devam eden milletlerarası ticari ilişkilerin karmaşık yapısı, kendisine özgü birtakım ihtiyaçları da beraberinde getirmektedir. Bu ihtiyacın temelinde ise milli hukuklardaki düzenlemelerin milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde yetersiz kalması yatmaktadır.

Ülke sınırlarını aşan bir ticari ilişkide uyuşmazlık tarafları, benzer hukuki ilişkilere farklı devlet hukuklarının uygulanmasından dolayı bir belirsizlik içine düşmek istememektedir. Konusu ve sebebi aynı olan bir uyuşmazlıkta tacirlerin nelerle karşılaşacaklarını önceden bilmek istemesi gayet doğaldır. Kaldı ki milli hukuklardaki bazı katı uygulamalar da milletlerarası ticaretin niteliğine uygun hükümler ihtiva etmemektedir.

Milletlerarası ticaret alanındaki bu yetersizliklerin ve belirsizliklerin önüne geçilmesi ile milletlerarası ticari güvenliğin ve istikrarın sağlanması amacıyla yeknesaklaştırma çalışmaları başlamış olup halen de devam etmektedir. Devletler, sermayeyi ülkelerine çekmek ve milletlerarası ticarete söz sahibi olmak adına iki ya da çok taraflı anlaşmalara imza koymakta; bağımsız kuruluşların çıkardığı kuralları baz alarak milli hukuklarını bu kurallara göre şekillendirmeye ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçları ile uyumlu bir hale getirmeye çalışmaktadır. Son yıllarda tanımlandığı şekliyle milletlerarası ticari tahkim de milletlerarası ticaretin bu ihtiyaçlarından doğmuş ve günümüzde milletlerarası ticari ilişkiler bakımından adeta olağan bir uyuşmazlık çözüm aracı haline gelmiştir.

Devlet yargılamasına alternatif bir uyuşmazlık çözüm mekanizması olan tahkime, devletlerin yaklaşımı da farklılık göstermektedir. Bu noktada gelişmiş devletler liberal bir anlayış sergileyerek tahkimin önündeki engelleri kaldırma yolunda büyük adımlar atmaktadır. Gelişmekte olan devletler de sermayeden pay alma gayesi içerisinde muhafazakar tutumlarını bir kenara bırakmaya çalışarak bu değişime adapte olmaya çalışmaktadır.

Türk Hukuku'nda da 1981 yılında yürürlüğe giren 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve ilk kez 1985 yılında düzenlenen ve çeşitli yıllarda revize edilerek günümüze ulaşan UNCITRAL Model Kanun örnek alınarak hazırlanan ve 2001 tarihinde

yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu, bu değişime en güzel örnekleri teşkil etmektedir. Bunun dışında 1961 yılında Cenevre’de düzenlenen ve 1991 yılında kabul edilen Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi¹ ile 2009 yılında kabul edilen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Andlaşması² gibi örnekler de mevcuttur.

Milletlerarası ticari ilişkilerdeki belirsizliğin ve güvensizliğin bir sebebi de devletlerin benimsedikleri kamu düzeni anlayışlarıdır. Herhangi bir kuruma bağlı olmaksızın her iki taraf için de bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olan hakemlere olan güvensizliğin karşısında bir silah olarak kullanılan kamu düzeni kavramı; özellikle gelişmiş devletler tarafından milletlerarası ticaretin önündeki engellerden birisi olarak görülmüş ve bu devletler, kamu düzenini koruma düşüncesiyle iptal edilen ya da diğer devletlerde etki tanınmayan hakem kararlarının önüne geçmek istemiştir. Çünkü benzer tipte bir ticari ilişkiyi konu edinen bir hakem kararı, gelişmiş bir devlette hiçbir engelle karşılaşmadan çözüme kavuşurken; gelişmemiş ya da gelişmekte olan devletlerde kamu düzenine aykırı bulunarak ifasının önüne geçilmektedir. Bu engellenmenin bir sonucu olarak; borçlunun malvarlığının birden çok ülkede bulunduğu da düşünüldüğünde hak sahibi tatmin edilememekte, bir belirsizlik ve güvensizlik ortamı meydana gelmektedir.

Kamu düzeni, tanımı ve kapsamı konusunda fikir birliğine varılabilmemiş bir kavram değildir. Farklı tarihlere, kültürlere ve hukuki anlayışlara sahip olan devletlerde, şüphesiz ki kamu düzeninin korunması fikri de farklılık gösterecektir. Ancak artarak devam eden milletlerarası ticari ilişkiler ve bu ilişkilerin önündeki puslu havanın dağılması adına birçok devlet; kamu düzeni etkisinin milletlerarası ticari ilişkiler bakımından asgariye indirilmesi gerektiği noktasında buluşmuşlardır.

Çalışmanın konusunu da işte tam bu nokta oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle çalışmanın konusu, milletlerarası ticari tahkimde kamu düzeni etkisine yönelik asgari standartların neler olduğu ya da olması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Bu standartlar da aslında, yeknesaklaştırma çalışmalarının birer ürünü olarak görülebilir. Milletlerarası ticari ilişkiler bakımından kamu düzeni, iç hukuklardaki belirsiz yapısından ve katı uygulamasından kurtarılmaya çalışılarak daha sınırlı ve daha esnek bir biçimde tatbik edilmeye çalışılmaktadır. Bu itibarla günümüzde, milletlerarası ticari alanda geçerli

¹ R.G. 21.05.1991 – 20877.

² R.G. 07.04.2010 – 27545.

olan bu standartlar uygulamada “*milletlerarası kamu düzeni*”, “*gerçek milletlerarası kamu düzeni*”, “*ulusötesi kamu düzeni*” gibi isimlerle anılmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde kamu düzeni kavramının çerçevesi çizilecek; kavramın tanımı ve kapsamı belirlenmeye çalışılarak iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin kendisine verilen anlamdan, uygulama alanından ve işlevinden bahsedilecektir. Bununla birlikte, kamu düzeninin özelliklerinin ve milletlerarası özel hukuk doktrininde bahsi geçen kamu düzeni çeşitlerinin üzerinde durulacak; son olarak da kamu düzeninin uygulanmadığı durumlar değerlendirilecektir.

İkinci bölümde ise tahkim yargılamasında taraf iradesinin önündeki engeller olan müdahaleci normlardan, tahkime elverişlilikten ve kamu düzeninden bahsedilecektir.

Üçüncü bölümde ise milletlerarası ticari tahkim uygulamasında kamu düzeninin kapsamı “*ulusötesi kamu düzeni*” kavramından hareketle aktarılmaya çalışılacaktır. Bu doğrultuda bir önceki sayfada bahsedilen kamu düzenine yönelik asgari standartların neler olduğu -ya da olması gerektiği- ikinci başlık altında tek tek incelenecek; bunun yanı sıra Yargıtay’ın daha önceki yıllarda kamu düzenine aykırı saydığı tahkim uyuşmazlıklarından hangilerinin ulusötesi kamu düzeni içerisinde mütalaa edilebileceği değerlendirme konusu yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİ KAVRAMININ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

I. İÇ HUKUKTA KAMU DÜZENİ

A. Genel Olarak

Âmme intizamı, intizam-ı âmme veya kamu düzeni³ (*ordre public, public policy*)⁴ kavramı iç hukukun yanı sıra milletlerarası özel hukuk alanında da kullanılan, farklı anlam ve işleve sahip bir hukuki kurumdur. Kamu düzeni halen, anlamı ve kapsamı itibariyle üzerinde fikir birliği sağlanmış bir kavram değildir⁵. Bunun sebebinin, kamu düzeninin zamana göre değişen, ülkeden ülkeye farklılık gösteren⁶, muğlak yapısı olduğu söylenebilir⁷. Bunun yanı sıra söz konusu kavram Türk Hukuku'nda Anayasa veyahut herhangi bir kanuni düzenlemede de açıklanmış değildir. Gözler, klasik ve modern anlayış ayrımına tâbi tuttuğu kamu düzenini klasik anlayıştan yola çıkarak kısaca “*bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları*” şeklinde tanımlamıştır⁸.

³ Çalışmada, günümüz modern milletlerarası hukuk doktrini tarafından kabul görmüş olması sebebiyle “*kamu düzeni*” tabiri tercih edilmiştir. Kaldı ki bu deyim Yargıtay kararlarında da kendisine yer edinmiştir (Y. HGK. 06.05.1998 T., 1998/12-287 E., 1998/32 K.; Y. İBBGK 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K.). Başta 1982 Anayasası olmak üzere muhtelif kanunlarda yer almış olması sebebiyle Türk kanun koyucusu da “*kamu düzeni*” terimini benimsemiş durumdadır.

⁴ Kamu düzeni tabirinin Fransızca'daki karşılığı *ordre public*, İngilizce'de ise *public policy*'dir.

⁵ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, (Devletler), s. 159; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilâfi Meseleleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, (Tahkim), s. 173.

⁶ Nomer, a.g.e., s. 163; Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 24.

⁷ Nomer, a.g.e., s. 163; Özel, a.g.e., s. 173; Pierre Lalive, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series**, S. 3, New York, 1986, s. 3-4. “...*Bununla birlikte tüm hukukçuların kamu düzeni kavramı ile ilgili olarak birleştikleri zamana ve mekana göre değişkenlik, hakimin takdiri, tahdidi nitelikte olmaması gibi bazı temel karakteristik ayırıcı nitelikler mevcuttur.*” Yılmaz Altuğ/Mustafa Yasan, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul, 2003, s. 140.

⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi, C. 2, Bursa, 2009, (İdare), s. 472-473.

Kamu düzenine ilişkin düzenlemeler Akipek/Akıntürk/Ateş tarafından “*belli bir toplumun güvenliği ve menfaati göz önünde tutularak konulmuş olan hükümler*” olarak ifade edilmiştir⁹.

Eren ise kamu düzenine aykırı olan sözleşmeleri “*emredici bir hukuk normunu ihlal etmesi*” sebebiyle hukuka aykırı bulmaktadır¹⁰. Dolayısıyla emredici hukuk normlarının bir görevinin de kamu düzenini sağlanması olduğu sonucuna varılabilir.

Oğuzman/Öz de, kamu düzenine yönelik aşağıdaki tanıma yer vermiştir¹¹.

“*Kamu düzeni kavramı ise belirlenmesi güç bir kavramdır. Toplumun çıkarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukukî düzenin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir.*”

İç hukukta kamu düzeni, milletlerarası özel hukuk doktrinince ise en genel tabiriyle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ve Türk toplumunun temel yapısını, temel haklarını, temel çıkarlarını ve ahlâk anlayışını koruyan; kamu hukuku ya da özel hukuk karakterli¹² kuralların toplamı olarak tanımlanmıştır¹³. Bu genel tanımın yanı sıra milletlerarası özel hukuk doktrininde kamu düzeni:

Uluocak: “*...toplumun çıkarlarını gözeterek hukuk kaideleridir. Başka deyimle uyulmasında toplumun veya devletin menfaat sağladığı hükümlerdir.*”¹⁴

Göger:

“*Bir memlekette âmme hizmetlerinin iyi yapılmasını, Devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzuru ve ahlâk kaidelerine uygunluğu temine yarıyan müessese ve kaidelerin tümü kamu düzeni kavramını meydana getirmektedir.*”¹⁵

⁹ Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, 11. Basıdan Tıpkı 12. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, s. 99.

¹⁰ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 320.

¹¹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, C. 1, İstanbul, 2016, s. 83.

¹² Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016, s. 138.

¹³ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, (Tahkim), s. 279.

¹⁴ Nihal Uluocak, **Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, (Kanunlar İhtilâfı), s. 214.

¹⁵ Erdoğan Göger, **Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı)**, 2. Bası, Şenyuva Matbaası, Ankara, 1971, s. 91.

Ökçün: "... belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlâkı çok yakından ilgilendiren hususlar kamu düzeni içine girer."¹⁶

Nomer:

"... kamu düzeni, tarif edilmeksizin, kanun hükümlerinde somutlaşmaya çalışan, fakat aslında hâkimin takdirine bağlı olarak belirsizlik içerisinde kendini kabul ettiren, genel ve kapsamlı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır."¹⁷

Çelikel: "Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlâk kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür."¹⁸

Son olarak Şanlı vd.: "Kamu düzeni kavramı ile, muayyen bir ülke veya ülke topluluğunda hakim olan sosyal, siyasal ve ekonomik sistemin temel kural ve müesseseleri ifade edilmektedir."¹⁹

"...hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlâk telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir..."²⁰

Tarafından, yukarıda alıntılanan şekilde açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında ise kamu düzeninin kapsamı:

"...(Kamu Düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği,

¹⁶ A. Gündüz Ökçün, **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967, s. 14.

¹⁷ Nomer, a.g.e., s. 163. "...kamu düzenine aykırılığın bulunup bulunmadığı, ülkeye, zamana ve olayın özelliklerine göre, hakim tarafından takdir edilecektir."; Akıncı, a.g.e., s. 279.

¹⁸ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 139.

¹⁹ Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, (Tahkim), s. 379.

²⁰ Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 72.

*bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır."*²¹

Şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 2012 yılında verdiği kararında ise kamu düzenine aykırılığın çerçevesi çizilirken, kamu düzeninin de sınırları belirlenmeye çalışılmıştır:

*"O halde iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlâk 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 ahlâk ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir."*²²

Kamu düzeni kavramı, yukarıda belirtilen anlamına ve kapsamına yönelik bütün tanımlamalara karşın içeriği son derece belirsiz, zamana göre ve ülkeden ülkeye değişkenlik gösteren, soyut bir yapıya sahiptir²³. Bununla birlikte kamu düzeni kavramının bir ülkedeki temel hukuk ilkelerinin yanı sıra kamusal boyutuyla ülkelerin politik ve iktisadi çıkarlarına hizmet eden kurallar ile anayasalarla korunan temel haklar; örf-âdet ve ahlâk kurallarını da²⁴ kapsayacak şekilde geniş bir kapsamı olduğu da göz

²¹ AYM., 28.01.1964 T., 1963/128 E., 1964/8 K., RG: 17.04.1964 - 11685. "Genellikle yetkili kılınan yabancı hukukun olaya uygulanan hükümlerinin hâkimin hukuk düzeninin temel değer ve ilkelerine, toplumun ahlâk anlayışına, anayasal hak ve özgürlüklerine aykırılık teşkil ettiğinde kamu düzeninin bozulduğu kabul edilir." Hacı Can/Alı Gümrah Toker, **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 141.

²² Y. İBGK., 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K., R.G. 20.09.2012 - 28417. Kamu düzeni kavramının çerçevesi, Yargıtay'ın birtakım eski kararlarında da belirlenmeye çalışılmıştır. Örnek kararlar için bkz. Ata Sakmar, **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 131 dph. 261, 262, 263.

²³ "Kamu düzeni kavramı geniş, muğlâk, izafî ve değişkendir.", Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, a.g.e., s. 78.

²⁴ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, a.g.e., s. 72.

önünde bulundurulmalıdır²⁵. Hiç şüphesiz belirli bir ülkedeki kamu yararı, kamu vicdanı ve genel ahlâkı ilgilendiren durumlar da kamu düzeninin içine girmektedir²⁶.

Özel hukuk ilişkilerine yansıyan boyutuyla kamu düzeni ise taraf iradesini sınırlandıran²⁷ ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği emredici kurallar olarak nitelendirilmektedir²⁸. Örnek olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)²⁹ md. 27³⁰ kamu düzeni karakterli bir emredici hukuk kuralı olarak addedilmektedir³¹. Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun yukarıdaki kararında da yer verildiği üzere, iyi niyet prensibine dayanan bazı kuralların da kamu düzeni vasfı olduğu kabul edilmektedir³². Kamu düzeni, bir hukuk normuna emredicilik vasfı vermekle birlikte; her emredici hukuk normunun kamu düzeni karakterli olduğunu söylemek güçtür. Örnek olarak trafik kurallarının genel itibariyle emredicilik vasfı taşıdığı; ancak her trafik kuralının (park yasağı gibi) kamu düzeni karakterli olarak nitelendirilmesinin zor olduğu belirtilmektedir³³. Kısacası bir hukuk normunun kamu düzeni karakterli olup olmadığı; normun anlamından, yorumlanmasından ve koyuluş gayesinden çıkarılacak bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa hükümlerinin ve kanunların sessiz kalması durumunda dahi kamu düzeni; mevcudiyetini "*izin, müsaade, sınırlama ve yasaklama*" yoluyla hissettirmektedir³⁴. Bu sebeptir ki söz konusu kavram Anayasa, kanun ve kuralların da üstünde soyut bir yapıyı haizdir. Derinleştirecek olursak kamu düzeni, bu soyut yapının

²⁵ "... Bir ülkede, belirli bir zamanda geçerli olan temel hukuk ilkelerine aykırılık, o ülkenin kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Bu ilkeler, söz konusu ülkenin çeşitli kanunlarında açık veya örtülü biçimde yer alabileceği gibi, tartışmasız bir şekilde kabul gören hukuk prensipleri olarak örf ve âdet hukukunda da kendilerini gösterebilirler." Aydanur Gürzumar, "Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 14, S. 1-2, 1994, İstanbul, s. 22.

²⁶ Ökçün, a.g.e., s. 14.

²⁷ "Görüliyor ki, iç hukukta kamu düzeni irade serbestisine karşı bir istisna olarak işlemektedir." Ökçün, a.g.e., s. 14. İrade serbestisine ilişkin detaylı bilgiler için bkz. Eren, a.g.e., s. 16-18; Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 23-26.

²⁸ Akıncı, a.g.e., 279; Gökyayla, a.g.e., s. 36.

²⁹ RG 04.02.2011 - 27836.

³⁰ "Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."

³¹ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 138; Akıncı, a.g.e., s. 281.

³² 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) md. 2: "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." RG: 08.12.2001 - 24607.

³³ Ökçün, a.g.e., s. 14. Emredici kuralların niteliğine yönelik daha ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, a.g.e., s. 81-87.

³⁴ Özel, a.g.e., s. 174.

içerisindeki varlığını "belirli bir ülkenin hukuk düzenindeki temel değerler ve ilkelerden almaktadır" denilebilir³⁵.

Kamu düzeni kuralları ülkeden ülkeye değişkenlik göstermesine karşın, milletlerarası andlaşmalar ile milletlerarası alanda kabul edilmiş bazı teamül, kural ve ilkeleri de içine alacak biçimde yorumlanabilir. Özellikle milletlerarası hukuk ve milletlerarası ticaret alanlarında kabul edilmiş bazı ilkeler de bir ülkedeki kamu düzeni kavramının içerisinde kendisine yer edinebilir³⁶. Bu sebeple örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS)³⁷ kişilere tanınan temel hakları ihlal eder nitelikte bir sözleşme yapılması ya da Sözleşme'de yer alan hakları ihlal edici fiillerde bulunulması hali, bir ülkenin kamu düzeni anlayışı içerisinde yer alabileceği gibi; milletlerarası ticari örf-âdet hukukunu da kapsadığı dile getirilen *lex mercatoria* 'ya³⁸ aykırı bazı sözleşmeler ve eylemler de kamu düzeni kapsamının içerisinde mütalaa edilebilir. Bu bağlamda Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü (UNIDROIT) ilkelerinde (*Principles of International Commercial Contracts*)³⁹ de yer alan sözleşme özgürlüğü, iyi niyet (*bona fides*), sözleşme lehine hareket (*favor contractus*), ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve adaletsizliğe karşı denetim gibi ilkelere aykırı sözleşmeler ve edimler de kamu düzeni

³⁵ "...hakimin hukuk düzenindeki temel ilkelere ters düşerse, hakim yabancı hukuku uygulamak zorunluluğunu kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile bir kenara bırakarak..." Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, (Bağlama Kuralları), s. 52.

³⁶ "Kamu düzeni müdahalesini düzenleyen 5. madde ...milletlerarası alanda hakim olan anlayışların dikkate alınmasını engellemez. Milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler 5. madde çerçevesinde etkili olabilir." Nomer, a.g.e., s. 163. Yukarıda açıklanmaya çalışılan husus, milletlerarası andlaşmalar ve teamüllerin, bir ülkedeki kamu düzeni anlayışına etkisi olup; "ulusötesi kamu düzeni" veya "milletlerarası kamu düzeni" kavramı ile karıştırılmamalıdır. Söz konusu kavrama yönelik açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, Başlık III/ B-C, s. 28-34.

³⁷ R.G. 19.03.1954 - 8662.

³⁸ *Lex Mercatoria* kavramının ilk olarak 1290 yılında ticari teamüllerin toplanarak Fleeta Kanunları adında yayımlandığı sırada ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra kavramı *Ius Gentium* ile açıklayan yazarlar da mevcuttur. *Lex mercatoria* kısaca, milletlerarası ticaretin gereksinimlerinden doğmuş, milli hukuklardan bağımsız ve gelişmekte olan ayrı bir hukuk olarak değerlendirilmektedir. Ancak *lex mercatoria* 'nın ayrı bir hukuk dalı olduğuna ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Kavram hakkında daha geniş açıklamalar için bkz. Tolga Ayoğlu, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Birinci Baskıdan İkinci Tip Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 7-85; Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) - Unidroit İlkeleri'nin *Lex Mercatoria* Niteliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 1, Ankara, 2000, (UNIDROIT), ss. 11-53.

³⁹ Milletlerarası ticarete meydana gelebilecek boşlukları gidermek amacıyla ilk olarak 1994 yılında UNIDROIT tarafından çıkarılmıştır. Söz konusu ilkelerin bağlayıcılığı olmamakla birlikte, milli ve milletlerarası kanunların hazırlanmasında bir model işlevi görmesi bakımından milletlerarası hukukta önemli bir yere sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2010, (Milletlerarası Ticaret), s. 54-60; Ceyda Süral, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, (UNIDROIT), s. 2.

kapsamı içerisinde değerlendirilebilir⁴⁰. Bu tip milletlerarası teamüllerin ve kuralların kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilmesi için uyumsuzluğa bakan mahkemenin milli hukukunda yer edinmesi gerektiği söylenebilir⁴¹.

B. İç Hukukta Kamu Düzeninin İşlevi ve Etkisi

İç hukukta kamu düzeni; bireylerin uymakla yükümlü olduğu ve kaynağını Anayasa ve kanunlardan alan; kamu hukuku ya da özel hukuk karakterli kuralların toplamıdır⁴² ve devlet ile bireylerin çıkarlarına hizmet etmesi bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Bu tip kurallar varlığını, bir ülkenin siyasi ve iktisadi çıkarlarının birer ürünü olarak gösterebileceği gibi; bir ülkede yaşayan vatandaşlar ya da bireylerin çıkarlarının korunması amacıyla getirilmiş bazı emredici düzenlemeler de kamu düzeni karakterli olarak nitelendirilebilir. Bunun yanı sıra, emniyet ve asayiş kurallarının oluşturulmasında da kamu düzeni fikrinin etkisi olduğu söylenebilir⁴³.

İster kanun sistematığı altında somutlaşmış bulunsun, ister kaynağını hukukun genel ilkeleri, kamu vicdanı, kamu yararı veya genel ahlâk-adap anlayışından alsın her durumda; söz konusu kuralların sınırlayıcı ve yasaklayıcı etkisinin olduğu söylenebilir. Kanunda boşluk olan durumlarda dahi hakim, uyumsuzluğa ilişkin boşluğu kamu düzeni düşüncesine dayandırarak ve *lex fori*'nin kendisine verdiği yetki doğrultusunda kullanabilir. Bu doğrultuda Türk kanunlarının dayandığı genel siyaset, hukukun genel ilkeleri ve genel ahlâk-adap anlayışı uyarınca söz konusu boşlukları doldurabilir⁴⁴. İç hukuk kamu düzeni kavramı ile bireylerin emredici hukuk kurallarına aykırı edimlerde bulunmaları yasaklanmakta ya da sözleşmeler ifa etmeleri sınırlandırılmakta; bazı durumlarda ise bu fiiller belli yaptırımlara tâbi tutulmaktadır. Başka bir deyişle, bir ülkede yaşamını sürdüren bireylerin, o ülkenin kamu düzeni anlayışına uygun edimler ifa etmekle yükümlü oldukları söylenebilir. Örneğin TMK md. 124'te 17 yaşını doldurmamış olanların evlenemeyeceği dile getirilmiş; ancak olağanüstü durumların ve önemli bir sebebin varlığı halinde, 16 yaşını bitirmiş olanların ise hakim izniyle evlenebileceği ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak örneğin 14 yaşında bir kimsenin evliliği yok

⁴⁰ Oğuz, a.g.e., s. 37-38.

⁴¹ Nomer, a.g.e., s. 163.

⁴² Gökyayla, a.g.e., s. 36.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ökçün, a.g.e., s. 48-55.

⁴⁴ Kamu düzeninde hakimin takdir yetkisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Altuğ/Yasan, a.g.e., s. 142-144. Sözleşmenin ahlâka aykırılığı hakkında bkz. Eren, a.g.e., s. 323-327.

hükmündedir. Aynı şekilde TBK md. 27 uyarınca örneğin devlet memurlarına rüşvet verilmesine ilişkin bir sözleşme de yoklukla bătıldır. Taraflar mahkemeden, sözleşmeden kaynaklanan haklarının teminini isteyemezler. İşbu emredici kuralların altında yatan asıl amaç kamu düzeninin korunması fikridir. Ancak tekrar etmek gerekir ki her emredici kuralın arkasında kamu düzeninin korunması fikrinin yattığı söylenemez. Bu amacı; kanun maddesinin lafzından, konuluş amacından ve sistematığından çıkartmak gerekmektedir.

Özetle iç hukukta kamu düzeni, birey iradesini sınırlayan ve bu iradeyi bertaraf edici bir işleve sahiptir. Diğer bir anlatımla kamu düzeni, bireylerin uymakla yükümlü olduğu kuralların yanı sıra, irade serbestisi ilkesine getirilmiş istisnai bir sınırlama hali olarak adlandırılabilir.⁴⁵

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA KAMU DÜZENİ

A. Genel Olarak

Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda kamu düzeni, kaynağını 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁴⁶ md. 5, md. 54 ve md. 62'den almaktadır.

MÖHUK md. 5'te ele alınan kamu düzeni, yabancı hukukun tatbikini bertaraf edici bir özelliğe sahiptir ve aynı şekilde birçok ülke mevzuatında da kendisine yer edinmiş durumdadır. Devletler kamu düzeni müdahalesi vasıtasıyla kendi politikalarını, hukuk geleneklerini ve kültürlerini bir nevi koruma altına almakta; bunlara aykırı düşen yabancı hukuk kurallarının uygulanmasının önüne geçmektedir⁴⁷. MÖHUK md. 2 uyarınca yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta hakim, kanunlar ihtilâfı kuralları ile belirlenen yabancı hukuku uygulayacaktır. Bu hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde ise, MÖHUK md. 5 uyarınca yabancı hukuk bir kenara bırakılacak ve gerekli görülen hallerde Türk Hukuku'nu olaya tatbik edilecektir. MÖHUK md. 5, kamu düzenine aykırılığın unsurlarını düzenlemiş değildir. Bunun en temel sebeplerinden

⁴⁵ Ökçün, a.g.e., s. 14.

⁴⁶ R.G. 12.12.2007 - 26728.

⁴⁷ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 150-151; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 72; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, (Milletlerarası), s. 223; Can/Toker, a.g.e., s. 141.

birisinin, daha önce de değinildiği üzere, kamu düzeni kavramının muğlaklığı ve değişkenliği olduğu söylenebilir⁴⁸. Dolayısıyla milletlerarası özel hukuk doktrininde "kamu düzeni müdahalesi" olarak addedilen kavramın mahiyeti, davaya bakan hakimlerin hukuk anlayışları ile somutlaşmaktadır⁴⁹.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde kamu düzeninin niteliği konusunda iki görüş bulunmaktadır. İlk görüş uyarınca kamu düzeni; hakim hukukunun (*lex fori*) olaya tatbikini emreden, tek taraflı ve bağımsız bir bağlama noktası olarak yorumlanmaktadır⁵⁰. Türk doktrinindeki bu görüş kaynağını 23 Şubat 1330 Tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat (MuvK) md. 2'den almaktadır. MuvK md. 2 uyarınca bir ülkenin emniyet ve asayişine ilişkin kanun hükümlerinin, o ülkede yaşayan herkese uygulanacağı dile getirilmiştir⁵¹. Bunun yanı sıra bir ülkede bulunan menkul ve gayrimenkul eşyalara ilişkin kurallar da kamu düzeni karakterlidir⁵². Ancak kamu düzeninin bu şekilde yorumlanmasının, kanunlarının mülkiliği ilkesi ile karıştırıldığı belirtilmektedir. Kamu düzeni düşüncesi, söz konusu kuralların oluşumunda bir dayanak olsa dahi nitelik açısından bu şekilde yorumlanması kabul görmemektedir. Ayrıca, bir ülkedeki emniyet ve asayiş kurallarının o ülkede yaşayan herkese uygulanması için milletlerarası özel hukuk kapsamında bir müdahaleye ihtiyaç olmayacağı dile getirilmektedir⁵³. Mancini doktrini denilen ve modern milletlerarası özel hukuk anlayışınca terk edilmiş bulunan bu görüşe karşı Savigny tarafından ortaya konan ikinci görüş ise kamu düzenini, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasını emrettiği yabancı hukuku bertaraf eden bir istisna kural⁵⁴ olarak nitelendirmektedir. Türk doktrinince de kabul görmüş olan ikinci görüş⁵⁵;

⁴⁸ Kamu düzeni kavramının değişkenliği hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Birinci Bölüm, Başlık II/D, s. 21-23.

⁴⁹ Nomer, a.g.e., s. 163; Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 147; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 79.

⁵⁰ Nomer, a.g.e., s. 159; Can/Toker, a.g.e., s. 142.

⁵¹ Uluocak, a.g.e., s. 223.

⁵² Nomer, a.g.e., s. 159.

⁵³ Gökyayla, a.g.e., s. 26. "Emniyet ve asayişe ilişkin hükümler, bir milletlerarası özel hukuk kuralına bağlı olmaksızın ülkede bulunan herkes için uygulama niteliğine sahiptir. Bunların kamu düzenini ilgilendirmesi ile bir kanunlar ihtilâfi kuralı gereği uygulanan yabancı hukuk kuralının uygulanmasını önleyen kamu düzeni müdahalesi arasında ilişki kurulamaz." Nomer, a.g.e., s. 160.

⁵⁴ "...yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır.", Nomer, a.g.e., s. 160; Can/Toker, a.g.e., s. 142.

⁵⁵ "Kamu düzeni yetkili yabancı kanunun uygulanmasını "istisnaen" engelleyen, davaya bakan hakim mensup olduğu toplumun ahlâk ve adap anlayışı, hukuk telâkkisi ve sosyal şartları içerisinde oluşan, yer ve zamana göre değişen, bennetice "izaafi" olup, dava anındaki niteliği ile nazara alınan bir "kavram" dir.", Uluocak, a.g.e., s. 16. "Kanunlar çatışması kaidelerine göre uygulanması gereken yabancı kanunun

gerekçesini MÖHUK'un lafzında da bulmaktadır. MÖHUK md. 5 “açıkça” ibaresi ile söz konusu müdahalenin istisnai niteliği üzerinde durmaktadır. Başka bir deyişle yabancı hukuk, Türk kamu düzenini “açıkça” ihlal etmelidir ki hakim; yabancı hukukun uygulamaktan vazgeçebilsin⁵⁶. Unutulmamalıdır ki yabancılık unsuru barındıran ihtilâflarda aslolan kanunlar ihtilâfi kurallarının tatbikini emrettiği yabancı hukuk sisteminin uygulanmasıdır. Kamu düzeni müdahalesi ise ancak uygulanan yabancı hukukun sonuçlarının, Türk Hukuku'nun dayandığı temel ilkelere “açıkça” aykırı olması durumunda devreye girmektedir⁵⁷.

Kamu düzeninin bu istisnai özelliğinin Türk Hukuku'nda olduğu gibi diğer yabancı hukuk düzenlerince de kabul edilmiş olduğu belirtilmelidir. Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (ALMÖHUK) ⁵⁸ md. 6 uyarınca yabancı hukukun, Alman Hukuku'nun temel ilkeleri ile açıkça bağdaşmayan sonuçlar meydana getirmesi halinde uygulanmayacağı düzenlenmektedir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İSMÖHUK)⁵⁹ md. 17 de aynı şekilde yabancı hukukun, İsviçre Hukuku'nun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Benzer anlayış, son yıllarda akdedilen milletlerarası anlaşmalarda da kendisini hissettirmektedir⁶⁰. Bunun yanı sıra kamu düzeni, kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanırken her zaman göz önünde bulundurulması gereken, *müstakil olmayan bir kanunlar ihtilâfi kuralı* olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹. Diğer bir deyişle hakim, yabancı hukuku

uygulanmasına mâni olan bir teoridir... Kaide, yabancı kanunların uygulanmasıdır. Yabancı kanun ancak mahallî kamu düzeni sarsıldığı zaman uygulanmaz.", Yılmaz Altuğ, **Devletler Hususi Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 149. "... Böyle bir kamu düzeni uygulamasının istisnai nitelikte olduğu ve bugün kamu düzeninin Milletlerarası Özel Hukuk'ta böyle anlaşıldığı açıktır.", Tekinalp, a.g.e., s. 52. "... Bu itibarla, kamu düzenine aykırılık, istisnaen yabancı hukukun tatbikini engelleyecektir..." Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 74. "... kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasına engel olan bir istisnadır..." , Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 140.

⁵⁶ "...uygulanması kamu düzenine aykırı olan yabancı hukukun yargıç tarafından kullanılmayacağını öngörür." , Ökçün, a.g.e., s. 15.

⁵⁷ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s.74; Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 31. MÖHUK md. 1: "Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde..." , md. 2: "Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular."

⁵⁸ İngilizce metin için bkz. Er.: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0038, E.T. 05.04.2016.

⁵⁹ İngilizce metin için bkz. Er.: [https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB).pdf), E.T. 05.04.2016.

⁶⁰ Örneğin 24.10.1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme md. 4, R.G. 24.12.1971 – 14052.

⁶¹ Nomer, a.g.e., s. 161.

uygularken meydana gelebilecek sonuçların Türk kamu düzenine aykırı olabileceğini her zaman göz önünde bulundurması gerektiği söylenebilir⁶².

Söz konusu istisnai niteliğin sonucu olarak hakimin, önüne gelen her olayın Türk kamu düzenine aykırılığını gerekçe göstererek yabancı hukuku uygulamaktan kaçınmaması gerekmektedir⁶³. Diğer bir deyişle hakimin, "*kendi hukukunun en iyi hukuk*" olduğu anlayışıyla hareket etmekten mümkün olduğunca uzak durması gerekmektedir⁶⁴. Unutulmamalıdır ki kanunlar ihtilâfı hukukunun amacı farklı hukuk sistemleri arasında, ihtilâfla en sıkı bağlantılı hukuk sisteminin olaya tatbiki suretiyle milletlerarası hakkaniyeti sağlamak ve milletlerarası karar ahengini olabildiğince temin etmektir. Bu itibarla hukuk düzenleri arasında farklılıkların bulunması hali tek başına, kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilememektedir⁶⁵. Her devletin sosyal, ekonomik ve kültürel anlayışları birbirinden farklıdır. Hukuk kuralları ise bu anlayışların bir sonucu olarak şekillenmekte ve bu anlayış farklılıkları da hukuk düzenleri arasında çeşitlenmeye yol açmaktadır. Bunun sonucu olarak milli hukuk sistemleri arasındaki düzenlemelerin benzerlik göstermesini beklemek de gerçeklikten uzak bir arayış olarak nitelendirilebilir. Kaldı ki kanunlar ihtilâfı hukukunun temelinde yatan "*milletlerarası hakkaniyet*" anlayışı varlığını, tam da bu farklılaşmanın olduğu noktada bulmaktadır⁶⁶. Bu sebeple kamu düzeni müdahalesinin "*son çare*" olarak uygulanması gereken bir kurum olduğu söylenebilir⁶⁷.

MÖHUK md. 54 uyarınca kamu düzeni ise yabancı bir mahkeme kararının tanınması ya da tenfizi sırasında gündeme gelmektedir. Buradaki kamu düzeni ise tanınması/ tenfizi istenen mahkeme kararının tanınmasını/ tenfizini engelleyici bir rol üstlenmektedir⁶⁸. MÖHUK md. 54/1-c uyarınca yabancı mahkeme kararının kamu

⁶² Nomer, a.g.e., s. 162.

⁶³ Can/Toker, a.g.e., s. 147. "*Diğer bir söyleyişle, hakim kamu düzenini vesile ederek, kendi hukukunu tatbik kolaylığından yararlanmak maksadıyla, yabancı hukukun uygulanmasını önlememelidir.*", Nomer, a.g.e., s. 160-161.

⁶⁴ Nomer, a.g.e., s. 161; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 79.

⁶⁵ Nomer, a.g.e., s. 162.

⁶⁶ Nomer, a.g.e., s. 161.

⁶⁷ Public policy "*is never argued at all but when other points fail.*" Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/Nicola Christine Port, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, Netherlands, 2010, s. 365; Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan M. Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, s. 34.

⁶⁸ Bunun dışında milletlerarası usûl hukukunda kamu düzeninin münhasır yetki kurallarının belirlenmesinde de bir rolü olduğu ifade edilebilir.

düzenine aykırı olması durumunda tanınmasına/ tenfizine hükmedilememektedir. Türk hakimi, tenfizi istenen kararı kural olarak Türk kamu düzenine göre değerlendirmektedir. 54/1-c maddesi kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması gerektiğini aramaktadır. Bu sebepten hakim, yabancı mahkeme tarafından uygulanan kuralların doğru uygulanıp uygulanmadığını veya olguların doğru ele alınıp alınmadığını değerlendirememektedir. Diğer bir deyişle hakimin, revizyon yasağına uymak zorunda olduğu söylenebilir. Bu noktada karardaki bazı olguların Türk hakimi tarafından yeniden incelenmesi⁶⁹, davanın esasının tekrar inceleneceği anlamına gelmemektedir. Söz konusu inceleme, yalnızca kamu düzenine aykırılık itirazıyla sınırlı olmak üzere yapılmakta ve yabancı mahkemenin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı değerlendirme dışında kalmaktadır. 54. maddede bahsedilen kamu düzeninin kapsamı da md. 5’tekine benzerdir ve sonraki başlıklarda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda kamu düzeni, son olarak MÖHUK md. 62/1-b uyarınca yabancı hakem kararının tenfizi sırasında gündeme gelmektedir. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 1958 Tarihli New York Sözleşmesi⁷⁰ kapsamına girmeyen hakem kararları hakkında uygulanacak olan madde, yabancı hakem kararının “*genel ahlâka veya kamu düzenine*” aykırı olması halinde tenfiz edilemeyeceği hükmünü getirmektedir. New York Sözleşmesi md. I/1 uyarınca Sözleşme’ye taraf olmayan ülkelerde verilen ve uygulanan usûl bakımından yerli hakem kararı sayılmayan hakem kararları MÖHUK hükümlerine tâbi olacaktır. İleriki bölümlerde açıklanacağı üzere yabancı hakem kararının tenfizi sırasında gündeme gelen kamu düzeninin, kanunlar ihtilâfi ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizine nazaran daha dar bir uygulama alanına sahip olması gerektiği düşünülmektedir⁷¹.

⁶⁹ Örneğin yabancı mahkeme kararının hileli bir davranış sonucu verildiği öne sürülmüşse.

⁷⁰ R.G. 25.09.1981 – 21002. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 1958.

⁷¹ Tenfiz mahkemesinin kamu düzeni anlayışını ifade etmek üzere de kullanılan “milletlerarası kamu düzeni” anlayışıyla ilgili açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, Başlık III/B, s. 28-31. Tenfiz mahkemesince esas alınması gerektiği düşünülen kamu düzeni çeşitlerine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. İkinci Bölüm, Başlık IV/C, s. 71-78.

B. Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeninin İşlevi ve Etkisi

1. Kamu Düzeninin İşlevi

Daha önce değinildiği üzere iç hukukta kamu düzeni, yazılı veyahut yazılı olmayan kurallar temelinde bir ülkede yaşayan bireylerin iradelerini ve özgürlüklerini sınırlayıcı bir etkiye sahiptir. Bu kurallar kaynağını kamu hukukundan ya da özel hukuktan alabilir. Bu kuralların ardında yatan esas gaye, devlet ve toplum çıkarlarının korunması ile bireysel menfaatler yerine toplumsal menfaatlerin ön planda tutulması gerekliliğidir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni ise yabancı hukukun tatbikini bertaraf eden istisnai bir kurum niteliğini haizdir. Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni, iç hukukta kendisine verileden daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Bu bakımdan değerlendirildiğinde iç hukuk kapsamında kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilebilecek haller, yabancılık unsuru barındıran ve milletlerarası özel hukukun konusuna giren durumlarda kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyebilecektir⁷². İç hukukta emredici hukuk kurallarına aykırı edim ve davranışlar kamu düzenini ihlal edici nitelikte olabilirken yabancı bir kanun hükmünün Türk emredici hukuk kurallarına aykırı olması hali, tek başına kamu düzenine aykırı bir durum oluşturmayabilir. Örneğin Türk Hukuku'nda ehliyet yaşı kamu düzenini ilgilendirir ve kişinin ehliyeti tarafların iradesi ile değiştirilemez. Ancak bir yabancıya ehliyeti MÖHUK md. 9 uyarınca kendi milli hukukuna göre belirleneceğinden iç hukuktaki bu anlayış, bir yabancıya karşı uygulama alanı bulmayabilir. Bunun karşın; çok küçük yaşta bir kişinin evlenmesine olanak tanıyan yabancı hukuk kuralının, Türk kamu düzenini ve toplum menfaatini ihlal eder nitelikte olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Kamu düzeni müdahalesinden bahsedebilmek için ihtilâfin asgari düzeyde de olsa Türkiye ile ilişkisi bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle ihtilâf konusu somut olayın ülke ile ilişkisi arttıkça kamu düzeni müdahalesinin uygulanma ihtimali de güç kazanmaktadır⁷³. Örneğin sözleşme taraflarından ya da boşanacak taraflardan birisinin Türk vatandaşı olması, ihtilâfı Türkiye ile daha bağlantılı hale getirmektedir. Bu durumda iki yabancı arasında akdedilen bir sözleşme ya da iki yabancıya boşanması gibi

⁷² Süha Tanrıver, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 17, S. 1-2, 1997-1998, s. 477; Gökyayla, a.g.e., s. 37.

⁷³ Peter Hay/Patrick J. Borchers/Symeon C. Symeonides, **Conflict of Laws**, Fifth Edition, West Publishing, 2010, s. 170; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 77.

durumların kamu düzeni müdahalesine uğrama ihtimali, ilk açıklanan örneğe nazaran daha düşüktür⁷⁴.

Önemli olan uygulanacak hukukun kendisinin değil, bu hukukun ilgili maddesinin tatbiki neticesinde ortaya çıkacak sonucun Türk Anayasası ve kanunları, toplumsal örf-âdet, genel hukuk ilkeleri ve genel ahlâk-adap anlayışı bakımından tahammül edilemez seviyede sonuçlara neden olmasıdır. Diğer bir deyişle *lex causae* 'nın uyuşmazlığa tatbiki neticesinde ortaya çıkan durum, hakim in ülkesinde tahammül edilemez seviyede sonuçlar meydana getiriyorsa bu hukukun uygulanmasından vazgeçilmesi gerekmektedir⁷⁵. Örneğin ABD vatandaşı bir kimsenin, ABD vatandaşı evlatlığı ile evlenmek istemesi durumunda evliliğe uygulanacak hukuk MÖHUK md. 13 uyarınca kişilerin milli hukukudur. Amerikan Hukuku evlatlıkla evliliğe izin vermiş bulunsa dahi, bu durum Türk örf-âdetleri ve genel ahlâk anlayışı ile bağdaşmayacağı için kamu düzeni müdahalesi ile karşı karşıya kalabilecektir⁷⁶.

2. Kamu Düzeninin Etkisi

a. Kamu Düzeninin Olumsuz Etkisi

Doktrinde kamu düzeninin *olumlu* ve *olumsuz* olmak üzere çifte etkisinden bahsedilmektedir. Kamu düzeninin olumsuz etkisi, yabancı hukuk kuralının ihtilâfa tatbikini *bertaraf edici* bir rol üstlenmektedir⁷⁷. Bu engellemeyi de meydana gelen sonuçların öngörülmesi aracılığıyla gerçekleştirir. Bu öngörüye sahip olması gereken kişilerin ise hakimler olduğu söylenebilir. Hakim, somut olayın özelliklerine göre yabancı hukuku olaya tatbik ederek ortaya çıkan sonucun kamu düzenine uygunluğunu denetleyecektir. Bununla birlikte yabancı hukuk kuralının başlı başına kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi her somut olayda kamu düzeni müdahalesini gerektirmemektedir. Önemli olan meydana gelen sonuçların tahammül edilemez seviyede aykırılıklara yol açmasıdır.

⁷⁴ Nomer, a.g.e., s. 176; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 77.

⁷⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 75.

⁷⁶ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 73.

⁷⁷ Nomer, a.g.e., s. 165; Can/Toker, a.g.e., s. 148. "...*kamu düzenine aykırı görülen hallerde engelleme özelliği, kamu düzeninin olumsuz etkisi (negatif etki) olarak karşımıza çıkar.*", Ahmet Cemal Ruhi/Yavuz Kaplan, "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, s. 645.

b. Kamu Düzeninin Olumlu Etkisi

Kamu düzeninin olumlu etkisinde yabancı hukuk kuralının yerine ikâme edilen *lex fori*'nin uygulanması esastır⁷⁸. Yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığı söz konusu olduğunda ihtilâf, yabancı hukukun içerisinde yer alan diğer hükümler ile mümkün olduğunca giderilmeye çalışılacak; bütün uğraşlara rağmen çözüm bulunamaması halinde ise Türk Hukuku olaya tatbik edilecektir⁷⁹. Örneğin milli hukuklarınca ırk ayrımına dayalı evlilik engeli ile karşılaşan bir çift, söz konusu evliliği Türkiye'de yapabilir. Hakim söz konusu olayda tarafların milli hukukları yerine; Türk Hukuku'nu olaya tatbik edecektir. Bunun yanı sıra Türk Hukuku'nda, çözümüne ilişkin veya Türk kamu düzenini ilgilendiren bir hükmün her halükarda bulunması gerekli olmayıp ihtilâf; ikâme Türk hukuk kuralları, hakkaniyet ve genel ahlâk anlayışı içerisinde çözüme kavuşturulabilir⁸⁰.

C. Kamu Düzeninin Kapsamı

1. Türk Hukuku'nun Temel Değerleri

Belirli bir ülkede ve belli bir zamanda geçerli olan temel hukuki değerlere aykırılık, o ülkenin kamu düzenini yakından ilgilendirir. Türkiye açısından bu değerler, Anayasa ve Türk kanunları nezdinde vücut bulabileceği gibi kendisini Türk örf-âdet hukuku içerisinde de kabul ettirmiş olabilir⁸¹. Ayrıca Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere açıkça aykırı bir yabancı kanun hükmü de Türk Hukuku'nun temel değerlerine aykırılık oluşturabilir⁸². Alman Hukuku'nda da benzer bir hükmün yer aldığı dile getirilmektedir. ALMÖHUK md. 6'da, Alman Hukuku'nun temel hukuk değerleri ile açık bir şekilde bağdaşmayan yabancı kanun hükmünün uygulanmayacağı dile getirilmiştir.

2. Türk Genel Ahlâk ve Adap Anlayışı

Genel ahlâk ve adap anlayışı, Türk toplumunun düzeni ve devamı için uyulması beklenen ahlâk kurallarını içine almaktadır. Bu ahlâk kurallarının, toplumun büyük bir

⁷⁸ Lalive, a.g.e., s. 4.

⁷⁹ Nomer, a.g.e., s. 167. "Yetkili yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi halinde doğacak olan boşluğun, Türk hukukunun hükümleri ile doldurulması ise, kamu düzeninin olumlu etkisi (pozitif etki) olarak nitelendirilir.", Ruhi/Kaplan, a.g.e., s. 645-646.

⁸⁰ Nomer, a.g.e., s. 167.

⁸¹ Gürzumar, a.g.e., s. 22.

⁸² Nomer, a.g.e., s. 171.

bölümü tarafından kabul görmüş ve vazgeçilmez nitelikte kurallar olması gereklidir. Ancak genel ahlâk ve adap anlayışına aykırı olan her durum kamu düzeninin müdahalesini gerektirmeyebilir. Türk ahlâk ve adap anlayışına aykırılığın kamu düzeni müdahalesine uğrayabilmesi için ihtilâfin sonuçlarının kamu vicdanını derinden sarsması ve toplumun huzur ve sükutunu bozması gereklidir⁸³. Örneğin Amerikan vatandaşı bir babanın, Amerikan vatandaşı evlatlığı ile Türkiye’de evlenmek istemesi durumunda kamu düzeninin müdahalesi ile karşı karşıya kalınabilir. Bu müdahalenin bir gerekçesinin de Türk ahlâk ve adap anlayışı ile toplum huzur ve sükûnunun ve kamu vicdanının bozulması olacağı söylenebilir.

3. Anayasa’da Yer Alan Temel Hak ve Özgürlükler

Türk hakimi, önüne gelen yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta yabancı kanun hükmünün Türk Anayasası’nda yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini göz önünde bulundurmamak durumunda kalabilir. Çünkü söz konusu temel hak ve özgürlükler Türk kamu düzeni ile yakından ilgilidir. Ancak bir yabancı ile bir Türk vatandaşı, Anayasa’daki temel haklardan ve özgürlüklerden aynı oranda istifade edemeyebilir⁸⁴. Bir yabancıнын temel hak ve özgürlüklerden hangi durumlarda ve ne şekilde yararlanacağını önceden kestirmek güçtür. Bu durum Anayasa maddesinin lafzının ve gayesinin yorumu yoluyla tespit edilmektedir. Söz konusu Anayasa maddesinin mutlak ve sınırsız olarak ülkede bulunan herkese mi uygulanacağı, yoksa bu haktan istifade edebilmek için belirli şartların varlığının mı gerektiği ya da söz konusu hakkın sadece Türk vatandaşlarına mı hasredildiği hakim tarafından yorum yoluyla belirlenecektir⁸⁵. Bu duruma yönelik olarak Türk hakiminin, somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurması gerektiği söylenebilir⁸⁶.

Yabancı kanun hükmünün, Anayasa’da yer alan temel haklara ve özgürlüklere ilişkin maddelerinden farklı ya da söz konusu maddelere aykırı olması durumunun başlı başına kamu düzeni müdahalesine neden olmaması gerekmektedir. Diğer bir deyişle

⁸³ Gürzumar, a.g.e., s. 22.

⁸⁴ “Anayasal bir hakkın, bir yabancı için, bir Türk vatandaşına göre, daha farklı bir etkileme gücüne sahip olacağı dikkate alınmalıdır.” Nomer, a.g.e., s. 171.

⁸⁵ Nomer, a.g.e., s. 172.

⁸⁶ Gürzumar, a.g.e., s. 22.

yabancı bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı⁸⁷ ile Anayasa'da yer alan temel haklara ve özgürlüklere aykırılığı nedeniyle kamu düzenine aykırı olması durumu birbirinden ayrı iki sorundur.⁸⁸ Önemli olan bu aykırılığın ya da farklılığın meydana getirdiği sonuçların Türk Anayasası'nda belirtilen temel haklara ve ilkelere katlanılmaz derecede aykırılık teşkil etmesidir. Bu sebeple İslam Hukuku'nda din, dil, ırk ve cinsiyet ayrımı içeren bazı hükümler Türk Anayasası'nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle açıkça bağdaşmadığı için kamu düzeni müdahalesine neden olabilir⁸⁹. Keza Alman mevzuatında da (ALMÖHUK md. 6) “*temel haklarla bağdaşmayan yabancı hukuk hükmünün özellikle uygulanmayacağı*” dile getirilmiştir⁹⁰.

4. Milletlerarası Alanda Geçerli Ortak İlkeler

Milletlerarası andlaşmalarla kabul edilen ya da teamüllerle benimsenen bazı ortak hukuk ilke ve kaideleri de Türk kamu düzeni içerisinde yer alabilir. Türk hakimî kamu düzenine aykırılığı değerlendirirken Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalarda yer alan ilkeleri ve milletlerarası hukukta kendisine yer edinen teamülleri de göz önünde bulundurmamak durumundadır. Kaldı ki bunlara aykırı edimlerde bulunulması da devletlerin milletlerarası alanda sorumluluğuna neden olabilecek durumlara neden olabilir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁹¹ (AİHS), İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁹² (İHEB) gibi bazı milletlerarası belgelerde kabul edilmiş temel ilkelere aykırılık, Türk kamu düzenine de aykırılık teşkil edebilecektir. Doktrinde Nomer, milletlerarası alanda kendisini kabul ettirmiş ilkelerin mahalli anlayışla birleşmesi halinde milli kamu düzeninin bir parçasını oluşturacağını dile getirmektedir. Yazar ayrıca, milli kamu düzenini harekete geçirecek bir iç hukuk ya da örf-âdet kuralı

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona Aybay, “Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004. Anayasa'ya uygunluk denetimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Birinci Basıdan Tıpkı Üçüncü Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, (Genel Esaslar), s. 422-476.

⁸⁸ Gürzumar, a.g.e., s. 22.

⁸⁹ Nomer, a.g.e., s. 173. Yazar bu durumlara örnek olarak aynı sayfada; dini farklılık sebebiyle getirilen evlenme yasakları ile kadın ve erkeğin mirastan aynı oranda yararlanamaması gibi durumlardan bahsetmiştir. Yazar, devamında ise murisin çocuklarına saklı pay hakkı tanımayan kanun hükmünün de Türk kamu düzeni ile bağdaşmayacağını dile getirmektedir.

⁹⁰ İngilizce metin için bkz. Er.: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0038, E.T. 07.04.2016.

⁹¹ R.G. 19.03.1954 – 8662.

⁹² R.G. 27.05.1949 – 7217.

olmaması halinde dahi; bu ilkeler ışığında kamu düzeni müdahalesine ihtiyaç duyulabileceğinden de bahsetmektedir⁹³.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun daha önce bahsedilen kararı⁹⁴ ve doktrindeki görüşler ışığında denilebilir ki Türk Hukuku'nda kamu düzeninin çerçevesi; Türk Hukuku'nun temel değerleri, Türk genel ahlâk ve adap anlayışı, Türk kanunlarının arkasında yatan genel siyaset ve adalet anlayışı⁹⁵, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler, iyi niyet ilkesi, milletlerarası alanda yer alan ortak prensipler, medeni toplumların benimsediği ahlâk ilkeleri ve temel insan hakları ile çizilmiş bulunmaktadır⁹⁶. Bu itibarla örneğin aşırı yararlanma, *fahiş cezai şart* ve *hile ve ikrah sebebiyle akdin feshine ilişkin hükümler*⁹⁷ iyi niyet ilkesine aykırı görülebilir ve bu tip ortak ilkelerin kamu düzeni ile korunması gerektiğinden söz edilebilir.

D. Kamu Düzeninin Değişkenliği

1. Zaman Bakımından

Kamu düzeni kavramı, işlevi ve kapsamı bakımından iç hukuk ve milletlerarası özel hukukta farklı anlamlara sahip olsa da her halükarda değişken bir yapıya sahiptir. Bu değişkenliğin en başında ise zaman bakımından değişkenlik gelmektedir. Örneğin Eski 743 Sayılı Medeni Kanun'un⁹⁸ yürürlüğe girmesiyle birlikte tek eşli evlilik, mirasçılar arasında eşitlik gibi kaideler Türk kamu düzeni içerisindeki yerini almıştır. Bunun bir sonucu olarak bu kural ve kaidelere aykırı tabir edilen yabancı hukukun Türk hakimlerince uygulanması imkansız hale gelmiştir⁹⁹.

Bir ülkedeki kamu düzeni düşüncesi yalnızca yasama faaliyetleri ile değil; aynı zamanda genel hukuk ilkeleri, genel ahlâk-adap anlayışı, milletlerarası ortak prensipler

⁹³ Nomer, a.g.e., s. 163; aynı yönde bkz. Lalive, a.g.e., s. 7.

⁹⁴ Karar için bkz. Birinci Bölüm, Başlık I/A, s.7.

⁹⁵ “Her yasanın, günlük yaşam olaylarına bir yaklaşımı, bir bakış açısı vardır. Yasalar, olayları çözüme kavuştururken, karşılıklı çıkar çatışmalarını ortadan kaldırmaya çalışırken, belirli ölçütleri göz önünde tutarak, çatışan çıkarılardan hangisini daha çok korumak gerektiğini gözetir. Bunun için de temelde bir takım ilkeler dayanır. Bu temel ilkeler, yalnızca, bir olay, bir ilişki ya da bir kurum için değil, tüm olaylara bakış açısından geçerlidir. Bu anlamda örnek olarak, Medeni Kanunumuz'un benimsediği temel ilkeler, devrimcilik, laiklik, çağdaşlık, demokratiklik, eşitlikçilik, birey çıkarı ile toplum çıkarını akılcı biçimde dengelemiş olmak, gösterilebilir.” Aydın Zevkliler/Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk**, Ankara, 1999, s. 54; Gökyayla, a.g.e., s.27, dpn. 25'ten naklen.

⁹⁶ Gökyayla, a.g.e., s. 27-28.

⁹⁷ Nomer, a.g.e., s. 175.

⁹⁸ R.G. 04.04.1926 – 339.

⁹⁹ Ökçün, a.g.e., s. 152; Gökyayla, a.g.e., s. 28.

ve devletin genel siyasetinin değişmesi sonucunda da değişime uğrayabilir¹⁰⁰. Örneğin bir devlete karşı koyulan ambargo ve ticaret yasakları, o devletin kamu düzeni anlayışı içerisinde kendine yer edinebilir. Şüphesiz ki bu genel siyaset de zaman içerisinde değişime uğrayabilir ve ambargoların kaldırılması neticesinde kamu düzeni anlayışının dışına itilebilir¹⁰¹.

Kamu düzeninin bu değişkenliğinin bir sonucu olarak Türk hakiminin de ülkesindeki kamu düzeni anlayışına ayak uydurması gerektiği söylenebilir. Bunun sonucu olarak dava konusu eylemin gerçekleştiği tarih ile dava tarihi ya da dava tarihi ile hükmün verildiği tarih arasında değişen kamu düzeni anlayışından, hangisinin Türk hakimi tarafından dikkate alınması gerektiği sorusu akla gelebilir. Türk doktrinince de kabul edilen görüşler ışığında hakim olay anındaki değil, dava tarihindeki kamu düzeni anlayışını esas almalıdır¹⁰². Dava tarihi ile hüküm tarihi arasında meydana gelebilecek kamu düzeni anlayışındaki değişiklikler neticesinde ise hakim, hüküm tarihindeki kamu düzeni anlayışını esas almak durumunda kalabilir¹⁰³. Bunun yanı sıra temyiz incelemesi sırasında meydana gelecek değişikliklerin de dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁴. Ayrıca tenfiz hakimi, tenfiz davası sırasındaki kamu düzeni anlayışını dikkate alarak hüküm tesis edebilir. Kamu düzeninin bu niteliğinin Fransız doktrininde “*kamu düzeninin güncelliği*” olarak adlandırıldığı ifade edilmektedir¹⁰⁵.

2. Yer Bakımından

Kamu düzeni anlayışı zaman bakımından olduğu gibi ülkeden ülkeye de değişkenlik gösterebilir. Bu durum kamu düzeninin mahalli (ülkesel) oluşuyla da açıklanmaktadır¹⁰⁶. Her hukuk düzeni, hukuki yapısı içerisinde kendisine özgü kamu düzeni anlayışına sahiptir. Örneğin Arap ülkelerinde geçerli kabul edilen poligami evliliklerin Türk kamu düzenine aykırı olacağı söylenebilir¹⁰⁷. Bunun sonucu olarak bir ülkede kamu düzenine aykırı olan bir hukuki uyumsuzluk başka bir ülkede kamu düzenine

¹⁰⁰ Ökçün, a.g.e., s. 152; Gökyayla, a.g.e., s. 29.

¹⁰¹ Burada bahsetmek istenilen durum, devlet siyasetinin kamu düzeni anlayışı üzerindeki zamana bağlı etkisi olup milletlerarası özel hukuktaki müdahaleci norm kavramından ayrı değerlendirilmelidir. Bu kavram ile kamu düzeni arasındaki ilişkiye ileriki bölümlerde değinilecektir.

¹⁰² Uluocak, a.g.e., s. 220; Ökçün, a.g.e., s. 152; Göğer, a.g.e., s. 96.

¹⁰³ Göğer, a.g.e., s. 95.

¹⁰⁴ Göğer, a.g.e., s. 95; Gökyayla, a.g.e., s. 30.

¹⁰⁵ Ökçün, a.g.e., s. 154; Gökyayla, a.g.e., s. 29-30.

¹⁰⁶ Altuğ/Yasan, a.g.e., s. 144; Ökçün, a.g.e., s. 155; Gökyayla, a.g.e., s. 30.

¹⁰⁷ Altuğ/Yasan, a.g.e., s. 144.

aykırılık teşkil etmeyebilir; dolayısıyla Türk hakiminin yabancı unsurlu uyuşmazlığı karara bağlarken Türk kamu düzenini göz önünde bulundurması gerektiği söylenebilir¹⁰⁸.

Kamu düzeninin bu mahalli yönünün, yabancı bir ülkede kazanılmış haklara ne şekilde etki edeceği sorusu Ökçün tarafından bir örnekle açıklanmıştır¹⁰⁹. Örnekte milli hukuklarına göre ırk veya din ayrılığı sebebiyle evlenme yasağı olan iki yabancı kişi İngiltere’de, İngiliz Hukuku’na uygun bir şekilde evlenmişlerdir. Sorun, bu evliliğin Türkiye’de tanınıp tanınmayacağı noktasında toplanmaktadır. Böyle bir durumda hakkın kazanıldığı ülke olan İngiliz kamu düzeni ile ileri sürüldüğü ülke olan Türk kamu düzeni arasında bir çatışma olmadığı takdirde mevcut durumun tanınması gerektiğine yönelik görüşlerin mevcut olduğu belirtilmiştir¹¹⁰. Ancak İngiliz kamu düzeni ile Türk kamu düzeni arasında bir çatışma meydana gelseydi, bu durumda söz konusu hukuki durum Türk kamu düzeni anlayışı neticesinde tanınmayacaktı¹¹¹.

3. Konu Bakımından

Kamu düzeninin zaman ve yer bakımından değişkenliğinin yanı sıra konu bakımından da değişken olduğu kabul edilmektedir. Kamu düzeni yabancı hukukun aksine yabancı hukukun doğurduğu sonuçlarla ilgilendiğinden dolayı uyuşmazlığa tatbiki engellenen bir yabancı kanun hükmü, başkaca bir hukuki uyuşmazlıkta uygulama alanı bulabilir¹¹². Bunun sonucu olarak Türk hakimi kamu düzeni anlayışını her somut olayda ayrı ayrı ele almalı ve değerlendirmelidir¹¹³. Örneğin İranlı bir kişinin, Türk vatandaşı ile Türkiye’de ikinci evliliğini yapmak istemesi durumunda Türk kamu düzeni ikinci evliliğe müsaade etmeyecektir. Ancak aynı çiftin İran’da, İran Hukuku’na uygun olarak evlenmesinin ardından eşinin ölümü üzerine, Türk eşin miras payına ilişkin yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi sırasında kamu düzeni müdahalesi devreye girmeyebilecektir. Çünkü ilk olayda amaç çok evliliğin önüne geçmek iken; ikinci olayda konu eşin miras hakkının korunmasıdır¹¹⁴.

¹⁰⁸ Yabancı kamu düzenine ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, Başlık IV/E, s. 42-43.

¹⁰⁹ Ökçün, a.g.e., s. 155.

¹¹⁰ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Ökçün, a.g.e., s. 156. Diğer görüş ise, yabancı hukukun kamu düzenine ilişkin hükmünün Türk yargıcı tarafından nazara alınmayacağını ifade etmektedir. Bu görüş için de bkz. Ökçün, a.e., s. 156.

¹¹¹ Ökçün, a.g.e., s. 156-157. Kazanılmış haklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Göğer, a.g.e., s. 108-114.

¹¹² Gökyayla, a.g.e., s. 31.

¹¹³ Ökçün, a.g.e., s. 157; Gökyayla, a.g.e., s. 31.

¹¹⁴ Benzer bir örnek Gökyayla’nın eserinde de yer almaktadır. Gökyayla, a.g.e., s. 31.

E. Kanuna Karşı Hile ve Kamu Düzeni

Kanuna karşı hile kavramı, iç hukukun yanı sıra milletlerarası özel hukuk alanında da karşılaşılabilecek muhtemel bir sorundur. İç hukukta en genel tabiriyle kanuna karşı hile, kanunların yasakladığı bir sonuca yasal yollardan ulaşmak anlamına gelir. Özelleştirecek olursak belirli bir olaya uygulanması gereken iç hukuk kuralının; kişinin kendi iradesiyle bertaraf edilerek yeni bir hukuki durum yaratılmasıdır¹¹⁵. Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile ise yabancı unsurlu bir olayda, taraf ya da tarafların isteğine mani olan bağlama noktalarının hileli bir şekilde değiştirilerek, tâbi olunan yeni bağlama noktaları ile istenen sonuca ulaşmalarına olanak sağlamaları olarak tanımlanabilir¹¹⁶. Örneğin boşanmaya uygulanması lazım gelen yetkili hukuk uyarınca boşanamayan karı-koca; vatandaşlığını, ikametgâhını ya da mutat meskenini değiştirmek suretiyle başka bir devlet hukuku uyarınca boşanabilir¹¹⁷.

Kanuna karşı hilenin gerçekleşmesi için genel itibariyle dört unsur aranmaktadır. Bunlar “*hükümden kaçınılan bir hukuk kuralı*”, “*kendisinden istifade edilen bir hukuk kuralı*”, “*hileli bir fiil*” ve “*hile kastı*”dır¹¹⁸. Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile; vatandaşlık, ikametgâh, mutat mesken ya da ifa yerinin değiştirilerek yeni bağlama noktaları elde etmek suretiyle gerçekleşmektedir. Hile kastının tespiti son derece güç olduğu gibi kanuna karşı hileye ilişkin milletlerarası özel hukuk mevzuatımızda mevcut bir düzenleme de bulunmamaktadır. Söz konusu durum, kanuna karşı hilenin önlenmesine yönelik ne gibi tedbirler alınması gerektiği tartışmasını da beraberinde getirmiştir.

¹¹⁵ Eren, a.g.e., s. 372; M. Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 276; Nomer, a.g.e., s. 123.

¹¹⁶ Ökçün, a.g.e., s. 158. “... geniş anlamıyla kanuna karşı hile, yabancı hukukun uygulanmasından kaçınmak amacıyla bağlama noktalarının değiştirilmesi halinde de söz konusu olabilir.”, Ökçün, a.g.e., s. 162.

¹¹⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nin Nevada eyaletinde boşanmaların kolay olması sebebiyle, kişilerin boşanmaya uygulanacak olan yetkili hukuku, Nevada Eyalet Hukuku'na göre sonradan değiştirmeleri de kanuna karşı hile örneği olarak zikredilmektedir. Nomer, a.g.e., s. 124.

¹¹⁸ Nomer, a.g.e., s. 125; Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 92-94. İç hukukta kanuna karşı hilenin unsurlarına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, a.g.e., s. 373.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde bu konuda iki görüş bulunduğu Nomer tarafından dile getirilmiş bulunmaktadır¹¹⁹. Kanuna karşı hile, başlı başına çözümü gereken bir hukuki müessese midir¹²⁰; yoksa kamu düzenine ilişkin bir problem midir?¹²¹

Kanuna karşı hileyi *bağımsız*¹²² bir hukuki kurum olarak gören görüş, hileli eylemi hakkın kötüye kullanılması olarak dile getirmektedir. Bağlama noktalarının hileli davranışlarla değiştirilmesi ile ortaya çıkan durum katlanılmaz bir sonuç yaratmaktaysa hakkın kötüye kullanılmasının engellenmesi gerektiği belirtilmektedir¹²³. Fransız Hukuku'nda hileli fiillerle meydana getirilen yeni durumun korunmayacağı ve atlatılan bağlama noktasının olaya tatbik edilmesi gerektiği ifade edilmekte; Alman Hukuku'nda ise hileli davranışla yaratılan yeni durumun başlı başına kanuna karşı hile teşkil etmediği söylenmektedir¹²⁴. Önemli olan hileli davranışın arkasındaki amacın tahammül edilemez seviyede olmasıdır. Bu durumun bir sonucu olarak da Alman doktrini, kanuna karşı hilenin kamu düzeni müdahalesiyle önleneceğini dile getirmektedir. Alman Hukuku'ndaki diğer bir görüş ise kanuna karşı hileyi "*milletlerarası özel hukuka ait bir hakkaniyet meselesi*" şeklinde ele almaktadır¹²⁵.

Tekinalp, kanuna karşı hile neticesinde karşı karşıya kalınan durumun tanınmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu tanımamaya gerekçe olarak da TMK md. 2'deki dürüstlük kuralını öne sürmektedir¹²⁶. Kanuna karşı hileyi bağımsız bir sorun olarak ele alan yazarlar da tanımamanın gerekçesini, dürüstlük ve iyi niyet kuralına aykırılığa dayandırmışlardır¹²⁷.

Doğan, kanuna karşı hilenin kapsamını belirlerken gerçek ve gerçek olmayan kanuna karşı hile çeşitlerinden bahsetmektedir. Doğan'a göre bağlama noktalarının taraflarca değiştirilmesi suretiyle yetkili hukukun değişimi hali, gerçek kanuna karşı hile iken; tarafların uygulanacak kanunlar ihtilâfı kurallarını değiştirmek suretiyle yetkili

¹¹⁹ Nomer, a.g.e., s. 125.

¹²⁰ Bu görüşü destekleyen yazarlar hakkında bkz. Nomer, a.g.e., s. 125, dpn. 61.

¹²¹ Bu görüşü destekleyen yazarlar hakkında bkz. Nomer, a.g.e., s. 125, dpn. 60.

¹²² Nomer, a.g.e., s. 125.

¹²³ "*Buna mukabil, kanun boşluğundan istifade ile elde edilen sonuç, kanunun maksadına kabul edilemez bir aykırılık gösteriyorsa, bu sonuç tasvip edilemez.*" Nomer, a.g.e., s. 124-125.

¹²⁴ Nomer, a.g.e., s. 128.

¹²⁵ Nomer, a.g.e., s. 128'den naklen.

¹²⁶ Tekinalp, a.g.e., s. 52.

¹²⁷ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 104.

hukuk değişimine neden olmaları durumunda ise gerçek olmayan kanuna karşı hile söz konusu olmaktadır¹²⁸.

Türk doktrininde kanuna karşı hileye karşı kamu düzeni müdahalesinin etkili olabileceği; ancak bu müdahaleden bahsedebilmek için hileli davranış sonucu meydana gelen durumun Türk kanunlarının koruduğu temel değerlere ve genel ahlâk-adap anlayışına katlanılmaz seviyede aykırılık oluşturması gerektiğinden bahsedilmektedir¹²⁹. Bunun yanı sıra; modern milletlerarası özel hukuk doktrini ise kamu düzeninin, maksadının dışında kullanılmaması gerektiğini ayrıca belirtmektedir¹³⁰.

Türk doktrini tarafından genel olarak kabul gören görüş uyarınca hileli davranışlarla bağlama noktalarının değiştirilmesi başlı başına bir hukuka aykırılık durumu oluşturmamaktadır¹³¹. Oluşan yeni durumun ancak Türk kamu düzeni ile bağdaşmayacak sonuçlar meydana getirmekte ise korunmaması gerektiği söylenebilir. Bunun yanı sıra hile kastının ispatının kolay olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Çelikel/Erdem ile Can/Toker de, kanuna karşı hile neticesinde meydana gelen sonuçların Türk kamu düzenine etkisini bir kriter olarak belirlemişlerdir¹³². Kaldı ki Doğan da kamu düzeninin müdahalesini hileli davranışların önüne geçecek bir çözüm mekanizması olarak görmektedir¹³³. Sonuç olarak hileli bir davranış ile yetkili hukukun değiştirilmesi durumunda kamu düzeni müdahalesi devreye girebilmekte ve hileye uğratılan kanun hükmü bağlama noktasının olaya tatbiki asıl olabilmektedir¹³⁴.

III. KAMU DÜZENİ ÇEŞİTLERİ

A. Genel Olarak

Küreselleşmenin ivme kazandırdığı milletlerarası ticari hayatın içinde bulunmak isteyen her devlet, milli mevzuatlarını milletlerarası düzenlemelerle uyumlu hale

¹²⁸ Doğan, a.g.e., s. 199-200.

¹²⁹ Açıklamalar için bkz. Nomer, a.g.e., s. 131; Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 102; Can/Toker, a.g.e., s. 151; Doğan, a.g.e. s. 204. Aksi yönde bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 52.

¹³⁰ Kanuna karşı hileyi bağımsız bir sorun olarak ele alan görüşler hakkında bkz. Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 104.

¹³¹ Aynı yönde bkz. Nomer, a.g.e., s. 131; Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 102; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 88; Can/Toker, a.g.e., s. 151; Doğan, a.g.e. s. 204. Aksi yönde bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 52.

¹³² Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 102; Can/Toker, a.g.e., s. 151.

¹³³ Doğan, a.g.e. s. 204.

¹³⁴ Nomer, a.g.e., s. 131.

getirmeye çalışmakta; bunun yanı sıra milletlerarası ticaretin istikrarını sağlamak adına birden çok milletlerarası sözleşmeye imza koymaktadır. Bu durumun arkasında ülkesel sınırları aşan yabancı sermayeden yararlanma isteği ve bu doğrultuda sermayenin ülkeye girişinin kolaylaştırılması, dış piyasaya açılma gibi nedenler başrolü oynamaktadır. Bu sebeple kamu düzeni gibi yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen ya da bir ülkede verilmiş mahkeme ya da hakem kararlarının diğer bir ülkede tenfiz edilmesine mani olan kurumların kapsamı giderek daralmaktadır. *Milletlerarası karar ahengini*¹³⁵ temin etmek maksadıyla bir ülke mahkemesi ya da hakemler tarafından verilen kararların diğer devletlerce de tanınmasının kolaylaştırılması, diğer bir deyişle icrası kabil olmayan (*topal*) kararların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple devletler milletlerarası standartta kamu düzeni kriterleri belirleyerek milletlerarası karakterli hukuki ve ticari ilişkileri mahalli ilişkilerden ayırtmışlar; kamu düzeni kavramının kapsamını daraltarak ortak bir kamu düzeni anlayışı oluşturma amacıyla mahalli mevzuatlarını birbiriyle uyumlu hale getirmeye çalışmışlardır.

Bu tip ortak bir kamu düzeni anlayışı oluşturma çabalarına karşın devletlerin vazgeçemediği birtakım politik, ekonomik ve ticari amaçlar da mevcuttur. Devletlerin kamu düzeni anlayışlarının yeknesaklaştırılması uğruna vazgeçemeyecekleri bu tip amaçların varlığı, üzerinde mutabakata varılmış bir kamu düzeni anlayışının oluşturulmasının önünde bir engel teşkil etmektedir. Diğer bir deyişle ülkesel çıkarlardan vazgeçmeme isteği ve milli çıkarların milletlerarası alanda çatışması olasılığı, bu tip bir ortak anlayışın oluşturulmasının önündeki en büyük engellerden birini oluşturmaktadır. Günümüz dünyasında hiçbir devlet ülkesel çıkarlarından vazgeçerek böylesine ortak bir uygulamayı kabul etmeye hazır değildir. Ancak devletler, en azından milletlerarası ticari istikrarın sağlanması ile ülkesel çıkarların korunması arasında bir denge kurmaya çalışmakta, dolayısıyla kamu düzeni müdahalesinin asgariye indirilmesi adına girişimlerde bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak iç hukuk ilişkilerinde kamu düzeni daha katı bir uygulama alanı bulurken, milletlerarası nitelikli ilişkilerde kamu düzeninin etkisi en aza indirgenmeye çalışılmaktadır. Bu ayrımın neticesinde ortaya çıkan

¹³⁵ Milletlerarası karar ahengi kavramı bir ülke mahkemesince ya da hakemler tarafından verilmiş bulunan bir kararın diğer ülkelerde kamu düzeni, müdahaleci normlar ya da tahkime elverişlilik gibi düzenlemelere takılmadan serbestçe dolaşımının sağlanması anlamında kullanılabilir. Söz konusu kavram hakkında açıklamalar için bkz. Nomer, a.g.e., s. 161; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 75-77; Doğan, a.g.e., s. 228.

kavramlar da “*milli kamu düzeni*”, “*milletlerarası kamu düzeni*”, “*birlik kamu düzeni*” ya da “*ulusötesi kamu düzeni*” gibi isimlerle açıklanmaktadır.

B. Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Ayrımı

Kamu düzeninin muğlak, geniş ve değişken yapısı karşısında milletlerarası özel hukuk doktrini söz konusu kavramı çeşitlendirme yoluna gitmektedir. Bu sebeple kamu düzeni öncelikle milli ve milletlerarası tabirleriyle açıklanmaya çalışılmakta¹³⁶; milli kamu düzeninin iç hukukta, bireylerin iradesi ile bertaraf edilemeyen bazı emredici hükümlerden ve kurallardan oluştuğu ifade edilmektedir¹³⁷. Bu kuralların gerçekleştirmek istediği temel gaye ise uygulandıkları alanlarda toplumun siyasi, ekonomik ve sosyal düzenini korumaktır. Bu görüş uyarınca milli kamu düzeni yalnızca mahalli olaylarda etkisini gösteren iç hukukun emredici kurallarından oluşmaktadır. Milletlerarası kamu düzeni ise milletlerarası karakterli olaylara tatbik edilecek yabancı hukukun uygulanmasına engel olan bir fonksiyona sahiptir. Dolayısıyla iç hukuk ilişkilerinde uygulama alanı bulan bazı kurallar ve prensipler milletlerarası nitelikli ilişkilerde uygulama alanı bulmayacaktır¹³⁸.

Her ne kadar konuları ve uygulama alanları farklı olsa da milletlerarası özel hukuk doktrinince milletlerarası kamu düzeni olarak tabir edilen kavram da özünde milli olarak görülmektedir¹³⁹. Milletlerarası kamu düzeni, yabancı unsurlu hukuki ilişkilere uygulanacak olsa dahi kaynağını yine milli hukuktan almaktadır. Bu nedenle söz konusu ayrımı açıklamak için kullanılan *milletlerarası* tabiri yerinde bir deyim olarak görülmemektedir¹⁴⁰. İlk iki bölümde açıklanmış olduğu üzere kamu düzeni kavramı iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı anlam ve fonksiyonlara sahip olup bu kavramın her iki müessese bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi, milli-milletlerarası ayrımının ise başlı başına milletlerarası özel hukuk alanının içerisinde açıklanması sadece hukuk tekniği açısından kolaylık sağlamaktadır.

Hakim, ulusal mahkemeler nezdinde cereyan eden yabancı unsurlu bir olayda ya da yabancı ülkede verilen bir mahkeme kararının tenfizi aşamasında kamu düzeni silahını

¹³⁶ Bu ayrımı yapan yazarlar hakkında bkz. Şanlı, a.g.e., s. 383, dpn. 830.

¹³⁷ Bu yazarlar için bkz. Şanlı, a.g.e., s. 383, dpn. 831.

¹³⁸ Şanlı, a.g.e., s. 384.

¹³⁹ Özel, a.g.e., s. 175; Şanlı, a.g.e., s. 389.

¹⁴⁰ Şanlı, a.g.e., s. 389.

kullanırken, kendi ülkesinin mahalli kamu düzeni anlayışını dikkate almaktadır. Bu anlayış da Anayasa’da yer alan genel düzenlemelerle, *lex fori*’nin temel hukuk düzeniyle, genel ahlâk-adap anlayışıyla ve örf-âdetlerle yoğrulmuş durumdadır. Ancak milli kamu düzeninin ülkeden ülkeye değişkenlik göstermesi yukarıda izah edilen milletlerarası ticari ilişkilerin akışkanlığı ve istikrarı ile milletlerarası karar ahenginin önünde büyük bir engel teşkil etmektedir. Bu sebeple devletler bu tip farklılıkları gidermek amacıyla kendi siyasi ve ekonomik amaçlarına da zarar vermeyecek biçimde milletlerarası kamu düzeni kavramını kullanmaya başlamışlar ve milletlerarası ilişkiler bakımından kamu düzeni kavramının müdahalesini asgariye indirmeye çalışmışlardır¹⁴¹.

Kamu düzeni kavramının mahalli nitelikte olmasının bir sonucu olarak bir ülkede verilen mahkeme ya da hakem kararı diğer bir ülkede tenfiz edilememe ya da iptal edilme yaptırımlarıyla karşı karşıya kalabilir. Bu gibi durumlar sermayenin dolaşımı ve ticari hayatın dinamizminin önünde büyük bir engel teşkil edecektir. Fransız Hukuku’nda bu tip engellerin önüne geçebilmek adına milli-milletlerarası kamu düzeni ayrımı yapılmıştır.

Günümüz gelişmiş dünya toplumu, bazı ortak hukuk değerlerine ve adalet anlayışına sahiptir. Şanlı, bu durumu “*Devletler ailesinin teşkil ettiği gelişmiş bir milletlerarası toplum ve bir milletlerarası düzen...*” şeklinde ifade etmektedir¹⁴². Bu ortak değerlerin ve adalet anlayışının gerçekleştirilmesi adına milletlerarası anlaşmalar akdedilmiş ve söz konusu milletlerarası toplum düzeni evrensel kurullarla koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Bu tip ortak değerlerin birçoğu da devletlerin iç hukuk mevzuatlarında etkisini göstermiş ve mahalli kamu düzeni anlayışıyla iç içe geçmiş durumdadır. Bu genel kuralların dışında her devletin kendi siyasi, ekonomik amaçlarına hizmet eden kamu düzeni anlayışları da varlığını sürdürmektedir.

Şanlı milletlerarası kamu düzeni kavramını, işte bu ortak toplumun değerleri ile açıklamaktadır¹⁴³. Özel ise aynı ifadeyi “*ulusötesi kamu düzeni*” kavramı ile ifade etmektedir¹⁴⁴. Bermann ve Özel milletlerarası kamu düzeni kavramının ulusal kamu

¹⁴¹ Özel, a.g.e., s. 175.

¹⁴² Şanlı, a.g.e., s. 390.

¹⁴³ Şanlı, a.g.e., s. 390.

¹⁴⁴ “...ulusötesi kamu düzeni kavramında evrensel standartlar ve kabul edilmiş davranış normları üzerinde milletlerarası bir uzlaşma olduğu varsayılmaktadır... Milletlerarası kamu düzeni kavramı yine de belirli

düzeni anlayışını da içinde barındırdığını belirtmektedir¹⁴⁵. Ayrıca bu ulusal anlayışın milletlerarası ticari ilişkiler bakımından daha dar bir uygulama alanına sahip olduğuna ve milletlerarası kamu düzeni tabirinin de bu dar ve sınırlı tatbikin bir sonucu olarak ortaya çıktığına dikkat çekmektedirler. Fransız Hukuku'nda iç hukuk meseleleri ile milletlerarası nitelikli meselelerin ayırımına gidildiği; iç hukuku ilgilendiren meselelerde mahalli, milletlerarası ticari nitelikli meselelerde ise milletlerarası kamu düzenine etki tanındığı belirtilmektedir¹⁴⁶. Dolayısıyla milletlerarası kamu düzeni kavramı milli kamu düzeni anlayışına oranla *daha esnek ve daha az sınırlayıcı* bir etkiye sahiptir¹⁴⁷.

Doktrinde Altuğ ve Yasan kamu düzeninin milli-milletlerarası olarak ikiye ayrılmasının bir ülkenin ahlâki ve kültürel değerlerinin farklılaşması anlamına gelmediğine, bu ayırım ile yalnızca kamu düzeninin etki alanının ve etki derecesinin farklılaşmasına dikkat çekmektedir¹⁴⁸.

Dayınlarlı ise milletlerarası kamu düzeni kavramını Özel'e paralel bir şekilde ifade etmektedir. Yazara göre milletlerarası kamu düzeni, milli kamu düzeninin bir parçasıdır ve bu kamu düzeni de hakimın kamu düzenidir¹⁴⁹. Yazar, bu konuyu eserinde *Messengeries Maritimes* kararı ile örneklemiştir. Kararda Fransız Yargıtay'ı Kanada Hukuku'nun yasaklamış olduğu altın üzerinden ödemeye ilişkin hükmü, sözleşmenin

bir ülkenin anlayışını yansıtmaktadır. Oysaki ulusötesi kamu düzeni kavramı dünya topluluğunun ortak temel değerlerini temsil etmektedir." Özel, a.g.e., s. 176.

¹⁴⁵ Özel, a.g.e., s. 175; George A. Bermann, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", **Conflict of Laws in International Arbitration**, Ed.Franco Ferrari/Stefan Kröll, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, s. 328.

¹⁴⁶ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, Kluwer Law International, C. 3, 2014, (Arbitration), s. 3659; Mark A. Buchanan, "Public Policy and International Commercial Arbitration", **American Business Law Journal**, C. 26, S. 3, 1988, s. 514. Ayrıca Özel, sonraki sayfada kavram üzerinde henüz bir fikir birliğinin oluşmadığından ve ulusötesi kamu düzeni kavramıyla milletlerarası kamu düzeni kavramının özdeş olarak kullanıldığından da bahsetmektedir. Özel, a.g.e., s. 176. Ayırt edici olması bakımından söz konusu kavram, bundan sonraki bölümlerde tarafımızca da Özel'in nitelendirildiği şekilde kullanılacaktır.

¹⁴⁷ Özel, a.g.e., s. 175.

¹⁴⁸ Altuğ/Yasan, a.g.e., s. 142. Aynı yönde bkz. Buchanan, a.g.e., s. 514.

¹⁴⁹ "*Belli bir milli sistemde, iç kamu düzeni olarak, sonra da emredici bir kuralla milletlerarası diye nitelendirilse bile, onlar kendi doğal ortamında ve daima milli sisteme ait olacaklardır.*" Kemal Dayınlarlı, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları**, Gözden geçirilmiş, güncelleştirilmiş, genişletilmiş 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, (Tahkim ve Kamu Düzeni), s. 92-93. İki kavramın farklılıklarına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Winnie (Jo-Mei) Ma, "Public Policy in the Hudical Enforcement of Arbitral Awards: Lessons for and From Australia", **A Thesis From Bond University for the Degree of Doctor of Legal Science**, 2005, s. 87.

milletlerarası karakterli olması sebebiyle uygulamaktan imtina etmiş; Fransız Hukuku'na uygun olan altın üzerinden ödeme şartını geçerli saymıştır¹⁵⁰.

Özetlenecek olursa kamu düzeni kavramının milli-milletlerarası şeklinde ayrılmasının ardında yatan temel amaç kamu düzeninin ülkeden ülkeye değişkenlik göstermesi ve bu sebeple milletlerarası ticaretin sekteye uğrama ihtimalidir. Aksi düşünüldüğünde, bir ülkede hakem ya da mahkeme tarafından verilecek bir karar, diğer bir ülkenin kamu düzenine aykırı olabilir ve icrası kabil olmayan kararlar ortaya çıkabilir. Milletlerarası kamu düzeninin kabul edildiği bir hukuk sisteminde ise kamu düzeni anlayışları arasındaki farklılık bir nebze olsun giderilebilir ve kamu düzeni müdahalesi daha esnek ve daha az sınırlayıcı bir rol üstlenebilir.

C. Ulusötesi Kamu Düzeni

Ulusötesi kamu düzeni olarak adlandırılan kavram doktrinde “*Gerçek Milletlerarası Kamu Düzeni*” olarak da ifade edilmektedir¹⁵¹.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde *milletlerarası kamu düzeni* adıyla da anılan *ulusötesi kamu düzeni*, özellikle milletlerarası hukukta geçerli olan bazı ilkelerle birlikte iyi niyet, adalet ve dürüstlük kurallarını da içine almaktadır. Bunun dışında esir ticareti, kölelik, terörizm, din, ırk ve cinsiyet ayrımı¹⁵² ile rüşvet ve yolsuzluk, tazminatsız kamulaştırma ve çocuk pornosu¹⁵³ gibi milletlerarası camianın ortak değerlerini de korumayı amaçlamaktadır. Söz konusu kavramın temelinde milletlerarası alanda uyulması zorunlu olduğu kabul edilen ortak etik ve ahlâk prensipleri yatmakla birlikte aynı kavram, ulusal mahkemelerin yanında milletlerarası ticaret alanında tahkim yargılaması görevini ifa eden hakemlerin uymak zorunda oldukları asgari kuralları ifade etmek için de kullanılmaktadır¹⁵⁴. Bir önceki başlıkta belirtildiği üzere *milletlerarası kamu düzeni*, milli hukukun bir parçası olmakla birlikte bir devletin milletlerarası ticarete bakışını ve kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır. Ulusötesi kamu düzeninin ise hakimlerin yanı sıra hakemlerin de uymakla yükümlü olduğu ortak hukuk kaideleri ve

¹⁵⁰ Dayınlarlı, a.g.e., s. 97.

¹⁵¹ Dayınlarlı, a.g.e., s. 92. Söz konusu kavramlar, milletlerarası özel hukuk camiasınca da Türkçe kullanımına eşdeğer olacak şekilde “*Transnational*”, “*Truly International*” gibi tabirlerle anılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Lalive, a.g.e., s. 258.

¹⁵² Şanlı, a.g.e., s. 390.

¹⁵³ Özel, a.g.e., s. 176.

¹⁵⁴ Özel, a.g.e., s. 177; Gürzumar, a.g.e., s. 22; Buchanan, a.g.e., s. 514; Lalive, a.g.e., s. 11.

ortak değerlerden oluştuğu söylenebilir. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ile ulusötesi kamu düzeni arasındaki farklılıklara ilişkin olarak aşağıdaki tabloda bir inceleme yapılmıştır¹⁵⁵.

Kamu Düzeni	Milletlerarası (<i>International</i>)	Ulusötesi (<i>Transnational</i>)
Farklılıklar	Milli hukukun bir parçasıdır. (Her devletin kendisine özgü bir yapısı vardır.)	Milli hukukun bir parçası olmak zorunda değildir. (Kendine özgü bir yapısı yoktur. Genel kaidelerden oluşur.)
	Uygulanması taraflarca seçilen hukuka bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. (<i>for</i> hukuku ya da yabancı hukuk)	Uygulanması <i>lex mercatoria</i> 'ya veya uluslararası hukukta kabul edilen ilkelere göre değişkenlik gösterir. (<i>for</i> hukuku – yabancı hukuk ayrımı yoktur.)
Benzerlikler	Her iki kavram da tahkimin sınır aşan etkilerinden kaynağını almaktadır.	

Ulusal mahkemelerin aksine hakemler bir *lex fori*'ye bağlı değildir. Diğer bir deyişle tahkim yargılamasında hakemlerin bağlı oldukları bir milli hukukları yoktur. Ulusötesi kamu düzeni özellikle milletlerarası ticari alanda tahkim yargılamasında görevli hakemlerin uymak zorunda oldukları, milli kamu düzenlerinden bağımsız bir kamu düzeni anlayışını ifade etmek için kullanılmaktadır. Hakemler, tahkim yargılamasının başladığı andan itibaren bu asgari kuralları gözetmekle yükümlü kılınmaya çalışılmaktadır. Öte yandan bu standartların iptal davası sırasında tahkim yeri ve tenfiz davası sırasında tenfiz ülkesi mahkemesi hakimlerince de dikkate alınmasının

¹⁵⁵ Tablo Ma'nın eserinden esinlenilerek aktarılmıştır. Ma, a.g.e., s. 87.

modern tahkim anlayışına uygun düşeceği dile getirilmektedir¹⁵⁶. Bu anlayışın temelinde hakem kararlarına etkinlik kazandırmak suretiyle, milletlerarası ticari güvenliğin ve istikrarın sağlanması yatmaktadır¹⁵⁷. Bunun sonucu olarak bir ülkede verilen hakem kararına karşı, tahkim yeri ülkesinde iptal edilme ya da tenfiz ülkesinde tenfiz edilmeme gibi yaptırımların önüne geçilebilir; çok uluslu şirketler, yaptıkları sözleşmelerde tahkim şartına daha rahat yer verebilir; devlet yargısından daha hızlı bir yargılama yöntemi olması sebebiyle milletlerarası ticari hayatın dinamizmi de sağlanabilir. Kaldı ki milletlerarası ticari alanda söz sahibi olan şirketler de sözleşme akdettikleri şirketlerin ülkesindeki mahkemelere güvenme eğilimde değildir. Aynı durum, sözleşmenin daha zayıf tarafı olarak tabir edebileceğimiz alıcı konumundaki küçük şirketler için de geçerlidir. Bu tip küçük şirketlerin, hakları hakkında bilgi sahibi olmadıkları bir devletin mahkemesi karşısında savunmasız kalabilmeleri de muhtemeldir. Dolayısıyla bazı asgari standartlar belirlemek suretiyle tahkim yargılamasına işlevsellik kazandırmak milletlerarası ticaretin önemli ihtiyaçlarından biri haline gelmektedir. Ulusötesi kamu düzenine olan ihtiyacın tam da bu noktada vücut bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Söz konusu anlayış içerisinde menfaat dengelerinin gözetilmesi, tarafların eşitliği, hakemin tarafsızlığı, sözleşmenin etik ve ahlâka uygun olması gibi amaçlar ön plana çıkmaktadır¹⁵⁸. Kısacası hakemlerin tahkim yargılaması sırasında ve kararlarını verirken daha sorumlu davranması ve uyuşmazlıklara geniş bir açıdan bakması gerekmektedir. Bununla birlikte, tecrübeli hakemler bu tip ilkeleri tahkim yargılaması esnasında ve karar aşamasında gözetmekte; diğer bir deyişle milletlerarası temel ilke, etik ve değerlere riayet etmektedir diyebiliriz¹⁵⁹.

Milletlerarası Hukuk Kurulu (ILA), 2/2002 numaralı tavsiye kararında¹⁶⁰ milletlerarası kamu düzeni kavramından bahsetmektedir. Bu bağlamda Kurul, bir devletin temel adalet ve ahlâk prensiplerine, ülkesel menfaatlerini gerçekleştirmek amacıyla

¹⁵⁶ Lalive, a.g.e., s. 29.

¹⁵⁷ Özel, a.g.e., s. 177.

¹⁵⁸ Özel, a.g.e., s. 177.

¹⁵⁹ “Bu itibarla hakemler milletlerarası camiada eşitlik ve tarafsızlığı korumak adına kamu düzeni prensiplerini uygulamayı ilke edinmişlerdir.” Özel, a.g.e., s. 177.

¹⁶⁰ *International Law Association Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitration Awards*. E.T.: https://works.bepress.com/winnie_ma/2/2/download/, E.T.: 23.03.2017. İlgili karar için ayrıca bkz. Özel, a.g.e., s. 177.

çıkardığı müdahaleci kurallara ve devletlerin birbirleri arasında veya milletlerarası kuruluşlara karşı yükümlülüklerine gönderme yaparak ulusötesi kamu düzeni anlayışını somutlaştırmaya çalışmıştır¹⁶¹. Müdahaleci normların yanı sıra bir devletin akdettiği milletlerarası andlaşmalardan kaynaklanan, diğer devletlere ya da milletlerarası kuruluşlara karşı milletlerarası sorumlulukları da milletlerarası kamu düzeni kapsamı içine alınmıştır¹⁶².

D. Birlik Kamu Düzeni

Günümüz dünyasında devletler ortak birtakım siyasi, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek adına birlikler kurmakta ve egemenlik yetkilerinin bir kısmını da bu ulusüstü (*supra-national*) birliklere bahşetmektedirler. Bu birlikler, üye devletler arasında işbirliği ve dayanışma sağlayarak bu tip ortak amaçları gerçekleştirme gayesi gütmektedir. Üye devletler, birlik organları tarafından konulan kuralları, iç hukuk kuralı gibi kabul etmekte ve uygulamakta; hatta bazı kuralları iç hukuk kurallarından üstün saymaktadırlar. Ulusüstü nitelik taşıyan birlik organları tarafından konulan ve tüm üye devletler tarafından kabul edilmiş bu tip kurallar milletlerarası alanda geçerli bir kamu düzeni anlayışının neresinde yer alabilir?¹⁶³

Bu tip bir ortak amaç çevresinde örgütlenmiş bir birliğin olduğu yerde kamu düzeni anlayışının da mevcut olması kaçınılmazdır. Bu birliklerin en tipik örneği günümüzde Avrupa Birliği (AB)'dir. Avrupa Birliği Kurucu Andlaşması'nda (ABKA)¹⁶⁴ yer alan ve tüzük ile yönergelerde kabul edilen kurallar, üye devletlerde iç hukuk kuralı gibi bağlayıcı olmakta; hatta iç hukuk kurallarından daha üstün bir konumda bulunmaktadır. AB Hukuku'nda geçerli "*döviz kontrol kuralları, fiyat ayarlama kuralları*¹⁶⁵" gibi kurallar ile sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımına, rekabet hukukuna vb. bazı kurallar birlik kamu düzeninin çehresini oluşturmaktadır. Bu sebeple hakimlerin ya da hakemlerin yargılama esnasında birlik kamu düzeni kurallarını da dikkate alması gerekmektedir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmeye uygulanacak

¹⁶¹ Özel, a.g.e., s. 177-178; Resolution 2/2002 m. 1(d)

¹⁶² Özel, a.g.e., s. 178.

¹⁶³ Şanlı, a.g.e., s. 384-385.

¹⁶⁴ Consolidated versions of the Treaty on European Union signed 13 December 2007. Er.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012M/TXT&from=EN>, E.T.: 04.06.2016. AB Andlaşmaları ve konsolidasyonlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kamuran Reçber, **Avrupa Birliği Hukuku ve Temel Metinleri**, 2. Baskı, Dora Basım-Yayın, Bursa, 2013, s. 35-58.

¹⁶⁵ Özel, a.g.e., s. 178.

hukuktaki ilgili maddelerin birlik amaçlarına aykırı düşmesi durumunda birlik kamu düzeninin müdahalesi ortaya çıkabilir ve iç hukuktaki düzenlemeler yerine AB Hukuku'nun ilgili hükümleri olaya tatbik edilebilir¹⁶⁶.

IV. KAMU DÜZENİNİN MÜDAHALESİNİ GEREKTİRMEYEN DURUMLAR VE YABANCI KAMU DÜZENİ

A. Genel Olarak

Bu başlık altında milletlerarası özel hukuk tekniği açısından kamu düzeni müdahalesine gerek kalmayan durumlardan bahsedilecektir. Bu sebeple ilk olarak yabancı hukukun tatbikinde olduğu gibi yabancı mahkeme ya da hakem kararlarının tanınması/ tenfizi sırasında da etkisini gösteren müdahaleci normlar hakkında bilgi verilecek ve kamu düzeniyle ilişkisi ortaya konacaktır. İkinci olarak yabancı unsurlu olan uyuşmazlıklara doğrudan çözüm getiren maddi milletlerarası özel hukuk kurallarından bahsedilecek; kamu düzeni ve müdahaleci normlarla ilişkisi ele alınacaktır. Üçüncü olarak yabancı unsurlu uyuşmazlığa Türk Hukuku'nun tatbikini zorunlu kılan tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralları açıklanacak ve kamu düzeniyle olan ilişkisi irdelenecektir. Son olarak ise Türk mahkemelerinde yabancı kamu düzeninin etkisine değinilecektir.

B. Müdahaleci Normların Varlığı

Yabancı hukukun tatbikinin önündeki diğer bir mesele ise müdahaleci normların varlığı halidir. Müdahaleci normlar ya da doktrinde anılan diğer ismiyle doğrudan uygulanan kurallar, nitelik itibariyle pozitif hukuk kurallarıdır ve ihtilâfin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın öncelikli olarak uygulanmaktadır¹⁶⁷. Başka bir deyişle kanunlar ihtilâfi kurallarına nazaran özel norm niteliğindedir¹⁶⁸. Bu kuralların

¹⁶⁶ Şanlı, a.g.e., s. 387. Birlik kamu düzeni, doktrinde Avrupa kamu düzeni olarak bahsedilen kavramdan farklı bir çehreye sahiptir. Birlik kamu düzeni AİHS ve ABKA ile güvence altına alınan insan hakları ile yakından ilgilidir ve devletlerin bu haklar üzerindeki kısıtlamalarına yönelik ortaya çıkmış bir kavramdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Okay Tekinsoy, "Avrupa Kamu Düzeni Kavramı", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011. Ancak belirtildiği gibi Birlik kamu düzeni, bu hakların yanı sıra ABKA ile hedeflenen ortak pazarın korunmasına ilişkin kuralları da kapsamaktadır. Bunun yanı sıra AB yetkili makamlarınca çıkarılan tüzükler ve diğer bağlayıcı metinlerle de bu ortak amacın gerçekleştirilmesine yönelik ve Birlik kamu düzeni kuralı olarak addedilebilecek kurallar getirilebilir.

¹⁶⁷ Nomer, a.g.e., s. 183; Okezie Chuckwumerije, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, Greenwood Publishing Group, 1994, s. 180.

¹⁶⁸ Tekinalp, a.g.e., s. 59; Andrew Barraclough/Jeff Waincymer, "Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration", **Melbourne Journal of International Law**, C. 6, 2005, s. 2, (Esere online olarak ulaşılmış olup içerisinde sayfa numarası bulunmadığından, eserdeki sayfa numarasına göre belirtilmiştir).

bazısı salt kamu hukuku alanını ilgilendirmekte ise de sözleşme serbestisinin egemen olduğu özel hukuk ilişkilerinde etkisini gösteren kuralların sayısı da bir hayli fazladır. Bu tip kurallar her şeyden önce devletin siyasi ve ekonomik politikalarının bir ürünü olmakla birlikte gücünü kamu ve toplum menfaatini gözetmesinden almaktadır¹⁶⁹. İthalat-ihracat yasakları¹⁷⁰, kambiyo mevzuatı¹⁷¹, döviz ve sermaye piyasasına ilişkin (*Döviz kontrol kuralları*¹⁷²) kurallar ile Tapu Kanunu'nun yabancıların taşınmaz edinmelerine sınırlamalar getiren birtakım hükümler müdahaleci norm niteliğinde görülmektedir ve ilişkinin yabancılık unsuru içerip içermediğine bakılmaksızın doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Bunun sonucunda sözleşmenin tarafları yabancı hukuku yetkilendirerek Türk kanun koyucusu tarafından getirilmiş bu sınırlamaları bertaraf edememekte; sözleşmeye tatbik edilecek hukuk hangi devlet hukuku olursa olsun söz konusu kuralların Türk hakimi ya da hakemler tarafından göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle müdahaleci normlar özel hukuk alanında irade serbestisi ilkesine getirilmiş diğer bir istisna hali olarak nitelendirilmektedir.

Şanlı'nın belirttiği üzere 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu¹⁷³ uyarınca GSM şirketlerine, kanundaki şartlar gerçekleştiği takdirde birbirleri ile ara bağlantı ve roaming sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Buradaki sözleşme yapma mecburiyetindeki nihai amaç serbest piyasa rekabetinin sağlanmasıdır. Keza, 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu¹⁷⁴ uyarınca bazı kültür varlıklarının alım-satımı ve yurtdışına çıkarılması yasaklanmış bulunmaktadır¹⁷⁵. Bu hükmün nihai amacı ise Türkiye Cumhuriyeti ve Osmanlı tarihine, mirasına ve kültürüne sahip çıkma

Er.: http://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0003/1681167/Barraclough-and-Waincymer.pdf, E.T.: 22.06.2016.)

¹⁶⁹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 7; Barraclough/Waincymer, a.g.e., s. 3; Mustafa Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2011, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), s. 84. Bu tip kurallara örnek olarak akıl hastalığı nedeniyle evlenmeyi yasaklayan TMK'nın 145/3 hükmü ile hakimin fahiş cezayı indirebileceğine ilişkin TBK'nın 182/3 hükmü örnek verilmektedir. Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, (Yetkili Hukuk), s. 57.

¹⁷⁰ İthalat-ihracat işlemleri ve ihracat türlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, a.g.e., s. 419-448.

¹⁷¹ Erkan, a.g.e., s. 91; Ayoğlu, a.g.e., s. 120.

¹⁷² Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 8. Döviz ve kambiyo kavramları ile kambiyo kontrolü ve mercileri hakkında geniş açıklamalar için bkz. Ekşi, a.g.e., s. 199-243.

¹⁷³ R.G. 21.02.1924 – 59.

¹⁷⁴ R.G. 23.07.1983 – 18113.

¹⁷⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 8-9. Kültür varlıklarının milletlerarası alanda korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınları, 1998, (Kültür Varlıkları).

gayesidir. Taraflar yabancı bir hukuku yetkilendirerek, söz konusu taşınırların yurtdışına çıkarılmasına yönelik bir sözleşme akdedemezler. Özdemir Kocasakal, iş hukuku alanında vücut bulmuş bazı kuralların da müdahaleci norm niteliğinde olduğuna değinmektedir¹⁷⁶. Bu kuralların arkasında yatan temel gaye ise devletin işçilere tanıdığı asgari koruma kriterlerinin vatandaş-yabancı ayrımı gözetmeksizin herkese uygulanması fikridir. İşçi ve işveren, akdettikleri sözleşmede söz konusu asgari kriterleri işçi lehine olacak şekilde düzenleyebilmekte; ancak bu kriterleri işçinin aleyhine değiştiren sözleşme hükümleri yabancı unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın geçersiz sayılmaktadır¹⁷⁷.

1. Müdahaleci Normlar ile Kamu Düzeni Arasındaki İlişkisi

Müdahaleci normların varlığının temelinde bir ülkedeki kamu düzeninin korunması fikri de yatmaktadır. Her iki kurum da bir devletlerin siyasi, ekonomik veya toplumsal amaçlarının yerine getirilmesi amacıyla vücut bulmuş olsa dahi aralarında teknik açıdan farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılaşma her şeyden önce milletlerarası özel hukuk tekniği açısındandır. Kaldı ki iki kurum MÖHUK'ta farklı maddelerde düzenlenmiştir. Kamu düzenine aykırılık MÖHUK md. 5; Türk Hukuku'nun müdahaleci normları (*doğrudan uygulanan kurallar*) MÖHUK md. 6 ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları ise MÖHUK md. 31'de zikredilmektedir. *Lex causae*'nin müdahaleci normları hakkında ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

a. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Normların Aynı Olduğu Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar¹⁷⁸ müdahaleci normların kamu düzeninden bir farkının olmadığını; bu tip kuralların, kamu düzeni istisnasının kanunlar nezdinde vücut bulmuş halinden ibaret olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu yazarlara göre tek başına kamu düzeni müdahalesi; müdahaleci normların sağladığı korumayı sağlamaya yeterli bir araçtır. Müdahaleci normlar ise kamu düzeni istisnasının yasama faaliyetleri ile ortaya çıkmış bir halidir. Kısaca denilebilir ki müdahaleci normlar bu yazarlara göre kamu düzeni istisnasının kanunlar nezdinde somutlaşmış halidir ve kamu düzenini ilgilendiren

¹⁷⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, (Doğrudan Uygulanan Kurallar), s. 25.

¹⁷⁷ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 25.

¹⁷⁸ Söz konusu yazarlar için bkz. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 29, dpn. 137

kuralların uygulanmasının *garanti edilebilmesi* amacıyla getirilmiş bulunmaktadır. Bu ilk görüş günümüz yazarları tarafından terk edilmiştir¹⁷⁹.

b. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Normların Yalnızca Fonksiyon Farklılıklarının Bulunduğuna İlişkin Görüş

Diğer bir görüşe¹⁸⁰ göre müdahaleci normlar ve kamu düzeni müdahalesinin gerçekleştirmek istediği amaçlar aynı olmakla birlikte müdahaleci normların amacı kamu düzenine nazaran daha özel niteliktedir. Kamu düzeni müdahalesi bir devletin genel çıkarlarını korumaya yönelik, yabancı ülkelerde de benzerlerine rastlanılabilecek bazı genel çıkarları korurken müdahaleci normlar ise her bir devlete özgü, diğer hukuk sistemlerinde benzerine rastlanılmayacak nitelikteki özel çıkarları korumaktadır. Bu yazarlar ayrıca müdahaleci normları, kamu düzeninin olumlu etkisi olarak da adlandırmaktadır¹⁸¹.

c. Kamu Düzeni ve Müdahaleci Normların Farklı İki Kurum Olduğuna Dair Görüş

Modern milletlerarası özel hukuk görüşü ise iki kurumun gerçekleştirmek istediği amaçlar bakımından benzer olmasına rağmen, farklı yapıda ve farklı unsurlara sahip olduğunu vurgulamaktadır. Bu farklılıklar şu şekilde özetlenmektedir¹⁸²:

** Öncelikle kamu düzeninin asıl etkisi, yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf edici, olumsuz bir etkidir. Kamu düzeninin olumlu etkisi, yabancı hukukun uygulanamamasından doğan boşluğu gidermeye yönelik, tali bir niteliğe sahiptir. Müdahaleci normlar ise doğrudan maddi hukuku ilgilendiren ve asıl olarak olumlu etkiye sahip bir kurumdur¹⁸³.*

** Kamu düzeni, Türk kanunlarının güttüğü temel siyaset, Türk genel ahlâk ve adap anlayışı gibi genel, yazılı olmayan çıkarları koruyucu bir amaca hizmet eder. Bunun yanı*

¹⁷⁹ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 29.

¹⁸⁰ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 30.

¹⁸¹ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 30; Mehmet Kösoğlu, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, İstanbul, 2008, s. 153. Doktrinde kamu düzeninin metotsal yönden iyileştirici (*therapeutic*), müdahaleci normların ise engelleyici (*preventive*) bir rolü olduğundan da bahsedilmektedir. Anne Sophie-Papeil, “Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration”, **Conflict of Laws in International Arbitration**, Ed.Franco Ferrari/Stefan Kröll, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011, s. 355.

¹⁸² Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 32-34.

¹⁸³ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 32; Sophie-Papeil, a.g.e., s. 355; Kösoğlu, a.g.e., s. 153.

sıra müdahaleci normlar belirli, spesifik bir amacı gerçekleştirmeye yönelik konulurlar ve bu tip kurallar, ülke politikasının birer ürünüdür.

Özdemir Kocasakal, bu farklılığı ortaya koymak üzere doktrinde kamu düzeni müdahalesinin “*kamu düzeni prensipleri*” , müdahaleci normların ise “*kamu düzeni kanunları*” olarak adlandırıldığını da belirtmektedir¹⁸⁴.

** Kamu düzeni müdahalesinden bahsedebilmek için meşru bir gerekçenin varlığı hakim tarafından gözetilmek durumunda iken; müdahaleci normların mevcut olduğu bir uyumsuzlukta hakim veya hakemler, bu kuralları doğrudan uygulamakla yükümlüdür. Diğer bir deyişle bu kuralların uygulanma sebebi, bizzat kuralın konulmuş olmasıdır. Hakim veya hakemler, bu kuralları uygularken bir değerlendirmede bulunmazlar¹⁸⁵.*

** Kamu düzeni müdahalesi, tahkim yargılaması hariç olmak üzere, yalnızca lex fori 'nin temel ilkelerine aykırılık halinde vücut bulur. Ancak, müdahaleci normlar söz konusu olduğunda hakim, başka bir devletin bu tip kurallarını da dikkate almakla yükümlüdür¹⁸⁶.*

** Müdahaleci normlar özel hukuktaki etkisini, genel olarak sözleşme serbestisine getirilen bir kısıtlama hali olarak gösterirken; kamu düzeni belli bir ülkenin kültürü, örf ve âdetleri ile de yakından ilgilidir. Sözleşmeler hukukunun yanı sıra aile hukuku, kişiler hukuku gibi alanlarda da etkisini gösterir¹⁸⁷.*

** Müdahaleci normların uygulanması için, yabancı hukukla Türk Hukuku'nun karşılaştırılmasına gerek yoktur. Ancak kamu düzeni müdahalesinde hakim, yabancı kanun hükmünün, Türk Hukuku anlayışı ile karşılaştırmasını yapacak ve sonuçlarını öngörmek durumunda kalacaktır¹⁸⁸.*

Yukarıda genel ve soyut olarak aktarılan nitelendirmeler ışığında denilebilir ki; kamu düzeni ile müdahaleci normlar arasında uygulama önceliği bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Bir özel hukuk sözleşmesinin, müdahaleci bir normun düzenleme alanına girmesi ve bu maddi kuralın olaya tatbik edilmesi durumunda kamu düzeni müdahalesine

¹⁸⁴ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 32.

¹⁸⁵ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 33; Kösoğlu, a.g.e., s. 154.

¹⁸⁶ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 33; Kösoğlu, a.g.e., s. 154.

¹⁸⁷ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 33, Kösoğlu, a.g.e., s. 153.

¹⁸⁸ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 34.

ihtiyaç kalmayabilecektir¹⁸⁹. Diğer bir deyişle bir hukuki uyumsuzluk hakkında karar verirken hakimin öncelikle, aynı konuda bir müdahaleci normun olup olmadığını tespit etmesi; böyle bir kuralın bulunmaması durumunda ise kamu düzenini devreye sokması gerekmektedir.

Türk hakimi karar verirken, MÖHUK md. 6 uyarınca *lex fori*'nin müdahaleci normları ile bağlıdır. Modern milletlerarası özel hukuk ve Türk doktrinince kabul edilen genel görüş uyarınca hakim, *lex contractus*'un müdahaleci normlarının yanı sıra MÖHUK md. 31 uyarınca üçüncü bir ülkenin müdahaleci normlarını da, gerekli gördüğü takdirde olaya tatbik edecektir¹⁹⁰. Bu hukuk, sözleşme ile ilişkisi olan üçüncü bir devletin hukuku olabileceği gibi muhtemel tenfiz ülkesi hukuku da olabilecektir¹⁹¹. Tahkim yargılaması esnasında hakemlerin de milletlerarası işbirliği, hukuki bütünlük ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması amacıyla, tahkim yerinin yanı sıra diğer ülkelerin (muhtemel tenfiz ülkesi vb.) müdahaleci normlarını da dikkate alarak karar tahsis etmesinin yerinde olacağı söylenmektedir¹⁹².

Tahkim yargılamasının ikinci ayağını oluşturan iptal davasında Türk hakimi, hakem kararını 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)¹⁹³ md. 15'te sayılan sebepler açısından irdelenecektir. MTK'da müdahaleci normlara ilişkin özel bir düzenleme mevcut olmayıp MTK md. 15/A-2-b uyarınca hakem kararı, kamu düzenine aykırılık bakımından değerlendirmeye tabi tutulabilir. Bu sebeple hakim, müdahaleci normlara aykırı bir hakem kararını kamu düzenine aykırı bularak iptal edebilir. Burada hakimin esas alacağı müdahaleci kurallar kural olarak, *lex fori*'nin müdahaleci kurallarıdır.

Tahkim yargılaması sonrası son aşama ise kararın tenfizi aşamasıdır. Türk Hukuku'nda yabancı hakem kararlarının tenfizi New York Sözleşmesi'nde ve MÖHUK

¹⁸⁹ Aynı yönde bkz. Akıncı, **Yetkili Hukuk**, a.g.e., s. 57; Kösoğlu, a.g.e., s. 153-154.

¹⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 52-142; Demirkol, a.g.e., s. 22-23.

¹⁹¹ Sözleşmeyle sıkı ilişki içinde olan üçüncü ülkenin değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan, a.g.e., s. 106-109.

¹⁹² Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 72-75; Bermann, a.g.e., s. 336.

¹⁹³ R.G. 05.07.2001 – 24453. Kanunun hazırlık çalışmaları ve kanun hakkında genel değerlendirme için bkz. Nuray Ekşi, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003, (Değerlendirme). Kanunun özellikleri hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. Vedat Reşit Seviğ, "Milletlerarası Tahkim Kanununun Özellikleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002.

md. 60-63 arasında düzenlenmiştir. İki düzenlemede de müdahaleci normlara ilişkin özel bir hüküm bulunmayıp Türk hakimi New York Sözleşmesi md. V/2-b ve MÖHUK md. 62/1-b uyarınca müdahaleci normlara aykırı bir hakem kararını kamu düzeni denetiminden geçirebilecektir.

C. Maddi Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Varlığı

Maddi milletlerarası özel hukuk kuralları, tıpkı müdahaleci normlar gibi somut bir çözüm içeren kurallardır. Bu kuralların müdahaleci normlardan farkı ise müdahaleci normlar ihtilâfin yabancı unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan uygulama alanı bulurken, maddi milletlerarası özel hukuk kuralları kanun koyucu tarafından yalnızca yabancı unsurlu ilişkilere uygulanmak üzere düzenlenmektedir¹⁹⁴. Bu kurallar da hakim tarafından kanunlar ihtilâfi kurallarına nazaran öncelikli olarak uygulanmak durumundadır ve istisnai niteliklidir. Diğer bir deyişle hakim, olaya tatbik edilecek müdahaleci norm veya maddi milletlerarası özel hukuk kuralı bulamadığı takdirde, kanunlar ihtilâfi kurallarından yararlanacaktır¹⁹⁵. Kamu düzeni müdahalesi ise kanunlar ihtilâfi kurallarının yabancı unsurlu ihtilâfa tatbikinin ardından ortaya çıkan bir araçtır. Bu sebeple bir konuda maddi milletlerarası özel hukuk kuralının bulunması hali, kamu düzeni müdahalesinin bir istisnasını teşkil etmektedir.

Diğer bir ayrım da söz konusu kuralların gerçekleştirmek istediği amaç bakımından ortaya çıkmaktadır. Müdahaleci normlar bir devletin ekonomik, siyasi ve sosyal amaçlarını gerçekleştirmek üzere çıkarılmakta iken; maddi milletlerarası özel hukuk kuralları “uluslararası çıkarları¹⁹⁶” gerçekleştirme amacına hizmet etmektedir¹⁹⁷. Örneğin 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun¹⁹⁸ md. 22/2 “eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye belediye evlendirme memurları ile nüfus müdürleri yetkilidir.” şeklindedir. MÖHUK md. 20/3, mirasçısız terekenin devlete kalacağını hükme bağlamıştır ve tipik bir maddi milletlerarası özel hukuk kuralı niteliğindedir¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Bu tip kuralların yalnızca kanun koyucu tarafından düzenlenmediği de söylenebilir. Milletlerarası anlaşmalar da maddi milletlerarası özel hukuk kurallarına örnek teşkil edebilir. Demirkol, a.g.e., s. 11.

¹⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 8-9; Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 37-38.

¹⁹⁶ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 38.

¹⁹⁷ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 38.

¹⁹⁸ R.G. 29.04.2006 – 26153.

¹⁹⁹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 6.

D. Tek Taraflı Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Varlığı

Kanunlar ihtilâfı kurallarının bir bölümü, yalnızca kendi milli hukukuna atıfta bulunmaktadır. Bu kurallar, tıpkı çok yönlü kurallar gibi gösterici niteliktedir ancak yetkilendirdiği hukuk, yalnızca kendi maddi hukuk sistemidir. Bu tip kurallar istisnai niteliktedir ve hakim hukukunu olaya tatbik etme amacını gütmektedir. Çok yönlü kurallar ise yabancı unsurlu hukuki ilişkiye, bir bağlama noktası belirleyerek çözüm getirirler. MÖHUK md. 10/3²⁰⁰ ve md. 11'in ikinci cümlesi²⁰¹ tek taraflı kanunlar ihtilâfı kuralına birer örnek teşkil eder²⁰².

Tek taraflı kanunlar ihtilâfı kurallarının konuluş gayesi, belli durumlar için kendi hukuk sisteminin uygulanmasını garanti altına alması ve kamu düzeni düşüncesidir. Tek taraflı gösterici kanunlar ihtilâfı kuralının uygulandığı bir uyuşmazlıkta kural olarak kamu düzenine aykırılıktan bahsedilememektedir. Çünkü kamu düzeni müdahalesinde hakim, yetkili bir yabancı hukuku olaya tatbik etmekte ve bu maddi hukukun tatbiki neticesinde ortaya çıkan somut durumu değerlendirmektedir. Tek taraflı kuralların uygulandığı bir uyuşmazlıkta ise zaten olaya tatbiki gereken bir yabancı hukuk mevcut değildir. Bu sebeple bu tip bir kuralın varlığı halinde kamu düzeni müdahalesinden bahsetmek mümkün olmamaktadır²⁰³.

E. Yabancı Kamu Düzeni

Yabancılık unsuru barındıran ve MÖHUK'un uygulama alanına giren bir davada yabancı hukuku olaya tatbik edecek olan hakim kural olarak yalnızca Türk Hukuku'nun kamu düzeni anlayışını dikkate alarak karar vermektedir. Bunun yanı sıra yabancı kamu düzenine aykırı bir hükmün, aynı zamanda Türk Hukuku'nun temel değerlerini veya dürüstlük ve ahlâk anlayışını da ihlal etmesi durumunda hakim kamu düzeni müdahalesini devreye sokması gerektiği belirtilmekle birlikte; bu durumda da aslında Türk kamu düzeninin olaya tatbik edildiği vurgulanmaktadır²⁰⁴.

²⁰⁰ “Vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık ve vesayete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tabidir.”

²⁰¹ “Milli hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye’de bulunması veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir.”

²⁰² Tekinalp, a.g.e., s. 25.

²⁰³ Çelikel/ Erdem, a.g.e., s. 144-145.

²⁰⁴ Nomer, a.g.e., s. 181-182. Yabancı hukukun, devam eden atıf neticesinde tatbik edildiği durumlarda hakim, Türk kanunlar ihtilâfı kuralları ile yetkili kılınan yabancı kamu düzenini de dikkate alması

Türk kamu düzeni kurallarının yanı sıra muhtemel tenfiz ülkesi (tarafların mutat meskenlerinin ya da mallarının bulunduğu ülke, hukuki işlemin gerçekleştiği ya da zararın meydana geldiği ülke vb.) kamu düzeni kurallarının da Türk hakimince araştırılması, taraf menfaatine ve karar ahengine hizmet eder nitelikte ve pozitif bir arayıştır²⁰⁵. Ancak günümüz Türk mahkemelerinin iş yükü ve hakimlerin yetkinliği ile kıyaslandığında bu tarz bir yaklaşımın yakın gelecekte mümkün görünmediği de düşünülebilir.

gerektiği hakkında görüşler mevcuttur. Nomer, a.e., s. 182. Yabancı kamu düzenine ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Doğan, a.g.e., s.229-230.

²⁰⁵ Yabancı kamu düzenine ilişkin hakemlerin, iptal ve tenfiz hakimlerinin sorumluluklarına ilişkin açıklamalar son bölümde yapılacaktır. Açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, Başlık IV/A-B-C, s. 65-78.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE TARAF İRADESİNE GETİRİLEN KISITLAMALAR

I. GENEL OLARAK

Tahkim yargılaması irade serbestisi ilkesine dayanan bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Tahkim yargılamasını bu denli cazip kılan belki de en önemli faktör taraflara, uyuşmazlığın çözümü konusunda geniş bir özgürlük alanı tanımasıdır. Tahkim sözleşmesi akdetmekle taraflar hakemleri seçmek, esasa ve usûle uygulanacak hukuku belirlemek suretiyle yargılamayı kendi iradeleri doğrultusunda şekillendirebilme olanağına kavuşmaktadır. Bu serbesti taraflara, yalnızca uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir çerçeve çizme yetkisi vermektedir. Bu çerçevenin sınırları içerisinde ise yargılamayı yürüterek, nihai kararı verecek kişiler ise tarafsız ve bağımsız hakemlerdir. Diğer bir deyişle hakemler, tarafların hizmetkarları konumunda değildir²⁰⁶.

Tahkimi şekillendiren herhangi bir evrensel kuralın mevcut olmayışı tahkim anlaşmasını, tahkim yargılamasının kaynağı haline getirmektedir²⁰⁷. Ancak bu tip kuralların yokluğu hakemlerin, tarafların belirledikleri hukuk dışında başka hiçbir kurala bağlı olmaksızın hareket edebileceği anlamını taşımamaktadır. Her ne kadar devletler, milletlerarası ticaretin önündeki engelleri kaldırma yolunda büyük adımlar atmış olsalar da hakem kararının icrası; iptal veya tenfiz davası sırasında ülke mevzuatlarının izin verdiği ölçüde mümkün olabilmektedir. Bu nedenle hakemlerin kararlarını verirken, ülkelerin kamu düzeni kuralları ile birlikte ilgili milli hukuklarda yer alan müdahaleci normları da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Hakemler, müdahaleci normlara aykırı bir uyuşmazlığın varlığı halinde davacının talebini reddedebilecektir. Aynı şekilde iptal ve tenfiz davası sırasında hakimler de, kural olarak *lex fori* müdahaleci normlarına aykırı bir uyuşmazlığı kamu düzenine aykırı bularak iptal edebilecek/tenfizini reddedebilecektir. Tekrar etmekte fayda vardır ki iptal veya tenfiz davası sırasında hakimler, müdahaleci normlara aykırı bir hakem kararını, kamu düzenine aykırılık

²⁰⁶ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 164.

²⁰⁷ Burak Huysal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 93.

gerekçesine dayanarak incelemektedir. Müdahaleci norm-kamu düzeni ilişkisi tam da bu noktada vücut bulmaktadır. Bu sebeple bu bölümde müdahaleci normlar hakkında bilgi verilmesinin faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Tahkim yargılamasının en önemli sonuçlarından birisi, hakem kararının icraîliği noktasında kendisini bulmaktadır. Bu sebeple bu başlık altında ilk olarak, hakemlerin taraf iradesi ile ülkelerin menfaatleri arasında denge kurarken²⁰⁸ uymak zorunda oldukları müdahaleci normlardan bahsedilecektir.

İrade serbestisi, her ne kadar tahkim yargılamasının temelini oluştursa da bahsi geçen irade taraflara, mutlak ve sınırsız bir biçimde tahsis edilmiş değildir. Devletlerin tahkime bakış açıları farklılık göstermekle birlikte tahkime yönelik en önemli irade kısıtlamalarından biri, tahkime başvurabilecek kişiler ile hangi tip uyuşmazlıkların tahkimin konusunu oluşturabileceği noktasında toplanmaktadır. Müdahaleci normların yanı sıra uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünün önündeki bir diğer engel de, kişi ve konu yönünden getirilen bu tip sınırlamalardır. Bu sınırlamalar milletlerarası özel hukuk alanında tahkime elverişlilik adıyla anılmaktadır. Tahkime elverişlilik, müdahaleci normların yanı sıra uyuşmazlığın tahkime götürülmesini başından engelleyen bir sınırlama hali olarak karşımıza çıkmaktadır. İki kavram arasındaki farkın ve kapsamın ortaya konulması açısından kısaca denilebilir ki kamu düzeni, yalnızca tahkime elverişli uyuşmazlıklar açısından göz önünde bulundurulması gerekli bir araçtır. Diğer bir deyişle, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlıkta zaten kamu düzeni denetiminden bahsetmeye gerek kalmamaktadır. Dolayısıyla bu bölümde ikinci olarak tahkime elverişlilik kavramına kısaca değinilecek; tarafların tahkim ehliyetine sahip olup olmaması bakımından subjektif tahkime elverişlilik, hangi tip uyuşmazlıkların tahkime götürülebileceğine ilişkin olarak da objektif tahkime elverişlilik kavramları üzerinde durulacaktır. Çalışmamızın kapsamı nedeniyle tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuka değinilmeyecektir²⁰⁹. Taraf iradesine getirilen kısıtlama hallerinden bir diğeri kamu düzeni kavramı ise son başlıkta incelenecektir.

²⁰⁸ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 164.

²⁰⁹ Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 51-59; Huysal, a.g.e., s. 345-415.

II. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE MÜDAHALECI NORMLAR

A. Genel Olarak

Tahkim yargılamasında belirleyici unsurun taraf iradesi olmasına karşın hakemler, verdikleri kararlarda devletlerin siyasi, sosyal ve ekonomik amaçlarla koymuş oldukları emredici kurallara da riayet etmek durumundadır. Bir hakem kararının icra edilebilmesi her şeyden önce, iptal ya da tenfiz davası sırasında milli mahkemelerin denetiminden geçebilme koşuluna bağlıdır. Hakimler de *lex fori*'nin müdahaleci normlarına aykırılık teşkil eden hakem kararlarını kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal etmekte ya da kararları tenfiz etmemektedir. Bu sebeptir ki hakemler, bazı ülkelerin müdahaleci normlarını da dikkate almak durumdadır. Bu noktada hakemlerin, taraf iradesine gösterdikleri saygıyla uyumsuzlukla bağlantılı devletlerin milli hukuklarının müdahaleci normları arasında bir denge kurması gerektiğinden bahsedilmektedir²¹⁰.

Müdahaleci normlar, devlet yargısında olduğu gibi tahkim yargılamasında da taraf iradesi ile bertaraf edilemeyecek nitelikte emredici hukuk kurallarıdır. Devletlerin ekonomik menfaatini ilgilendiren para birimi ve döviz kurallarının yanı sıra, siyasi amaçlarla getirmiş oldukları ambargo kuralları, bunun yanı sıra tarihi eserlerin korunmasına yönelik getirilmiş birtakım kurallar, veyahut çevre, hayvan ve bitkilerin korunmasına yönelik²¹¹ kurallar müdahaleci norm niteliğindedir denilebilir.

Tahkim yargılamasında esasa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, hakemlerin sözleşmeyle ilgisi bulunan diğer ülkelerin müdahaleci normlarından sıyrılması anlamını taşımamaktadır. Diğer bir deyişle hakemlerin, taraf iradesine rağmen ilgili ülkelerin müdahaleci normlarını dikkate alma sorumlulukları devam etmektedir²¹².

Belirtmek gerekir ki müdahaleci normlar, kaynağını bir ülkenin iç hukukundan alabileceği gibi, milletlerarası ya da ulusüstü bir kuruluşun koyduğu kurallardan da alabilmektedir. Bu anlamda Birleşmiş Milletler (BM), AB veya Uluslararası Para Fonu (IMF) gibi kurumlar tarafından getirilen bazı kurallar da müdahaleci norm niteliğinde olabilir. Örneğin AB Rekabet Hukuku kuralları ile BM tarafından alınan ambargo ve

²¹⁰ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 163-164.

²¹¹ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 164; Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, a.g.e., s. 84.

²¹² Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 165.

boykot kararları, milletlerarası alanda müdahaleci normlara birer örnek teşkil etmektedir²¹³.

Tahkim yargılamasında *lex fori*'den bahsedilemeyeceği için müdahaleci normların etkinliği, *lex contractus*'a ait olan ve olmayan müdahaleci normlar ayrımı altında ele alınacaktır.

B. Lex Contractus'un Müdahaleci Normları

Sözleşmeye uygulanacak hukuk anlamında kullanılan *lex contractus*, taraflar ya da hakemler tarafından belirlenebilir. Tarafların sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde söz konusu seçim hakemler tarafından yerine getirilecektir.

Lex contractus'a ait müdahaleci normların uygulanma kriteri söz konusu kuralların konuldukları ülkede; tümüyle iç hukuk meselelerini mi ilgilendirdiği yoksa milletlerarası ticari uyuşmazlıklar için de uygulanabilir mi olduğu ayrımına dayanmaktadır. Diğer bir deyişle hakemlerin, *lex contractus*'un müdahaleci normlarını değerlendirirken bu kuralların tümüyle iç hukuk meseleleri ile mi ilgili; yoksa milletlerarası alandaki menfaatleri korur nitelikte mi olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Bunun sonucunda hakemlerin, tümüyle iç hukuku ilgilendiren emredici nitelikte kuralları uygulama mecburiyetinin olmadığı söylenebilir. Buna karşılık, *lex contractus* ülkesinin milletlerarası menfaatini ilgilendiren bir kural söz konusu ise hakemler, taraf iradesine rağmen söz konusu kuralları uygulamakla yükümlüdür denilebilir²¹⁴.

Rekabet, ambargo ve boykot kuralları genel anlamda milletlerarası alanda etkili müdahaleci norm örnekleri olmakla beraber; iflas, kira, tüketici ve iş sözleşmeleri ile ilgili

²¹³ Huysal, a.g.e., s. 98-99.

²¹⁴ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 166; Huysal, a.g.e., s. 99. Türk mahkemelerinde ise, MÖHUK aracılığıyla belirlenen hukukun bir bütün olarak uygulanacağından bahisle *lex causae*'nin müdahaleci normlarına etki tanınacağı dile getirilmektedir. Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, a.g.e., s. 85, dpn. 27. Hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uygulanacak objektif bağlama kuralı yöntemlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, "Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, (Bağlama Kuralı), s. 579-580.

²¹⁴ Özdemir Kocasakal, uygulamada tarafların aksi iradesine rağmen hakemlerin *lex contractus* müdahaleci normlarına etki tanıdığını ifade etmektedir. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 274.

kurallar da iç hukuk alanında etkili müdahaleci normlara örnek olarak verilebilir²¹⁵. Sınırı net olmamakla birlikte hakemlerin, somut olayın özelliklerine ve kuralın getiriliş amacına bağlı olarak bir değerlendirme yapmak durumunda oldukları ifade edilebilir.

Özel, tarafların kısmi hukuk seçimi yapmaları, örneğin esasa uygulanmak üzere seçtikleri hukukun beğenmedikleri hükümlerinin uygulanmamasını istemeleri halinde hakemlerin nasıl bir yol izlemesi gerektiği hususunu kamu düzeni kriteri ile açıklamaktadır. Yazara göre tahkim yargılamasında aslolan taraf iradesi olduğundan, teorik olarak hakem ya da hakemler, tarafların istemedikleri hükümlerden de kaçınmak durumundadır. Ancak söz konusu hükümler kamu düzenini ilgilendirir nitelikte ise hakemler, bu kuralları uygulamakla yükümlüdür²¹⁶. Özdemir Kocasakal ise, müdahaleci normların taraf iradesi ile bertaraf edilmesini; esasa uygulanacak hukuk konusunda taraflara verilen özgür iradenin bir yansıması olarak görmektedir²¹⁷.

Lex contractus 'un hakemler tarafından belirlendiği bir durumda ise, söz konusu müdahaleci norm niteliğindeki kurallar uygulama alanı bulmaktadır²¹⁸. Dahası hakemlerin, esasa uygulanacak hukuku objektif kriterlere göre belirlerken uyuşmazlıkla bağlantısı olan diğer hukuk sistemlerindeki müdahaleci normları da göz önünde bulundurduğu söylenmektedir²¹⁹. Kocasakal, Kore Rekabet Hukuku ile AB Rekabet Hukuku müdahaleci normlarının uygulama alanını araştıran hakemlerin bu araştırma sonucunda uyuşmazlığa Kore Rekabet Hukuku'nun uygulanmasını kararlaştırdığı bir kararında; Kore Rekabet Hukuku'nun müdahaleci normlarının uygulanabilirliğine yönelik bir ön araştırma yaptığından bahsetmektedir²²⁰.

Bunun yanı sıra uygulamada hakemlerin; müdahaleci kuralları, taraf iradesine bakmaksızın uyguladıkları kararların mevcudiyetinden de bahsedilmektedir. 1978 yılında MTO hakem mahkemesi tarafından verilen bir kararda, Brezilyalı şirket ile Alman şirket arasında yapılan ve Brezilya Hukuku'na tâbi kılınan bir sözleşmede, gecikme faiz

²¹⁵ Huysal, a.g.e., s. 99. Bunun yanı sıra söz konusu sözleşmelere dayanan uyuşmazlıklar, günümüzde daha ziyade tahkime elverişliliğin konusunu oluşturmasından dolayı bir sonraki başlık altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

²¹⁶ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 167.

²¹⁷ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 274.

²¹⁸ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 167.

²¹⁹ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 275.

²²⁰ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 276.

oranının yüzde 4 olarak belirlendiği ancak hakem mahkemesinin, bu oranı Brezilya kanunlarında öngörülen üst sınıra aykırı bularak uygulamadığı dile getirilmektedir²²¹.

C. *Lex Contractus* Dışında Kalan Müdahaleci Normlar

Hakemlerin hüküm tesis ederken, *lex contractus* veya sözleşme ile bağlantılı diğer ülkelerin müdahaleci normlarını göz önünde bulundurmaları gayet doğaldır. Bunun en temel sebebi ise hakem kararının *lex contractus* ülkesinde ya da sözleşmeyle bağlantılı diğer üçüncü ülkelerde icra edilebilir olması ihtimalidir. Bu sebeptir ki hakemler, bir önceki başlıkta verilen her iki örnekte de taraf iradesine bakmaksızın sözleşmeyle bağlantılı müdahaleci kuralları uygulama eğilimi göstermiştir. Hatta ilk örnekte müdahaleci normların varlığının, *lex contractus*'un belirlenmesindeki en önemli etken olduğu söylenebilir. Ancak hakemlerin müdahaleci normlarını göz önünde bulundurması gereken tek ülke *lex contractus* ülkesi değildir. Bu sebeple bu başlık altında tahkim yerinin ve diğer üçüncü ülkelerin müdahaleci normları üzerinde durulacaktır.

1. Tahkim Yerinin Müdahaleci Normları

Tahkim yargılamasında *lex fori*'nin olmadığına yönelik önceki açıklamaların ardından tahkim yeri müdahaleci kurallarının hakemler tarafından dikkate alınıp alınmayacağı hususunun üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Tahkim yeri her ne kadar tahkimin irtibatlı olduğu; yani tahkimin yürütüldüğü ve hakem kararının verildiği ya da tahkimi ilgilendiren münferit işlemlerin yapıldığı yer²²² şeklinde tanımlansa da tahkim yerinin, hakemlerin *lex fori*'si olduğu sonucuna varmamak gerekmektedir²²³. Hakemler, hakimlerin aksine milli hukuklardan bağımsız bir anlayışla, kamu menfaatinden ziyade taraf menfaatini esas alacak şekilde hareket etmektedir. Bunun yanı sıra hakemlerin kural olarak, üçüncü bir devletin siyasi ve ekonomik amaçlarına hizmet eden kuralları uygulama gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır²²⁴.

²²¹ Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 274.

²²² Turgut Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Genişletilmiş İkinci Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 40.

²²³ Tahkim yargılamasında *lex fori*'den bahsedilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 272.

²²⁴ Hakemlerin sorumluluğunu yalnızca taraf iradesi ile sınırlı olarak görmek bugünkü modern tahkim anlayışına uygun düşmemektedir. Hakemlerin, uyumsuzlukla bağlantısını bulunan devletler ve taraf menfaatleri arasında bir denge kurması gerekmektedir. Bu anlayışın bir uzantısı olarak hakemlerin *lex mercatoria*'nın bazı ilkeleriyle birlikte ulusötesi kamu düzeni anlayışını dikkate alma yükümlülüğünün bulunduğu dile getirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayoğlu, a.g.e., s. 118.

Ancak bu serbesti hakemlerin, *lex contractus* ülkesi müdahaleci normları dışında hiçbir kuralı tanımsızın karar verebileceği anlamına gelmemelidir.

Tahkim yeri mahkemelerinin, uyuşmazlıkla bağlantılı olduğu en önemli nokta iptal davasıdır. Tahkim yargılaması neticesinde aleyhine hüküm tesis edilen taraf, tahkim yeri mahkemelerinde iptal davası açma imkanına sahiptir. İptal davasında mahkeme, hakem kararının esasını inceleme yetkisine sahip olmamakla birlikte tahkim yeri kamu düzenine aykırılık hali, genel anlamda bir iptal sebebi teşkil etmektedir.

Tahkim yerinin müdahaleci normlarına aykırı bir hakem kararı, iptal mahkemesinin kamu düzenine aykırı olabileceğinden hakemlerin, tahkim yeri ülkesinin müdahaleci normlarını da göz önünde bulundurması gerektiği söylenebilir. Ancak tahkim yeri ülkesindeki her emredici kurala müdahaleci norm vasfının atfedilmesi yerinde bir uygulama olmayacaktır. Söz konusu kuralların milletlerarası kamu düzeni anlayışı içerisinde değerlendirilmesinin daha yerinde olacağı Özel tarafından belirtilmektedir²²⁵. Bu noktada tahkim yeri ülkesinin ve hakimlerin milletlerarası tahkime yaklaşımı önem arz etmektedir.

2. Üçüncü Bir Ülkenin Müdahaleci Normları

Türk Hukuku'nda üçüncü bir ülkenin müdahaleci normlarının MÖHUK md. 31 uyarınca uygulama alanı bulacağı söylenebilir de; acaba taraf iradesinin ön planda tutulduğu tahkim yargılamasında da aynı durum geçerli olacak mıdır²²⁶?

Bu konuda MTK'da bir hüküm bulunmamakla beraber, Roma Konvansiyonu²²⁷ md. 7'den esinlenilerek hazırlanan md. 31, sözleşmeyle bağlantılı herhangi bir üçüncü ülkenin müdahaleci normuna etki tanınmasını öngörmektedir. Ancak 2008 yılında Roma

²²⁵ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 168.

²²⁶ MÖHUK md. 31: “Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.”

²²⁷ Convention On The Law Applicable to Contractual Obligations; anlaşmanın İngilizce metni için bkz. Er.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:41980A0934>, E.T.: 22.06.2016.

I Tüzüğü'nün²²⁸ yürürlüğe girmesiyle söz konusu üçüncü ülkenin sözleşmenin ifa yeri ülkesi olduğu açıkça belirtilmiş bulunmaktadır²²⁹.

Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin taraf iradeleriyle bağlı olduğu, dolayısıyla tarafların seçtiği ya da kendi belirledikleri hukuk dışında başka bir yabancı devletin kamu düzeni anlayışını yansıtan kurallar ile bağlı olmadığı öne sürülmüştür²³⁰. Ancak milletlerarası ticari tahkim uygulaması, hakemlerin sorumluluklarının sadece taraflara yönelik olmadığını; ticari örf-âdetlerin yanı sıra ulusötesi kamu düzeni anlayışını da gözetmek durumunda olduklarını kabul etmiştir²³¹. Somut olayın özelliklerine göre bu üçüncü devlet, elbette sözleşmenin ifa yeri ülkesi de olabilir²³². Bu doğrultuda üçüncü bir ülkenin ithalat-ihracat politikası, dövizle ilişkin kuralları, çevre koruma, ambargo ve boykot kuralları, kültür varlıklarının korunması gibi kurallar da müdahaleci norm kapsamında değerlendirilmektedir²³³.

Sözleşme ile bağlantılı üçüncü bir ülkenin kurallarına etki tanıyıp tanımamak noktasında söz konusu kuralların uygulama alanı, konuluş amacı ve koruduğu değerler noktasında bir değerlendirme yapılması gerektiği; bu değerlendirmeyi yaparken de hakemlerin, ticari örf-âdetleri göz önünde bulundurarak ve milletlerarası kamu düzeni anlayışı içinde hareket etmesi gerektiği dile getirilmektedir²³⁴. Özellikle muhtemel tenfiz ülkesi müdahaleci normlarının değerlendirilmesi ve bu kurallara etki tanınması noktasında hakemlere büyük görevler düştüğü söylenebilir²³⁵. Üçüncü bir ülkede tenfiz edilmek istenen hakem kararı, söz konusu müdahaleci normlara etki tanınmaması

²²⁸ Regulation of The European Parliament And of The Council on The Law Applicable to Contractual Obligations. Anlaşmanın İngilizce metni için bkz. Er.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32008R0593>, E.T. 25.06.2016.

²²⁹ Roma I Tüzüğü md. 9/3: *“Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application.”*

²³⁰ Bu görüşü destekleyenler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 276-278.

²³¹ Aksi görüşteki bu yazarlar, üçüncü bir ülkenin müdahaleci normlarına etki tanınmasının gerekçesi olarak *“hakem kararlarının etkinliğini sağlamak”*, *“tahkim kurumunun sürekliliğini sağlamak”* ve *“tarafların meşru beklentilerine cevap vermek”* gibi sebepler öne sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 278-284.

²³² Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 278.

²³³ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 169.

²³⁴ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 169.

²³⁵ Hakemlerin muhtemel tenfiz ülkesi müdahaleci normlarına etki tanımak noktasında yükümlülüklerinin bulunduğu dile getirilmektedir. Doktrin görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, a.g.e., s. 277-278.

neticesinde tenfiz ülkesi mahkemesince kamu düzenine aykırı bulunabilir. Bu durum da, icrası kabil olmayan kararların ortaya çıkmasına neden olabilir ve taraf menfaatinin zedelenmesine yol açabilir.

III. TAHKİME ELVERİŞLİLİK

A. Genel Olarak

Bir önceki başlıkta söz edilen müdahaleci normlar ve çalışmanın konusunu oluşturan kamu düzeni, tarafların tahkim iradelerini sınırlayan, esas sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilmesinin önünde duran engeller olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraf iradesiyle yetkilendirilmiş olmalarına rağmen hakemler, sözleşmeyle bağlantısı olan ülkelerin müdahaleci normlarını ve kamu düzeni anlayışlarını da göz önünde bulundurmamak durumundadır. MTO Kuralları md. 41 hakemlerin, verdikleri kararların hukuken geçerliliğini ve icra edilebilirliğini sağlamakla yükümlü olduklarının altını çizmektedir²³⁶. Bu yükümlülüğün bir sonucu olarak hakemlerin, -verdikleri kararların sözleşmeyle bağlantılı diğer ülkelerde geçerliliğini gözetmek amacıyla- *lex contractus* ile birlikte üçüncü bir ülkenin müdahaleci normlarını ya da kamu düzeni anlayışını da dikkate almak durumunda olduğu söylenebilir.

Türk Hukuku'nda tahkim çözüm yolu, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar dışında yalnızca iki tarafın iradesine tâbi uyuşmazlıklar bakımından öngörülmuş bir hukuki yoldur. Diğer bir deyişle iki tarafın iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir²³⁷. Tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın tahkime götürülerek hakem ya da hakemler marifetiyle çözüme kavuşturulmasını başından engelleyen bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Tahkime elverişlilik, *kompetenz-kompetenz* ilkesi uyarınca kendi yetkisi hakkında karar verme olanağına sahip hakemlerin önünde cereyan edebileceği gibi, tahkim yargılaması sürerken bir tarafın, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına yönelik ulusal mahkemelerde açacağı bir davada da söz konusu olabilir. Bunun dışında

²³⁶ “Bu Kurallar’da açıkça öngörülmemiş her hususta, Divan ve hakem kurulu bu Kurallar’ın ruhuna göre hareket eder ve kararın hukuken icra edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf eder.” MTO Tahkim Kuralları İngilizce metni için bkz. Er.: <https://community.icann.org/download/attachments/56985803/ICC%20Rules%20of%20Arbitration.pdf?version=1&modificationDate=1464877740000&api=v2>. Türkçe metin için ayrıca bkz. Er.: http://icc.tobb.org.tr/docs/ICC_Tahkim_Kurallari_Kitapcik.pdf, E.T. 17.03.2016.

²³⁷ Baki Kuru, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Legal Yayıncılık, Ekim, 2016, s. 727; Canitez/Atalay/Özekes, a.g.e., s. 643.

hakem kararının verilmesinin ardından açılacak iptal ya da tenfiz davası sırasında mahkeme, uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını re'sen göz önünde bulundurmak durumundadır.

Modern milletlerarası tahkim anlayışı, kamu düzeni nedeniyle bir uyuşmazlığın hakemler nezdinde görülemeyeceği anlayışını terk etmiş durumdadır²³⁸. Keza tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesinin yanı sıra günümüz milletlerarası tahkim düzenlemeleri hakemlere, kendi yetkileri hakkında karar verme (*kompetenz-kompetenz ilkesi*) olanağını da tanımaktadır. Bu durumun bir sonucu olarak günümüzde hakemler tahkime elverişli olmayan, kamu düzeni ya da müdahaleci normlarla sınırlandırılmış uyuşmazlıkları da karara bağlayabilmektedir. Tahkime elverişliliğin ve müdahaleci normların varlığının altında yatan temel neden her ne kadar kamu düzeninin korunması fikri olsa da kamu düzeni bu iki kavramdan farklılaşmış durumdadır. Bu sebeple son bölümde tahkim yargılamasında kamu düzeninin etkilerinden bahsetmeden önce son olarak, tahkime elverişlilik kavramının üzerinde durulmasını faydalı görmekteyiz.

B. Subjektif Tahkime Elverişlilik

Subjektif tahkime elverişlilik, tarafların tahkim anlaşması yapma ehliyetlerini kendisine konu edinmektedir. Tahkim anlaşmasının tarafları gerçek kişiler olabileceği gibi, tüzel kişiler de olabilir. Bu kişilerin yanı sıra uygulamada karşılaşılan en büyük sorun, devletlerin ya da devletlere bağlı kuruluşların tahkim anlaşması akdetme ehliyetlerinin olup olmaması noktasında toplanmaktadır. Bu itibarla subjektif tahkime elverişlilik, gerçek ve tüzel kişiler ile devlet ve devlete bağlı kuruluşlar ayrımı altında değerlendirilmektedir²³⁹.

Tahkim anlaşması akdetme ehliyetine sahip olmayan tarafın yaptığı anlaşma hakemler tarafından göz önünde bulundurulacağı gibi, iptal ya da tenfiz davası sırasında mahkeme tarafından da dikkate alınabilir. Hakemler ya da mahkeme, taraflardan en az birinin tahkim anlaşması akdetme ehliyetine sahip olup olmadığını itiraz üzerine değerlendirme konusu yapmak durumundadır. Böyle bir durumda hakemler, ehliyetin

²³⁸ “*Hakem kararının sonradan denetimi ile kamu düzeni, tahkime elverişlilik koşullarından bağımsızlaştırılmaktadır. Bu düşüncenin özü; kamu düzenini ilgilendiren konularda hakeme yetki verilmesinin onu tek yetkili kılmayacağı, yetki verilmesindeki en önemli koşulun, hakemin bunu kamu düzenine uygun kullanması olduğudur... Artık kamu düzeninin tartışılacağı yer tahkim sözleşmesi veya unsurları değil, tahkim yargısı sonucunda ortaya çıkacak karardır.*” Huysal, a.g.e., s. 51.

²³⁹ Chuckwumerije, a.g.e., s. 38.

varlığına hükmettiği takdirde tahkim yargılamasına devam edip karara varabilmekte; aksi takdirde uyuşmazlığın görülmesinden imtina edilerek tahkim yargılamasına son verilebilmektedir. Bunun yanı sıra söz konusu ehliyetsizlik iddiası, iptal ya da tenfiz davasında öne sürüldüğünde mahkeme, taraflardan birisinin ehliyetsiz olduğuna karar verirse, hakem kararını iptal edebilmekte ya da tenfizini reddedebilmektedir²⁴⁰.

1. Gerçek ve Tüzel Kişiler

Tarafların tahkim anlaşması akdetme ehliyetinin hakemler tarafından tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleneceği kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak tahkim yerinin Türkiye olduğu bir durumda hakemler, tahkim ehliyetini MÖHUK'un işaret ettiği hukuk uyarınca değerlendirecektir. MÖHUK md. 9'da gerçek kişilerin ehliyeti milli hukuklarına bağlanmakla birlikte işlem güvenliği ilkesi de kabul edilmiştir²⁴¹. Bunun bir sonucu olarak milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir uyuşmazlık tarafı, tahkim anlaşmasının akdedildiği ülke hukukuna göre ehliyetli ise sözleşmeyle bağlı olacaktır. Aynı şekilde iptal ya da tenfiz davasının Türkiye'de görülmesi durumunda da Türk hakimi, MÖHUK md. 9'u uyuşmazlığa tatbik edecektir²⁴².

İptal davası konusunda MTK md. 15/1-a, taraflardan birinin tahkim ehliyetine sahip olmaması durumu iptal sebepleri arasında zikredilmiştir. Ancak bu ehliyete uygulanacak hukuk konusunda sessiz kalmıştır. Bunun yanı sıra iptal mahkemesinin tahkim anlaşması akdetme ehliyetine tahkim yeri kanunlar ihtilâfı hukukunu uygulayacağı belirtilmektedir²⁴³. Dolayısıyla tahkim yerinin Türkiye olduğu bir durumda iptal mahkemesinin de, tahkim ehliyetine ilişkin itirazları MÖHUK uyarınca karara bağlayacağı söylenebilir.

Aynı iddianın tenfiz davası sırasında gündeme gelmesi durumunda ise mahkemenin, New York Sözleşmesi md. V/1-a uyarınca tenfiz ülkesi kanunlar ihtilâfı hukuku uyarınca bir inceleme yapacağı belirtilmektedir²⁴⁴. Bunun sonucu olarak tenfiz

²⁴⁰ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 67.

²⁴¹ MÖHUK md. 9/2: "Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır."

²⁴² Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 68.

²⁴³ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 68.

²⁴⁴ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 68.

davasının açıldığı ülkenin Türkiye olması durumunda da tenfiz hakimi, tahkim ehliyetini MÖHUK'un gösterdiği hukuk uyarınca karara bağlayacaktır.

Gerçek kişilerin ehliyeti konusunda bir sorun yaşanmamakla birlikte asıl tartışma tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuku belirleme noktasında toplanmaktadır. Özellikle birden çok ülkede faaliyet gösteren şirketlerin hak ve fiil ehliyetinin hangi ülke hukukuna tâbi olacağı meselesi doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. Bu tartışmalar günümüzde iki teori etrafında toplanmaktadır.

Kuruluş yeri teorisi uyarınca tüzel kişinin sicile kayıtlı olduğu yer, şirketin merkezi sayılacak ve ehliyetine de bu ülke hukuku uygulanacaktır. Kuruluş yeri teorisi, şirket merkezinin belirlenebilir olması ve değişkenlik göstermemesi açısından avantajlıdır. Ancak, asıl faaliyet gösterecekleri ülkelerdeki bazı iç hukuk hükümlerinden²⁴⁵ kaçmak isteyen şirketler, kendileri için avantajlı olan ülkeleri belirledikten sonra; şirketlerini bu ülkelerde kurmakta; bunun bir sonucu olarak da şirket oluşumları, iç hukuk mevzuatı esnek olan ülkelerde toplanmaktadır²⁴⁶. Örneğin şirketler, esas sermaye miktarının yüksek olduğu bir ülkede tescil edilmek yerine, İngiltere gibi esas sermaye miktarının çok düşük olduğu bir ülkede kurularak burada tescil edilmeyi tercih etmektedir.

²⁴⁵ Şirketler ödenecek vergi miktarlarının çok olması, şirket ortaklarının şirket borçlarından kişisel sorumluluğu gibi hükümlerden kaçmak amacını gütmektedir.

²⁴⁶ Teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, a.g.e., s. 95; Gülören Tekinalp, "AET'de Tüzel Kişilerin Tanınması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, S. 1-4, 1976, (Tanınma), ss. 309-322; Gülören Tekinalp, "Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri, AT hukuku ve MÖHUK", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999-2000, (Ortaklık Merkezi), ss. 909-921; Erdoğan Moroğlu, "Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, ss. 413-419; Wulf-Henning Roth, "From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law", **Cambridge University Press, The International and Comparative Law Quarterly**, C. 52, S. 2, 2003, ss. 177-208; Theodora Michoudi, "Cross Border Mobility of European Corporations", **Master Thesis European Union Law, University of Amsterdam**, 2013; Werner F. Ebke, "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Ueberseering, Inspire Art and Beyond", **European Business Law Review**, 2005, ss. 813-853; Christina HJI Panayi, "Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths", **Yearbook of European Law**, S. 28, Oxford, 2009. Diğer dezavantajları için bkz. Gülin Güngör, **Tâbiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, 3. Bası, 2015, (Tabiiyet), s. 207. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Musa Aygül, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, (Şirketler), s. 22. Kabul edilen teoriler uyarınca meydana gelen diğer sakıncalarla birlikte Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)'ın vermiş olduğu Centros ve Daily Mail kararları hakkında bilgi için bkz. Tuğrul Ansay, "Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003, s. 6-14.

İdare merkezi teorisi de kuruluş yeri teorisinin söz konusu sıkıntılarını gidermek amacıyla öne sürülmüş bir teoridir. İdare merkezi teorisi tüzel kişinin kurulduğu ülkeyi dışlamakta, tüzel kişinin ehliyetine fiili olarak yönetildiği ülke hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda şirketin merkezi ticari işlerinin en yoğun olduğu; genel kurul, yönetim kurulu gibi organların toplandığı; şirket bilançolarının ağırlıklı olduğu ülkedir ve şirketin hak ve fiil ehliyetine de bu ülke hukukunun uygulanması gerekmektedir. Bu teori ticari güvenliği zedelediği; idare merkezinin belirlenmesinin kolay olmadığı, olaydan olaya değişkenlik gösterebileceği gibi gerekçelerle eleştirilmektedir²⁴⁷.

Tartışmalar sürmekle birlikte kısaca Türk Hukuku'nda MÖHUK md. 9/4'ün²⁴⁸ ilk cümlesi uyarınca tüzel kişilerin tahkim ehliyetinde kuruluş yeri teorisinin esas alındığı söylenebilir. Statülerindeki idare merkezi demek suretiyle kanun, ilk olarak şirket statüsüne bakılması gerektiğini belirtmektedir²⁴⁹. Şirket statüsünde belirtilen, diğer bir deyişle sicil kayıtlarında yer alan devlet, tüzel kişinin tahkim ehliyetinin belirlenmesinde rol oynamaktadır. İkinci cümlede ise fiili idare merkezinin Türkiye'de olması durumunda Türk Hukuku'nun uygulanacağına hükmedilmiştir. Bunun sonucu olarak bir şirket eğer fiilen Türkiye'de yönetilmiyorsa tahkim ehliyeti, kuruluş yeri hukukuna göre belirlenecek; ancak kuruluş yeri yabancı bir ülke olmasına rağmen şirketin fiilen idare edildiği yerin Türkiye olması durumunda ise tahkim ehliyetine Türk Hukuku'nun uygulanacağı belirtilmektedir²⁵⁰.

2. Devlet ve Devlete Bağlı Kuruluşlar

Devletlerin mutlak yargı muafiyetinin olması gerektiği anlayışı günümüzde terk edilmiş görünmektedir. Bu doğrultuda 1976 tarihinde Yargı Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu²⁵¹ yürürlüğe girmiştir. Bunun yanı sıra BM tarafından 2004 yılında hazırlanan Devletler ve Devlet Mallarının Yargı Muafiyetine İlişkin Birleşmiş Milletler

²⁴⁷ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, a.g.e., s. 93; Güngör, a.g.e., s. 208; Aygül, **Şirketler**, a.g.e., s. 24.

²⁴⁸ "Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanır."

²⁴⁹ Aygül, **Şirketler**, a.g.e., s. 191. Aksi yönde Güngör, a.g.e., s. 217. Tekinalp, statüdeki idare merkezini ne kuruluş yeri ne de gerçek idare merkezi teorisiyle benzeştirmektedir. Tekinalp, **Bağlama Kuralları**, a.g.e., s. 98;

²⁵⁰ Aygül, **Şirketler**, a.g.e., s. 196.

²⁵¹ Er.: http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/en/ce-cs11/trt_ce_cs11.pdf, E.T. 27.12.2016.

Sözleşmesi²⁵² de 28 devlet tarafından imzalanmış ancak henüz yürürlüğe girmemiştir²⁵³. Türk Hukuku'nda ise MÖHUK md. 49'da yabancı devletin özel hukuk işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda yargı muafiyetinin tanınmayacağı dile getirilmekle yetinilmiştir. Günümüzde ise devletin özel hukuka ilişkin ticari ilişkilerinde sınırlı yargı bağışıklığının olduğu ifade edilmektedir²⁵⁴.

Devlet ya da devlete bağlı kuruluşların akdettiği tahkim sözleşmelerinde sorun iki noktada toplanmaktadır. Birincisi, tahkim sözleşmesi akdeden devletin daha sonra yargı bağışıklığı itirazını ya da tahkim ehliyetinin olmadığını öne sürmesi²⁵⁵; ikincisi ise tahkim sözleşmesini akdeden kişinin, devleti ya da devlete bağlı bir kuruluşu temsile yetkisi olmamasıdır.

İlk durumda devlet ya da kuruluş, uyuşmazlığın tahkime götürülmesinin ardından ülke kanunları uyarınca tahkim anlaşması akdetme ehliyetinin olmadığını veya yargı bağışıklığı bulunduğunu öne sürmektedir. Yargı bağışıklığı itirazının iyi niyet kuralına aykırı bir şekilde öne sürülmesine ilişkin birçok milletlerarası düzenleme bulunduğu belirtilmektedir²⁵⁶. Devletin tahkim anlaşması akdetmekle yargı bağışıklığından feragat etmiş sayılacağı dile getirilmekte; bunun sonucu olarak devletlerin yargı bağışıklığı iddiasını iyi niyet kuralına aykırı olarak öne sürmesi engellenmekte ve bu itiraz kabul edilmemektedir²⁵⁷. Nitekim MTO Tahkim Kuralları md. 34/6'da tahkim kararının bağlayıcı olduğu ve tarafların kararın gereğini geciktirmeksizin yerine getirilmesini kabul ettikleri hükmünden hareketle yargı muafiyetinin ileri sürülemeyeceği sonucuna varılmıştır²⁵⁸. Ayrıca söz konusu durum milletlerarası hukukta kabul edilen *pacta sunt servanda* ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

²⁵² Er.: https://treaties.un.org/doc/source/recenttexts/english_3_13.pdf, E.T. 27.12.2016.

²⁵³ Ulusal hukuklardaki diğer düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Ceyda Süral, **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, (Sınırlı Yargı Muafiyeti), s. 46-66.

²⁵⁴ Hatice Özdemir Kocasakal, "Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyeti ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S.2, 2002, (Muafiyet), s. 532.

²⁵⁵ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sibel Özel, "Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağışıklığı", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1991, (Yargı Bağışıklığı), s. 905.

²⁵⁶ Söz konusu düzenlemeler için bkz. Özel, **Yargı Bağışıklığı**, a.g.e., s. 905-906. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin yaklaşımı da benzerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eduardo Silva-Romero/Emre Esen, "MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 27, S. 1-2, 2007, s. 131.

²⁵⁷ Chuckwumerije, a.g.e., s. 47; Özel, **Yargı Bağışıklığı**, a.g.e., s. 905; Süral, **Sınırlı Yargı Muafiyeti**, s. 183.

²⁵⁸ Özdemir Kocasakal, **Muafiyet**, a.g.e., s. 560.

İkinci durumda ise sözleşmeyi imzalayan kişinin devlet ya da kuruluş adına bağlayıcı bir edimde bulunma yetkisi mevcut değilse, tahkim sözleşmesinin devleti ya da kuruluşu bağlamayacağı ifade edilebilir.

C. Objektif Tahkime Elverişlilik

Özel hukuk alanına giren bazı uyuşmazlıklar, konusu itibariyle ve çeşitli nedenlerle tahkime götürülememektedir. MTK md. 1/4. uyarınca Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradesine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda tahkim yargılamasına başvurulamamaktadır. Diğer bir deyişle bir özel hukuk uyuşmazlığının tarafların iradesi doğrultusunda tahkim yargılaması ile çözülebilmesi, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmasına bağlıdır. Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakemler tarafından karara bağlandıysa bu durum, MTK md. 15/A-2-a uyarınca bir iptal sebebidir ve iptal mahkemesi söz konusu durumu re’sen göz önünde bulundurmakla yükümlüdür²⁵⁹.

1. Türkiye’de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar

MTK md. 1/4 uyarınca Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü mümkün değildir²⁶⁰. Bu doğrultuda ilk olarak Türkiye’de bulunmayan bir taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin bir uyuşmazlık hakkında tahkime başvurulabileceği söylenebilir²⁶¹. Kanun koyucunun bu hükmü getirmesinin altında yatan nihai amaç, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki egemenlik yetkisinin sağlanması fikri ve kamu düzeni düşüncesidir. Dolayısıyla yurt dışında bulunan bir taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlığın hakemler tarafından çözüme kavuşturulması, Türkiye’nin egemenlik yetkisi ya da kamu düzeni ile ilgili bir durum değildir. Bu sebeple taşınmazın bulunduğu ülke hukuku, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlığı tahkime elverişli kabul ettiği sürece uyuşmazlık hakemler aracılığıyla çözüme kavuşturulabilir. Tenfiz ülkesinin, taşınmazın bulunduğu yabancı bir

²⁵⁹ Objektif tahkime elverişlilik diğer ülke mevzuatlarında “*rights of which one can dispose freely*”, “*the parties are entitled to settle*” gibi ifadelerle zikredilmektedir. Daha geniş bilgi için bkz. Tibor Varady/John J. Barcelo III/Arthur T. von Merhen, **International Commercial Arbitration A Transnational Perspective**, American Casebook Series, Fourth Edition, 2009, s. 234-236.

²⁶⁰ Y. 20. HD., 09.12.2003 T., 2003/4385 E., 2003/5467 K.

²⁶¹ Kalpsüz, söz konusu hükmün tahkime elverişlilikten ziyade kanunun kapsamı ile ilgili bir mesele olduğunu vurgulamaktadır. Kalpsüz, a.g.e., s. 29.

ülke olduğu varsayıldığında, tahkim yeri Türkiye olan bir uyuşmazlıkta hakemler tahkime elverişliliğe karar verirken taşınmazın bulunduğu ülke hukukunu esas almaları yerinde görülmektedir²⁶².

MTK uyarınca Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklar dışında kalan uyuşmazlıklar tahkime konu edilebilecektir. Bununla birlikte Yargıtay’ın, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki tapu iptal ve tesciline ilişkin davalar²⁶³ ile kira tespitine²⁶⁴ ve kira alacağına²⁶⁵ ilişkin uyuşmazlıkları da tahkime elverişli kabul etmediği belirtilmektedir. Yargıtay’ın, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki tapu iptal ve tesciline ilişkin uyuşmazlıkları kamu düzeninden saydığı; kira tespit ve alacaklarına ilişkin olarak ise kiracıyı, kira sözleşmesinin zayıf tarafı olması sebebiyle korumak istediği ifade edilmektedir²⁶⁶. Taşınmaz payının geri verilmesi suretiyle tapu sicilinde gerekli düzeltmelerin yapılmasına yönelik olarak 1979 yılında verdiği bir kararda ise Yargıtay²⁶⁷, söz konusu düzeltmenin taraflar arasında serbestçe kararlaştırılabileceğine, bu nedenle tahkime elverişli olduğuna karar vermiştir.

2. İki Tarafın İradelerine Tâbi Olmayan Uyuşmazlıklar

MTK md. 1’de yalnızca iki tarafın iradelerine tâbi olan uyuşmazlıklar bakımından tahkim yolu öngörülmüştür. Bu sebeple iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda tahkime gidilememektedir. Tahkim yargılaması iki tarafın iradelerine tâbi olan, yani tarafların sulh ya da kabul yoluyla dava üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olmaktadır. Bu doğrultuda ceza yargısının ve idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilememektedir²⁶⁸. Bunun yanı sıra özel hukuk alanında yalnızca çekişmeli yargı

²⁶² Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 268. İptal davası sırasında Türk mahkemesi de aynı şekilde, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun tahkime elverişliliğe ilişkin hükümlerini değerlendirmelidir. Yazar aynı sayfanın 495. dipnotunda taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uyuşmazlığı tahkime elverişli kabul etmemesi durumunda New York Sözleşmesi md. 2/3. uyarınca tahkim şartının etkisiz hale geleceğinden ve böyle bir durumda uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülemeyeceğinden bahsetmektedir.

²⁶³ Y. 1. HD., 21.10.2004 T., 2004/10944 E., 2004/11746 K.; Y. 15. HD., 18.06.2007 T., 2007/2680 E., 2007/4137 K.; Y. 15. HD., 10.10.2011 T., 2011/4411 E., 2011/5792 K..

²⁶⁴ Y. 3. HD., 02.12.2004 T., 2004/13018 E., 2004/13409 K.

²⁶⁵ Örnek kararlar için bkz. Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 271, dpn. 500-501-502.

²⁶⁶ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 271.

²⁶⁷ Y., 15. HD., 31.05.1979 T., 1195/1330. Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 269-270, dpn. 496’dan naklen.

²⁶⁸ Ancak Anayasa md. 125 ve Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun md. 3 uyarınca kamu hizmetleri ile ilgili şartlaşma ve sözleşmelerde tahkime başvurulabilecektir. R.G. 22.01.2000 – 23941. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 49-50.

uyuşmazlıkları tahkime konu edilebilir. Zira çekişmesiz bir yargılamada taraf iradesinden de bahsedilememektedir²⁶⁹. Ayrıca takip hukukuna ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklar da (istihkak davası, itirazın kaldırılması gibi) tahkime elverişli görülmemektedir²⁷⁰. Bunun dışında Türk Hukuku'nda bazı uyuşmazlıklarda zayıf tarafın ve kamu düzeninin korunması gibi düşüncelerle tahkime gidilmesinin önüne geçilmiştir²⁷¹.

a. Rekabet Hukuku

Rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, son yıllarda Amerika'da ve AB'de tahkime elverişli kabul edilmeye başlanmıştır²⁷². Rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli kabul edilmesi, ilk defa ABD'de görülen *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc.*²⁷³ davasıyla birlikte gündeme gelmiştir. Davada rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmiştir²⁷⁴. Ayrıca Amerikan kamu düzenini koruyan rekabet hukukuna ilişkin kuralların ihlal edilmesi durumunda ise hakem kararının Amerika'da tenfiz edilmeyeceği de dile getirilmiştir²⁷⁵.

AB'de *Eco Swiss v. Benetton*²⁷⁶ davasında Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ulusal mahkemelerin aksine hakemlerin tek başına AB Hukuku'nun yorumlanmasına ilişkin divana soru sormayacağını²⁷⁷; ABKA md. 81'in, birlik kamu

²⁶⁹ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 273.

²⁷⁰ Cevdet Yavuz, "Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İkinci Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Ed. Erol Ulusoy/Aslı Yıldırım, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Şubat, 2009, s. 158.

²⁷¹ Zayıf tarafın korunmasına ayrıntılı bilgiler için bkz. Vahit Doğan, "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 15, S. 1-2, 1995, (Zayıf Taraf), ss. 21-42.

²⁷² Rekabet hukukunun gelişimine ilişkin tarihçe ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Pelin Güven, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 19-66.

²⁷³ Er.: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/473/614/case.html>, E.T.: 07.11.2016.

²⁷⁴ 473 US 64 (1985).

²⁷⁵ 473 U.S. 636-637. Kararla ilgili ayrıntılı bilgiler için bkz. Mohammad Reza Baniassadi, "Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration", **Berkeley Journal of International Law**, C. 10, S. 1, 1992, s. 74-78.

²⁷⁶

Er.:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d54c861abb2bed43fea0498ee5c9cc8f5c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxmSe0?text=&docid=44616&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=329457>, E.T.: 27.12.2016.

²⁷⁷ Case 126/97, pr. 40.

düzenini korur nitelikte bir hüküm olduğunu²⁷⁸ ve bu hükme aykırı karar verilmesi halinde ise hakem kararının geçersiz olacağını²⁷⁹ hükme bağlamıştır.

Türk Hukuku'nda 4053 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un²⁸⁰ (RKHK) uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda genel olarak tahkime gidilemeyeceği kabul edilmektedir²⁸¹. Tahkime elverişlilik konusunda açık bir hüküm içermeyen kanun emredici hükümler ihtiva etmekte; bu amaç doğrultusunda da Rekabet Kurulu'nu görevlendirmektedir. Diğer bir deyişle Rekabet Kurulu, kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkları çözmekle yetkili ve görevli kılınmıştır. Kurul'un yetkisine giren uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmadığı dile getirilmektedir

Rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime gidilmemesi gerektiğine ilişkin görüşün gerekçeleri şu şekilde özetlenmektedir²⁸²:

** Rekabet hukuku kuralları genel olarak kamu çıkarına hizmet etmekte, kişileri koruma amacı gütmemektedir. Taraf iradesine üstünlük tanıyan tahkim ise kamu çıkarlarını korumaya elverişli değildir.*

** Rekabet davalarında tek başına sözleşmenin incelenmesi yeterli değildir; geniş bir pazar araştırması yapılması gerekir ve hakemlerin yetkileri ve kapasiteleri bu tip bir araştırma için yeterli görülmemektedir.*

** Rekabete aykırılık, çok karlı ve tespiti güç eylemlerden oluşmaktadır. Dolayısıyla taraflar, tahkim sözleşmesi ile bu sözleşmeleri gizlice icra etme ve kamu denetiminden sıyrılma olanağına sahip olacaktır.*

Bu düşüncelerin dışında kanun ile Kurul'a verilen yetkiler, Türk doktrinince kamu gücünün bir yansıması olarak görülmektedir²⁸³. Dolayısıyla Kurul'un yetkisine giren bir alanda tahkim sözleşmesi yapılamayacaktır. Kaldı ki Huysal'ın da belirttiği gibi tahkim yoluna yalnızca hukuk mahkemelerinin yetkisine giren alanlarda başvurulabilmektedir.

²⁷⁸ Case 126/97, pr. 39.

²⁷⁹ Case 126/97, pr. 36.

²⁸⁰ R.G. 13.12.1994 – 22140.

²⁸¹ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 43; Huysal, a.g.e., s. 121.

²⁸² Huysal, a.g.e., s. 120.

²⁸³ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 43; Huysal, a.g.e., s. 121.

Dolayısıyla kanunda rekabete aykırılığın özel hukuk alanındaki sonuçlarını düzenleyen md. 56-59'daki istemler açısından tahkim yoluna başvurulabileceği söylenebilir²⁸⁴.

b. İş Hukuku ve Tüketici Hukuku

Özel hukuk alanındaki bazı uyuşmazlıklar, sözleşmenin zayıf tarafı konumunda bulunan kişileri korumak amacıyla tahkim elverişli kabul edilmemekte; işçiyi ve tüketiciyi korumak adına bu tip sözleşmelerde kural olarak tahkime gidilememektedir.

Fransız Hukuku'nda tüketici sözleşmelerinin tahkime elverişli olduğu; ancak iş sözleşmelerinin ise tahkim yolunun kapatıldığı ifade edilmektedir²⁸⁵. İsviçre Hukuku'nda ise tüketici sözleşmelerinin yanı sıra iş sözleşmelerinin de tahkime elverişli olduğu belirtilmektedir²⁸⁶.

Türk Hukuku'nda 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁸⁷ (TKHK) uyarınca tüketici sözleşmesinden kaynaklanan ve belirli bir bedelin altında kalan uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetleri kurulmuş; bedelin yukarısında kalan uyuşmazlıklar için ise tüketici mahkemeleri tahsis edilmiştir. Zayıf tarafı koruma gayesi güden bu düzenlemeler ışığında tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kural olarak tahkim yoluna başvurulamayacağı söylenmektedir²⁸⁸. Buna karşılık uyuşmazlık doğduktan sonra tüketici tarafından imzalanan bir tahkim sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağı Huysal tarafından belirtilmektedir²⁸⁹.

İş sözleşmelerinde ise zayıf konumda bulunan işçinin eşit müzakere gücüne sahip olmadığı ve işçiyi korumak maksadıyla işveren tarafında, işçiye karşı açılacak davalarda tahkim yoluna başvurulamayacağı zikredilmekte;²⁹⁰ işçinin tahkime başvurması durumunda ise uyuşmazlığın tahkime elverişli hale geleceği belirtilmektedir²⁹¹. Anayasa Mahkemesi'nin 2005 yılında toplu iş sözleşmesiyle kabul

²⁸⁴ Huysal, a.g.e., s. 121.

²⁸⁵ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 48-49.

²⁸⁶ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 49. Fransız Hukuku'nda iş ve tüketici sözleşmelerindeki tahkim kaydına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Nihal Uluocak, "Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtayının ve Doktrininin Görüşleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 17, S. 1-2, İstanbul, 1997-1998, (Tahkim Şartı), ss. 517-531.

²⁸⁷ R.G. 23.02.1995 – 22221.

²⁸⁸ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 48; Huysal, a.g.e., s. 130.

²⁸⁹ Huysal, a.g.e., s. 130.

²⁹⁰ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 49; Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 274. Karşı görüş için bkz. Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 274, dpn. 512.

²⁹¹ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 275.

edilen tahkim kaydını geçersiz sayan kararı²⁹² ile birlikte Yargıtay 2004 yılında; feshin geçersizliği, işe iade ve iş güvencesi ile boшта geçen süre alacağı konularında tahkim yoluna gidilebileceğine hükmetmiştir²⁹³. Bunun dışında kalan konularda ise tahkim yoluna başvurulamamaktadır.

c. İflas Hukuku

İflas davalarının kamu düzeni düşüncesi sebebiyle tahkim yoluyla çözülemeyeceği dile getirilmekte ise de iflasa ilişkin uyuşmazlıkların tümünün tahkime kapatılmaması gerektiği de belirtilmektedir²⁹⁴. Borçlunun mallarına el konulmak suretiyle iflas masasının kurulması, memurların atanması, malların külli tasfiyesi ile birlikte malların satılarak alacaklıların eşit bir şekilde tatmini devlet mahkemelerinin görev alanına girmektedir²⁹⁵. Bunun yanı sıra 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)²⁹⁶ md. 226 idareye, iki milyar liraya kadar olan alacaklarda alacaklıların verdiği yetkiyle tahkim yapabileceği hükmünü içermektedir. Doktrinde iflasa yönelik bazı çekirdek işlemler dışında kalan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu zikredilmektedir. Bu doğrultuda Özel, borçluya karşı sözleşmeden kaynaklı taleplerin tahkime elverişli olduğunu belirtmektedir²⁹⁷. Bunun yanı sıra Huysal, tahkim sözleşmesi yapıldıktan sonraki bir dönemde iflas eden bir borçlunun, borçtan kurtulma ve istirdat uyuşmazlıklarına iflas idaresince devam edilebileceğini belirtmektedir²⁹⁸.

d. Fikri Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar

Ticari bir marka ya da patentin verilip verilmeyeceğine ilişkin uyuşmazlıkların, devlet nezdindeki kurumların yetkisi dahilinde olduğu; dolayısıyla bu tip bir hakkın geçerliliğini ilgilendiren bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı belirtilmektedir²⁹⁹.

²⁹² AYM., 19.10.2005 T., 2003/66 E., 2005/72 K..

²⁹³ Y. 9. HD., 22.03.2004 T., 2004/5846 E., 2994/5621 K..

²⁹⁴ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 274; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016, (Ticari Akitler), s. 471. Milletlerarası Özel Hukuk'ta iflasa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülin Güngör, **Milletlerarası Özel Hukukta İflas**, Ankara, 1997, (İflas).

²⁹⁵ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 44. Ancak Yargıtay, esas sözleşmede yetki şartına yer verilmiş işe iflas davasına konu alacağın yabancı bir mahkemede ya da hakemler nezdinde istenebileceğine karar vermiştir. Y. 23. HD., 2012/4732 E., 2013/255 K. Karara ulaşılammış olup karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, "Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkileri", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel S. 2014, (Yetki Anlaşmaları), ss. 2295-2318.

²⁹⁶ R.G. 19.06.1932 – 2128.

²⁹⁷ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 44; aynı yönde bkz. Lew/Mistelis/Kröll, a.g.e., s.206.

²⁹⁸ Huysal, a.g.e., s. 146.

²⁹⁹ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 45.

Ayrıca benzer bir şekilde, fikri hakkın tesciline yönelik işlemlerin idari olduğu ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceğinden de bahsedilmektedir³⁰⁰. Bunun dışında yalnızca sözleşme taraflarının menfaatini ilgilendiren örneğin lisans sözleşmesi gibi konular ile marka hakkına tecavüz ile ilgili uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri ve tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir³⁰¹.

e. Diğer Uyuşmazlık Tipleri

Yavuz ve Akıncı, manevi tazminat taleplerinin de tahkimin konusunu oluşturacağını belirtmektedir³⁰². Akıncı ayrıca, nesebe ilişkin davaların kamu düzenine ilişkin olmasından ötürü tahkime başvurulamayacağını dile getirmektedir³⁰³.

Bunun dışında sermaye piyasası uyuşmazlıklarında tahkim yolunun açılmaya başladığı ve tahkim yargılamasının bu amaca yönelik kurulmuş olan bağımsız organizasyonlar tarafından gerçekleştirilmeye başlandığına yönelik açıklamalar mevcuttur³⁰⁴.

Esas sözleşmenin hukuka aykırı olması veya sözleşmenin kurulması ya da ifasında hile yapıldığı iddiasının tahkim sözleşmesini etkilemeyeceği dile getirilmektedir³⁰⁵. Bunun yanı sıra devlet organlarını ikna amacıyla danışmanlık ve hizmet sözleşmelerinden kaynağını alan, rüşvet ve yolsuzluk iddialarına konu olan uyuşmazlıkların 1990'lerden itibaren tahkimin konusunu oluşturmaya başladığının altı çizilmektedir³⁰⁶.

³⁰⁰ Huysal, a.g.e., s. 243. Yazar, Marka ve Patent Enstitüsü işlemlerinin kamu gücüne dayandığını, kaldı ki hükümsüzlük iddialarına yönelik devlet mahkemelerinin dahi yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca hakemlerin tescil aşamasında bir buluşun patent verilebilir olup olmaması; veyahut markanın veya tasarımın ayırt edici bir özelliğe sahip olup olmamasının değerlendirilmesi konusunu idari bir faaliyet olarak değerlendirmektedir.

³⁰¹ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 46; Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 276; Huysal, a.g.e., s. 147. Marka hakkı ve internet yoluyla marka hakkına yönelik yapılan ihlaller hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fügen Sargin, **İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

³⁰² Yavuz, a.g.e., s. 159; Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 276.

³⁰³ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 274.

³⁰⁴ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 43-44.

³⁰⁵ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 46.

³⁰⁶ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 46-48. Aynı yönde bkz. Yavuz, a.g.e., s. 159. Şirketler hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Huysal, a.g.e., s. 292-332.

IV. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİ ETKİSİ

Tarafların akdettikleri tahkim anlaşmasına binaen hakemi ya da hakemleri seçmelerinin ardından seçilen hakemlerin, görev belgesini düzenlemesi ve taraflara tebliği ile tahkim yargılaması başlamaktadır.

Tahkim yargılamasının sonuçlanması neticesinde esas olan, tarafların hakem kararına uyması ve gereklerini yerine getirmesidir. Ancak aleyhine karar verilen taraf, tahkim yeri ülkesindeki milli mahkemelerde kararın iptaline yönelik dava ikâme edebilir.

Tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem; ya da iptal davasının reddine yönelik verilen mahkeme kararı sonrasında ise karar lehine olan taraf, uyuşmazlıktan doğan edimin yerine getirilmesi amacıyla milli mahkemelerde tenfiz davası açabilir. Uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bu üç aşamada da kamu düzeni, hakemler ve hakimler tarafından nazara alınması gereken bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonraki başlıklarda bu üç aşama ayrı ayrı değerlendirilecektir.

A. Yargılama Aşamasında Kamu Düzeninin Etkisi

1. Milli Kamu Düzeni

Tahkim anlaşmasında hakem kararına karşı itiraz ya da temyize gitmeme taahhüdü taşıyan kayıtlara rağmen karara uyulmadığı durumlarla karşılaşılabilir. Dolayısıyla lehine karar verilen tarafın milli mahkemeler nezdinde tenfize başvurması gerekmektedir. Bu durumun bir sonucu olarak da hakemlerin dikkate almaları gereken ilk milli kamu düzeni de, muhtemel tenfiz ülkesi kamu düzeni olmaktadır³⁰⁷.

Tenfiz ülkesinin önceden belirlenmesi imkanının güç olması karşısında hakemlerin; aleyhine karar verilen tarafın malvarlığının, işletmesinin ya da ikametgâhının bulunduğu ülkenin kamu düzeni anlayışlarını dikkate almak durumunda olduğu belirtilmektedir³⁰⁸. New York Sözleşmesi md. V/2'nin b bendinde de söz konusu durum *"hakem kararının tanıma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması."* şeklinde ifade edilmektedir.

Bunun dışında hakemlerin; tarafların veyahut kendilerinin belirlediği esasa uygulanacak hukukun kamu düzeni anlayışlarını da dikkate almak durumunda olduğu;

³⁰⁷ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 395-396; Buchanan, a.g.e., s. 518.

³⁰⁸ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 396.

esasa uygulanmak üzere belirlenen hukukun bir bütün olarak ele alınması gerektiği düşüncesi de dile getirilmektedir³⁰⁹. Esasa uygulanacak hukukun tenfiz ülkesi kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde ise hakemlerin, zorunlu olmamakla birlikte pratik gereklerle hareket ederek tenfiz ülkesin kamu düzenini de dikkate alarak karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir³¹⁰.

Şanlı'nın da belirttiği üzere kararın icra edilebilirliği tahkim yargılamasının en önemli safhalarından birini oluşturmaktadır. Tenfiz edilmeyen bir hakem kararı bütün masraf ve çabaların boşa çıkmasına sebebiyet verecek; bu durum da tahkim kurumuna olan beklentilerin sarsılmasına neden olacaktır³¹¹.

Hakemler tarafından nazara alınması gereken bir diğer milli hukuk kamu düzeni ise tahkim yeri kamu düzeni olarak görülmektedir. Tahkim yargılaması sonucu aleyhine karar verilen taraf, tahkim yeri mahkemelerinde kararın iptaline yönelik başvuruda bulunabilir. Böyle bir durumda mahkeme, *lex fori* kamu düzenine aykırı olan hakem kararının iptaline hükmedebilir. Dolayısıyla hakemlerin kararlarını verirken gözetmek durumunda olduğu bir diğer bir milli kamu düzeni ise tahkim yeri kamu düzeni anlayışıdır. UNCITRAL Model Kanun md. 34/2-b-ii'de de iptal davası açılan ülkenin kamu düzenine aykırılık hali, bir iptal sebebi olarak düzenlenmektedir³¹². Bunun yanı sıra esasa uygulanan hukukun, tahkim yeri kamu düzenine aykırı olması ihtimalinin de göz ardı edilmemesi gerektiği söylenebilir. Esasa uygulanacak hukuk hükmünün tahkim yeri kamu düzenine aykırı olması durumunda hakemlerin uyuşmazlığı, iki hukuku da birlikte değerlendirerek irdelemesi ve hakkaniyet ilkesi ışığında çözüme kavuşturması yerinde bir uygulama olarak değerlendirilebilir.

Hakemler tarafından gözetilmesi gerektiği öngörülen bir diğer milli kamu düzeni de uyuşmazlık konusu hakkın bulunduğu ülkenin kamu düzeni olarak belirtilmektedir³¹³. Bu doğrultuda marka, patent, endüstriyel tasarım gibi hakların kayıtlı bulunduğu ülkenin kamu düzeni anlayışının da hakemler tarafından dikkate alınması gerektiği dile getirilebilir.

³⁰⁹ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 399.

³¹⁰ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 399.

³¹¹ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 397.

³¹² Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 174-175; Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 400.

³¹³ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 401.

Son olarak belirtmek gerekir ki, milletlerarası ticari hayatın en önemli aktörlerinden olan hakemleri, muhtemel tenfiz ya da tahkim yeri ülkelerinin kamu düzenine ilişkin kural ve prensiplerini uygulamaya zorlayan bağlayıcı bir düzenleme mevcut değildir. Ancak hakemlerin, milletlerarası ticari camianın meşru beklentileri ile uyumsuzluk taraflarına karşı yerine getirmesi gerektiği düşünülen birtakım yükümlülüklerinin olduğu kabul edilmektedir³¹⁴. Bu yükümlülüğün, hakemleri icra edilebilir kararlar verme noktasında daha ihtiyatlı davranmaya iteceği düşünülmektedir. Bu doğrultuda hakemlerin pratik gerekçelerle ve somut olayın özelliklerine göre söz konusu devletlerin kamu düzeni anlayışlarını dikkate alıp almamakta serbest oldukları söylenebilir.

2. Milletlerarası Kamu Düzeni

Milletlerarası kamu düzeni anlayışı, hakemlerden çok devletlerin ve dolayısıyla ulusal mahkemelerin tahkime yaklaşımıyla alakalı bir konudur. Bu yaklaşım neticesinde denilebilir ki milletlerarası kamu düzeni, milli kamu düzeni anlayışlarının milletlerarası ticari uyumsuzluklar bakımından daha dar yorumlanarak katı uygulamalardan kaçınılmasını gerektirmektedir³¹⁵. Bu bağlamda ulusal mahkemelerin tahkime bakışının değiştiği ölçüde hakem kararlarının da değişkenlik göstereceği söylenebilir. Örneğin kamu düzeninin çok katı uygulandığı, tahkim kurumuna şüpheyle yaklaşılan bir tenfiz ülkesinin mevcudiyeti halinde hakemler, daha önceki bu katı uygulamaları dikkate almak suretiyle karar tahsis etmek durumunda kalabilecektir. Milletlerarası kamu düzeni anlayışının egemen olduğu başka bir tenfiz ülkesinin mevcudiyeti halinde ise aynı uyumsuzluk, tenfiz ülkesinin kamu düzenini ihlal etmeyecek ve esas hakkında hüküm tesis edilebilecektir. Ulusal mahkemelerin kamu düzenini bu şekilde bir ayrıma tâbi tutmasalar da içerik olarak bu tip bir ayrımın kamu düzeninin sınırlarının tespitinde mahkemeler tarafından uygulandığı belirtilmektedir³¹⁶.

Sonuç olarak denilebilir ki milletlerarası kamu düzeni, iç hukuk kamu düzeninden farklı bir kavram olmaktan ziyade farklı bir anlayışı yansıtmaktadır. Bu anlayış ise

³¹⁴ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 177. Ayrıca hakemlerin uyumsuzluğa ilişkin milletlerarası ticari örf, adet ve teamüllerle bağlı oldukları kabul edilmektedir. Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 375.

³¹⁵ Milletlerarası kamu düzeni anlayışına ilişkin daha önceki açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, Başlık IV/B, s. 35-41.

³¹⁶ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 177.

devletlerin ve kanunlarının uygulayıcısı olan milli mahkemelerin tahkime bakışıyla alakalı bir konudur.

3. Ulusötesi Kamu Düzeni

Doktrinde gerçek milletlerarası kamu düzeni olarak da ifade edilen ya da milletlerarası kamu düzeni ile eş anlamda kullanılan ulusötesi kamu düzeni, milletlerarası camianın ortak kural ve prensiplerini ve birtakım temel normları içeren bir kavramdır ve bu kuralların kaynağını tabii hukuktan aldığı da dile getirilmektedir³¹⁷.

Hakemler milli mahkemelerin aksine bir *lex fori* 'ye sahip olmadığından onların taraflara ve milletlerarası camianın beklentilerine karşı sorumlu bulunduğu kamu düzeni, “*lex mercatoria kamu düzeni*” ya da “*ulusötesi kamu düzeni*”; diğer bir adıyla “*gerçek milletlerarası kamu düzeni*” olarak görülmektedir³¹⁸. *Lex mercatoria* ışığında denilebilir ki bu kural ve asgari standartlar, çeşitli milli hukuk sistemlerinde de kendisine yer edinmiş ortak hukuki ve ahlâki prensipleri de içerisine almaktadır. Hakemlerin en büyük sorumluluklarından bir tanesi de bu tip ortak kural ve prensipleri, yani ulusötesi kamu düzenini gözeterek milletlerarası ticari hayatın güvenliğini ve istikrarını temin etmek olarak görülmektedir³¹⁹.

Hakemler tarafından göz önünde bulundurulmuş ulusötesi kamu düzenine milli mahkemelerin yaklaşımı da büyük bir önem arz etmektedir. Özellikle kararın tenfizi aşamasında tenfiz ülkesinin milletlerarası ticarete ve tahkime bakışı kamu düzeni açısından belirleyici rol oynamaktadır³²⁰.

4. Birlik Kamu Düzeni

Daha önce belirtildiği üzere AB mevzuatı, üye devletler için bağlayıcı ve ulusüstü bir etkiye sahiptir³²¹. Birlik amaçları doğrultusunda ABKA ve Avrupa

³¹⁷ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 404.

³¹⁸ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 404. Hakemin bir ülkenin kamu düzenine çok yakın durması durumunda söz konusu durumun, aleyhine olan tarafın itirazıyla karşılaşabileceği söylenmektedir. Lalive, a.g.e., s. 10.

³¹⁹ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 177; Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 404. Hakemlerin ulusötesi kamu düzenini yorumlaması ve içeriğini belirlemesi onların “*yaratıcı güçlerini*” kullanması şeklinde dile getirilmektedir. Lalive, a.g.e., s. 21. Barraclough ve Waincymer da ulusötesi kamu düzeni kurallarının belirlenmesinde hakemlerin, bu tip kuralların evrensel anlamda kabul görmüş olup olmadıkları konusunda değerlendirme yapması gerektiğini belirtmekte; bu değerlendirmenin ifasının ise kaçınılmaz olduğunu vurgulamaktadır. Barraclough/ Waincymer, a.g.e., s. 27.

³²⁰ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 405.

³²¹ AB hakkında verilen genel bilgiler ve birlik kamu düzeni hakkında yapılan açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, Başlık III/D, s. 34-35.

Birliği'nin İşleyişi Hakkında Andlaşma'da (ABİİA)³²² bazı hükümlere yer vermiş; bu amaçları gerçekleştirmek adına üye devletleri yükümlü kılmıştır. Andlaşmaların dışında Birlik, çıkardığı tüzük ve yönergelerle de üye devletlerin iç hukuklarının üstünde bir hukuk sistemi oluşturmuş durumdadır.

Tahkim yargılaması sırasında hakemlerin gözetmek durumunda oldukları belirtilen bir diğer kamu düzeni de birlik kamu düzenidir. ABKA ve ABİİA'nın yanı sıra birlik tarafından çıkarılan tüzük ve yönergelerdeki bazı hükümlerin kamu düzeni karakteri taşıdığı ve birlik amaçlarına hizmet ettiği ölçüde hakemler tarafından dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Bu doğrultuda konusu itibariyle birlik amacına aykırı düşen sözleşmelerin hakemler tarafından, birlik kamu düzeni de göz önünde bulundurulacak şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir³²³.

Birlik kamu düzeninin uygulanması için uyuşmazlığın birlik sınırları içerisinde meydana gelmiş olmasından ziyade tahkim konusu uyuşmazlığın sonuçlarının birlik hukukuna etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun yanı sıra muhtemel tenfiz ülkesinin birliğe üye bir devlet olması ihtimali de hakemler tarafından özellikle ele alınması gereken bir durumdur.

Sonuç olarak icra edilebilir kararlar vermek adına hakemlerin milletlerarası camiaya karşı yerine getirmeleri gerektiği öngörülen sorumluluklarının bir gereği olarak çeşitli kamu düzeni anlayışlarını bir arada değerlendirmek durumunda olduğu söylenebilir. Bu değerlendirmenin ise en genel tabirle pratik düşüncelerle ve somut olayın özelliklerine göre hareket edilerek yapılması gerektiği ifade edilebilir³²⁴.

B. İptal Davası Aşamasında Kamu Düzeninin Etkisi

Tarafların iradeleri doğrultusunda herhangi bir itiraz yoluna başvurmama yolunu seçmeleri hali³²⁵ hariç olmak üzere tahkim yargılaması sonucunda verilen karar aleyhine

³²² Er.: <http://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, E.T.: 21.12.2016.

³²³ şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 403.

³²⁴ şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 403.

³²⁵ İptal davasından feragat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mesut Aygün, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı iptal Yolu", **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, Legal Yayıncılık, 2007/3, s. 684-686. İtiraz hakkından feragat yolunun, çeşitli ülke mevzuatlarında da kendisine yer bulduğu dile getirilmektedir. Bunun yanı sıra feragat hakkını tek tarafa veren tahkim anlaşmaları hakkında tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ceyda Süral, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, İzmir, 2015, (İptal Davası), s. 1386-1389. Öte yandan Tanrıver, bu tip anlaşmaları kamu düzenine aykırı kabul etmektedir. Tanrıver, a.g.e., s. 488.

olan taraf tahkim yeri ülkesinde kararın iptaline yönelik dava ikâme edebilir. Bu aşamada hakem kararı gizli ve özel alanından çıkarak ilk defa resmi makamlar önüne gelmekte, aleni bir nitelik kazanmaktadır³²⁶.

MTK md. 1 ve md. 2’deki şartları sağlayan hakem kararlarına karşı yalnızca iptal yoluna gidilebileceği MTK md. 15’te belirtilmektedir³²⁷. İptal davasının hangi mahkemede açılacağı konusunda bir yeknesaklık bulunmamasına karşın Model Kanun ile birlikte giderek yaygınlaşan anlayış uyarınca davanın, kararın yerli sayıldığı mahkemelerde ikâme edileceğinden bahsedilmektedir³²⁸. Bu durumda davanın açılacağı mahkeme, devletin benimsemiş olduğu tahkim yeri veya usûl hukuku kriterine göre değişkenlik gösterebilecektir. Yargıtay’ın yerli-yerli olmayan hakem kararı ayırımında usûl hukuku kriterine yakın durduğu belirtilmektedir. Ancak bu uygulamanın tahkim yeri kriterinden tamamen vazgeçildiği anlamına gelecek şekilde yorumlanmaması gerektiğinin de üzerinde durulmaktadır³²⁹.

Revizyon yasağı gereği mahkeme, hakem kararını yalnızca md. 15’te belirtilen tahdidi sebepler açısından inceleyebilmektedir. Diğer bir deyişle hakemlerin maddi hukuku doğru bir şekilde uygulayıp uygulamadıkları iptal davasına konu yapılamamaktadır³³⁰.

Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması hali ise aynı şekilde söz konusu maddede kendisine yer edinmiş bulunmaktadır. İptal mahkemesi, kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığını re’sen inceleme konusu yapabilmektedir³³¹.

³²⁶ Kalpsüz, iptal davasını bir müracaat yolu olarak yorumlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kalpsüz, a.g.e., s. 124-127. Akıncı ise, Kalpsüz’e atıf yaparak aynı fikirde olduğunu belirtmiştir. Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 257, dpn. 480. Aygün de, iptal davasını bir kanun yolu olarak değil, benzer şekilde bir hukuki çare olarak nitelendirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün, a.g.e., s. 662-667.

³²⁷ Hakem kararına karşı iptal yolunu düzenleyen diğer ülke mevzuatları hakkında açıklamalar için bkz. Aygün, a.g.e., s. 676-682.

³²⁸ İnci Ataman Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 2, 2011, (Mükerrer Kontrol), s. 42.

³²⁹ Tartışmalar için bkz. Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 43-45.

³³⁰ Süral, **İptal Davası**, a.g.e., s. 1385.

³³¹ Kararın kamu düzenine aykırı olması iptal sebebi, UNCITRAL Model Kanun md. 34/2/b/ii.’de de kendisine yer edinmiştir. Türkiye’nin 1991 yılında onay vererek taraf olduğu Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi md. 9 ise, iptal sebebi olarak yalnızca usûli hükümler içermekle birlikte, kararın kamu düzenine aykırılığı sözleşme uyarınca bir iptal sebebi teşkil etmemektedir. R.G. 23.09.1991 – 21000.

İptal davası açılan mahkemenin kamu düzenini *lex fori*'ye bağlı olarak inceleme konusu yapması gerekmektedir. Bu noktada ise iptal davası açılan ülkenin milletlerarası ticari tahkime bakış açısı önem kazanmaktadır. Tahkimi modern milletlerarası ticaretin bir parçası olarak gören ve söz konusu kurumun gelişiminin önündeki engelleri kaldırma yolunda ilerleyen devletler genel olarak milli-milletlerarası kamu düzeni ayırımıyla hareket etmektedir. Bu doğrultuda mahkemece uyuşmazlığın iç hukuk ilişkisinden ziyade milletlerarası ticari camiayı ilgilendiriyor olması göz önünde bulundurularak, milletlerarası kamu düzeni anlayışı içerisinde ve milli kamu düzeninin daha dar yorumlanarak bir değerlendirme yapılmasının milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına daha iyi cevap verebilecek nitelikte olduğu söylenebilir³³². Bu doğrultuda Süral, kamu düzeni kavramının Türk hakimleri tarafından iptal sebeplerinin genişletilmesi için bir araç olarak kullanılmaması gerektiği düşüncesini savunmaktadır³³³.

C. Tenfiz Aşamasında Kamu Düzeninin Etkisi

Milletlerarası ticarete söz sahibi devletler tahkim kurumunu, modern milletlerarası ticaretin ayrılmaz bir parçası olarak görmektedir. Buna yönelik olarak da milletlerarası ticareti ilgilendiren uyuşmazlıklarda kamu düzenini milli kamu düzenlerine nazaran dar yorumlamakta; net bir ayırma gitmeseler dahi milletlerarası kamu düzeni anlayışı ile hareket etmektedirler. Bu noktada beklenti, milli kamu düzeni anlayışlarının yeknesaklaştırılması olmayıp mahkemelerin, milletlerarası ticaretin niteliğini ve ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmasıdır. Bu değerlendirmenin de tenfiz ülkesinin asgari hukuk ve adalet standartları nezdinde yapılması gerektiği belirtilmektedir³³⁴.

Ancak hakem kararının tenfiz edilebilmesi için birtakım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Bu niteliklerden ikisi “*kararın taraflar için bağlayıcı olması*” ve “*kararın iptal edilmemiş olması*” dır. Tenfiz aşamasında kamu düzeninin etkisine geçmeden önce bu iki durum hakkında kısaca bilgi verilecektir.

³³² Aynı yönde bkz. Kalpsüz, a.g.e., s. 147; Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 409; Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 281; Aygün, a.g.e., s. 687; Süral, **İptal Davası**, a.g.e., s. 1403.

³³³ Süral, **İptal Davası**, a.g.e., s. 1403.

³³⁴ Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 409. Amerikan, Alman, İtalyan ve Fransız mahkemelerinin kamu düzenini dar yorumlamalarıyla ilgili kararlar için bkz. Şanlı, a.e., s. 409-413.

1. Hakem Kararının Taraflar İçin Bağlayıcı Olması

New York Sözleşmesi md. V/1-e uyarınca hakem kararının tenfizi, uyuşmazlık tarafları için “bağlayıcı” olmasına bağlıdır. 1927 yılında düzenlenen Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Konvansiyonu (Cenevre Sözleşmesi)³³⁵ döneminde hakem kararının tenfiz edilebilmesi için kesinleşmiş olması aranmaktaydı. Diğer bir deyişle Sözleşme’nin kesinleşme şartını içeren 1/d hükmü; hakem kararının tenfiz edilebilmesi için, kararın verildiği ülkede kesinleştirilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmakta idi³³⁶. Bu doğrultuda hakem kararının tenfizi; kararın verildiği ülkede itiraz, iptal veya temyiz gibi süreçlerden geçirilerek kesinleştirildikten sonra istenebilmekteydi. Ayrıca tenfiz isteyen taraf, kararın kesinleşmiş olduğunu ispatla yükümlü kılınmıştı. Bu gibi durumlar uygulamada çifte tenfize (*double exequatur*) yol açmıştı³³⁷.

New York Sözleşmesi’nde bu durumun önüne geçmek için “kesinleşme (*final*)” yerine taraflar için “bağlayıcı olma (*binding*)” tabiri getirilmiştir. Bunun yanı sıra hakem kararının bağlayıcı olmadığı ispatı ise aleyhine tenfiz istenen tarafa bırakılmıştır. Sözleşme hazırlayıcılarının bu yeni tabiri, çifte tenfiz uygulamasının önüne geçmek adına, bilinçli olarak seçtiği düşünülmektedir³³⁸. İspat yükünü davalıya bırakan hüküm ile birlikte değerlendirildiğinde Sözleşme’nin amacının, hakem kararının tenfizinin kolaylaştırılması olduğu söylenebilir.

Bu noktada hakem kararının bağlayıcı olduğu anın hangi hukuka göre belirleneceği sorusu akla gelmektedir. Bu hukukun kural olarak, tahkim usûlüne uygulanacak hukuk olarak kabul edildiği dile getirilmektedir³³⁹. Bu görüş uyarınca kararın denetimi için herhangi bir yargı yolunun mevcut olmaması durumunda karar, verildiği andan itibaren taraflar için bağlayıcı hale gelecektir³⁴⁰. Ancak tarafların yargı yoluna başvurma hakkından imtina etmeleri ya da tahkim yargılamasının kurumsal

335 Türkiye sözleşmeye taraf değildir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. Er.: <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/6/16020.pdf>, E.T.: 25.03.2017.

336 Bu yorumu yapan yazarlar için bkz. Mehmet Akif Gül, **New York Sözleşmesi Bağlamında Usûli Tenfiz Engelleri**, On İki levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos, 2016, s. 117, dpn. 371.

337 Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 457; Gül, a.g.e., s. 117.

338 Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 457. Bu görüşteki yazarlar için bkz. Gül, a.g.e., s. 118, dpn. 375-376.

339 Gül, a.g.e., s. 120.

340 Gül, a.g.e., s. 121. Aynı yönde bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 459. Uygulamadaki örnekler için bkz. Şanlı, a.e., s. 460-463.

tahkim merkezi kuralları ya da model düzenlemeler ışığında yürütülmesi halinde kararın bağlayıcılık anı, hakem kararının verildiği an olarak kabul edilmektedir³⁴¹.

Uygulamada hakemlerin kararlarında, kararın taraflar için bağlayıcı hale geldiğine ilişkin bir şerhe yer verdikleri belirtilmektedir³⁴².

Bunun yanı sıra, New York Sözleşmesi md. IV’de yer alan şartları barındıran hakem kararının, kararın verilmesi ile birlikte taraflar için bağlayıcı hale geleceğine ilişkin görüşler de mevcuttur³⁴³.

Doktrindeki görüşler ışığında ve New York Sözleşmesi’nin lafzı ve amacı birlikte değerlendirildiğinde hakem kararının -tenfizinin akit devletlerden birinde istenilmiş olması ve Sözleşme’de belirtilen kriterleri taşıması şartıyla- hakemler tarafından verildiği andan itibaren bağlayıcı hale geleceği söylenebilir. Bu noktada tahkim usulüne uygulanacak hukukun bir ülke hukuku mu; yoksa kurumsal tahkim merkezi kuralları mı olduğunun bir önemi olmayacağı ifade edilebilir. Tahkim usulüne uygulanacak hukukun bir ülke hukuku olması durumunda yapılacak bir değerlendirme, farklı ülke hukukları ya da düzenlemeler karşısında çifte tenfizin önünü açacak nitelikte olabilecektir. Bu durum da milletlerarası ticari alanda güvensizlik ve belirsizliğe sebebiyet verebilecek ve Sözleşme’nin amaçlarına aykırılık teşkil edebilecektir.

2. Hakem Kararının, Kararın Tabî Olduğu Hukuka Göre İptal Edilmemiş Olması

İptal davası sonucunda mahkeme, kısmi iptale ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla ya davacıyı haklı görerek kararı iptal etmekte ya da davacı aleyhine karar verip davayı reddetmektedir.

İptal davasının reddedilmesinin ardından davacının karar gerekliliklerini kendiliğinden yerine getirmesiyle uyuşmazlık sonuçlanabilir. Böyle bir durumda kararın tenfiz edilmesi için bir neden kalmamaktadır. İptal davasının reddine rağmen davacının

³⁴¹ Günseli Öztekin Gelgel, “New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, s. 1149; Gül, a.g.e., s. 124;

³⁴² Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 463.

³⁴³ Öztekin Gelgel, a.g.e., s. 1149-1150; Yavuz Kaplan, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kesinleşme ve Bağlayıcılık Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, 2001, s. 428. Yargıtay uygulamaları için bkz. Şanlı **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 461-462.

karar gerekliliklerini yerine getirmedeği bir durumda ise davalı açısından, ilgili ülke ya da ülkelerde kararın tenfizini istemekten başka çare kalmamaktadır³⁴⁴. Bu tenfiz ülkesi de genellikle davalı tarafın işletmesinin, yerleşim yerinin, mallarının veya haklarının bulunduğu ülke olmaktadır.

Tenfiz mahkemesi, uyuşmazlığın kamu düzenine aykırılığına yönelik yapacak olduğu incelemeyi, öncelikle *lex fori* uyarınca değerlendirecektir³⁴⁵. İptal edilen bir hakem kararının tenfizinin istenip istenemeyeceği konusu ise tartışmalı olmakla birlikte konuya kısaca değinilecektir.

Ataman Figanmeşe, iptal ve tenfiz davalarını, amaç yönünden birbirinden ayrı davalar olarak görmektedir. İptal davasını, kararın hukuk aleminden yok edilmesi olarak nitelendiren yazar; tenfiz davasını ise tersine kararın yabancı bir ülkede icraîliğini sağlamak adına açılmış bir dava olarak yorumlamaktadır. Ancak buna rağmen, iki davada da mahkemenin inceleme konusu yaptığı hususların neredeyse birebir aynı olmasının doktrinde bazı tartışmalara sebebiyet verdiğini ve bu durumun usûl ekonomisine aykırılık teşkil ettiğine yönelik görüşlerin olduğunu belirtmektedir³⁴⁶. Yazar ayrıca bazı ülkelerde iptal davasının sonucu beklenmeden tenfiz davasının görülmeye başlandığı³⁴⁷ ya da iptal edilmiş bir hakem kararının, bu iptale rağmen başka bir ülkede tenfiz edildiği durumlarla karşılaştığını da ifade etmektedir³⁴⁸.

Bunun yanı sıra iptal edilen hakem kararlarının tenfizine yönelik aslen iki görüşün bulunduğu belirtilmektedir. İlk görüş³⁴⁹ iptal edilen hakem kararlarının hiçbir değer taşımadığını, iptal kararının ülke aşan bir etkiye (*extra territorial effect*) sahip olduğunu

³⁴⁴ Davacının tahkim yeri ülkesinde malvarlığı bulunması hali saklı tutulmuştur.

³⁴⁵ Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3653. ABAD'ın tenfiz davasında ulusal mahkemelerin *lex fori* uyarınca karar vereceği ve bu uygulamaların sınırları hakkında vermiş oldukları kararlar için bkz. Ceyda Süral, **Avrupa Birliği'nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007, (AB'de Tenfiz), s. 102. Hakem kararlarının tenfiz edilmesinin gerekli olup olmadığı; tenfiz kurumunun, aleyhine tenfiz edilen taraf nezdinde meydana getireceği olumsuz sonuçlar hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. Rifat Erten, "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 25, S. 1-2, 2005-2006, s. 211-212.

³⁴⁶ Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 51-52.

³⁴⁷ "...hakem kararının iptal edilmesi için dava açılmış olması, tek başına hakem kararının tenfizini engelleyebilecek bir durum değildir." Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 399.

³⁴⁸ Fransız ve Amerikan mahkemelerinin iptal edilmiş hakem kararlarının tenfizine yönelik hükümleri için bkz. Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 58.

³⁴⁹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Gül, a.g.e., s. 132, dpn. 421.

ileri sürmektedir. Diğer bir görüş³⁵⁰ ise hakem kararının tenfizi noktasında tenfiz hakiminin takdir yetkisine sahip olduğunu iddia etmektedir. İkinci görüş³⁵¹ ise milletlerarası hakem kararlarının milliyetinin bulunmadığını; dolayısıyla iptal kararının, kararın tenfizi üzerinde etkili olmayacağını dile getirmektedir. Bu görüş, mahalli kriterler uyarınca iptal edilen hakem kararlarının, kararın tenfizi üzerinde etki doğurmayacağını; buna karşın milletlerarası kriterler uyarınca iptal edilen hakem kararlarının tenfizinin ise reddolunabileceğini savunmaktadır.

Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde Anayasa md. 90/4 uyarınca usûlüne uygun olarak yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olup andlaşmaların, ele aldığı konu itibariyle özel hükümler içermesi nedeniyle öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. New York Sözleşmesi'nin V/1-e hükmü, tenfiz ret sebepleri arasında hakem kararının iptal edilmiş olmasını da saymaktadır. Ancak buna rağmen, Sözleşme md. VII/1 uyarınca tenfiz ülkesi milli mevzuatının, tahkim yeri ülkesine nazaran daha elverişli hükümler içermesi halinde davacı taraf bu hükümlerden yararlanabilmektedir³⁵². Bunun yanı sıra New York Sözleşmesi md. V/1-e³⁵³ ve konumuz açısından önem taşıyan kamu düzeni için ise md. V/2, “*may be refused*” ve “*may also be refused*” tabirini tercih etmiştir. Yani hüküm MÖHUK'un aksine, “*reddedilebilir*”, “*aynı zamanda reddedilebilir*” demek suretiyle iptal edilen hakem kararın tenfizi noktasında hakime takdir yetkisi vermiş olmaktadır³⁵⁴. Bu doğrultuda New York Sözleşmesi kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından Türk hakimlerinin iptal edilmiş bir hakem kararını tenfiz edip etmeme noktasında takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir.

Bu noktada Ekşi, New York Sözleşmesi hükümleri ile MÖHUK'u kıyaslarken hakem kararının iptal edilebileceği yer yönünden bir yaklaşım sergilemektedir³⁵⁵. Yazara

³⁵⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Gül, a.g.e., s. 133, dpn. 425-426.

³⁵¹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. Gül, a.g.e., s. 133, dpn. 423-424.

³⁵² Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 351. Türk Hukuku açısından ele alınacak olursa yabancı hakem kararlarının tenfizine yönelik MÖHUK'ta yer alan düzenlemelerin, Sözleşme hükümleriyle özdeş olduğu söylenebilir. Sözleşme ile MÖHUK hükümleri arasında kıyaslamalar için bkz. Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 483-484.

³⁵³ “*The award has not yet become binding on parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.*”

³⁵⁴ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 397.

³⁵⁵ New York Sözleşmesi md. I/1 uyarınca Sözleşme'ye taraf olmayan ülkelerde verilen ve uygulanan usûl bakımından yerli hakem kararı sayılmayan hakem kararları MÖHUK hükümlerine tâbi olacaktır. Ayrıca yerli olmayan hakem kararlarının tenfizi açısından MÖHUK'un kapsamının oldukça sınırlı olduğu da dile getirilmektedir. Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 483.

göre New York Sözleşmesi uyarınca hakem kararının iptali, kararın tâbi olduğu veya verildiği yer yetkili mercileri tarafından istenebilecektir. MÖHUK md. 62/1-h ise hakem kararının yalnızca kararın verildiği yer mahkemesince iptal edilebileceği hükmünü içermektedir. Yazara göre tâbi olduğu hukuka göre iptal edilen bir hakem kararı Sözleşme uyarınca Türkiye’de tenfiz edilemezken, aynı kararın daha lehe hüküm içeren MÖHUK uyarınca tenfizi istenebilecektir³⁵⁶.

Yukarıda açıklanan görüşler ışığında New York Sözleşmesi md. V/1 ve md. V/2 incelendiğinde Ekşi’nin belirttiği gibi “*Sözleşme uyarınca Türkiye’de tenfiz edilememe*” gibi kesin bir durum bulunmamaktadır. İptal edilmiş bir kararın tenfizi, Sözleşme uyarınca hakimin takdirine bırakılmış durumdadır.

MÖHUK’un ret sebeplerini düzenleyen md. 62’de “*...tenfiz istemini reddeder.*” hükmü yer almaktadır. Kanunun lafzıyla hareket edildiğinde MÖHUK’un uygulama alanına giren ve iptal edilmiş bir hakem kararına karşı Türk hakiminin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Sonuç olarak da MÖHUK kapsamında değerlendirilen ve iptal edilmiş bir hakem kararının Türkiye’de tenfizi mümkün olmayacaktır.³⁵⁷ Bu açıdan değerlendirildiğinde ilk olarak lehe hüküm içeren düzenlemenin New York Sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz.

İkinci olarak kararın iptal edilebileceği yer yönünden ise sözleşmenin lafzının ve amacının sistematik bir şekilde değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Sözleşmede yer alan “*kararın tâbi olduğu veya kararın verildiği yer*” hükmü, Ekşi’nin yorumladığı şekilde değerlendirildiğinde iptal davasının birden fazla mahkemede açılabileceği düşüncesi uyandırabilir. Ancak:

Daha önce belirtildiği üzere usûl hukuku kriterinin uygulandığı bir ülkede iptal davası, kararın tâbi olduğu ülkede açılabilecektir. Bununla birlikte tahkim yeri kriterinin esas alındığı bir üye devlette iptal davasının ise tahkim yeri ya da karar yeri ülkesinde açılması öngörülmektedir. Bu açıdan Sözleşme’nin amacının iptal davasının açılabileceği mahkemeyi düzenlemekten ziyade; iptal davasına ilişkin üye devlet kriterleri arasında bir

³⁵⁶ Nuray Ekşi, **New York Konvansiyonu’na Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi**, Beta Basım, İstanbul, 2009, (İptal Edilen Hakem Kararları), s. 139-140.

³⁵⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 483.

uyum yakalamak olduğu söylenebilir³⁵⁸. Kaldı ki günümüz modern tahkim düzenlemelerinde (ülke hukukları, model kurallar vb.) iptal davasının birden fazla ülke mahkemesinde açılabilceğini öngören bir hüküm de mevcut değilken; Sözleşme'nin yorumundan bu tarz bir sonuca varmak isabetli olmayacaktır. Kaldı ki New York Sözleşmesi'nin esas konusu yabancı hakem kararlarının tenfizi olup Sözleşme, iptal davasının açılabilceği mahkemeleri ülke hukuklarında kabul edilen sistemlere bırakmış durumdadır.

New York Sözleşmesi uyarınca takdir hakkını kullanırken tenfiz hakiminin, iptal sebebini de göz önünde bulunduracak şekilde; ulusötesi kamu düzenini ihlal eden bir iptal sebebini varlığı halinde tenfizi reddetmesi³⁵⁹, tamamen mahalli gerekçelerle iptal edilen bir hakem kararında ise iptal karardan sıyrılarak karar vermesi yerinde bir uygulama olarak görülebilir³⁶⁰. Bunun dışında MÖHUK'un uygulama alanına giren bir kararın varlığı halinde ise takdir yetkisi olmadığından hakim, tenfizi reddetmek durumunda kalacaktır.

3. Tenfiz Mahkemesinde Kamu Düzeni Etkisi

Hakem kararının tenfizi, kararın icrası bakımından son aşamayı oluşturmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde hakem kararının etki alanı, yalnızca tenfiz edileceği ülke ile sınırlı olmaktadır. Dolayısıyla tekrar etmekte fayda vardır ki tenfiz hakimi, uyuşmazlığın kamu düzeni değerlendirmesini ilk olarak *lex fori*'ye göre yapacaktır. Bunun yanı sıra tenfiz hakiminin yapacağı kamu düzeni değerlendirmesinin *lex fori* ile sınırlı olmaması gerektiğine dair Born'un açıklamaları mevcuttur.

Born, taraflarca seçilen yabancı hukuk kamu düzenine aykırılığın tenfiz aşamasında ileri sürülüp sürülemeyeceği konusunda istikrar kazanmış bir uygulamanın mevcut olmadığını belirtmektedir³⁶¹. Yazar, tenfiz aşamasında yabancı kamu düzeni değerlendirmesini, ilk bakışta New York Sözleşmesi'ne aykırı bulmamakta; yabancı kamu düzeninin ikincil ve dolaylı nitelikte olmak üzere uygulanabileceğini dile

³⁵⁹ New York Sözleşmesi'nin md. V/2-b' de yer alan kamu düzeni kavramının, ulusötesi kamu düzenini de içine alacak şekilde yorumlandığı belirtilmektedir. Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3655.

³⁶⁰ Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 465; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 44, Ankara, 1994, (Tenfiz), s. 152.

³⁶¹ Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3667.

getirmektedir. Ancak tenfiz hakiminin somut olayın özelliklerine göre, meydana gelebilecek yetkisel ve maddi sorunları da göz önünde bulundurarak özenli bir şekilde hareket etmesi gerektiğini de belirtmektedir³⁶². Tenfiz davası sırasında hakimin göz önünde bulundurabileceği bu yaklaşım milletlerarası yardımlaşma, ahenk ve istikrar açısından önemli bir adım olarak düşünülebilir.

New York Sözleşmesi, taraf devletlerde tenfiz usûlü ve ret sebepleri açısından bir yeknesaklık sağlamış durumdadır. Ancak içi doldurulamayan kamu düzeni kavramının milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun bir anlayış ile yorumlanarak hareket edilmesi, bu yeknesaklığı bir adım ileri götürecektir.

³⁶² Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3667.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİNİN KAPSAMI

I. MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE ESAS ALINAN KAMU DÜZENİNİN KAPSAMI

A. Genel Olarak

Bu bölümde milletlerarası ticari tahkimde taraf iradesini kısıtlayan ve daha önce genel ve soyut olarak değerlendirilen kamu düzeni kavramının içeriği somutlaştırılmaya çalışılacak; bununla birlikte Yargıtay'ın geçmiş yıllardaki uygulamaları da değerlendirme konusu yapılacaktır. Kamu düzeninin kapsamı *ulusötesi kamu düzeni* olarak nitelendirilen kavramdan hareketle belirlenmeye çalışılacak; bu bağlamda kamu düzeni, usûli ilkeler ve maddi hükümler şeklinde iki başlık halinde aktarılacaktır.

Usûli ilkeler başlığında hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı; adil yargılanma hakkına bağlı sebepler adı altında tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürebilme hakkı ve avukat tutma hakkı; tahkim anlaşmasına bağlı sebepler adı altında taraflardan birine üstünlük tanıyan tahkim anlaşmaları ve asimetric (tek taraflı) tahkim anlaşmaları; hakem kararına bağlı sebepler adı altında ise gerekçesiz veya çelişkili gerekçe barındıran hakem kararları ve hakem kararında keyfiliğin bulunması; kesin hüküm prensibine aykırılık; yargılamanın iadesi sebepleri; tahkim süresinin sona ermesinden sonra yapılan işlemler; özel yetki verilmeden yapılan tahkim anlaşmasına binaen verilen hakem kararı ve iptal davası ile birlikte devam eden ceza soruşturması konuları ele alınacaktır.

Maddi hükümler başlığında ise müdahaleci normlara aykırılık; vergi borcu yükümlülüğünün devrine ilişkin sözleşmeler; UNIDROIT ilkeleri; Amerikan Hukuku'nda sıkça karşılaşılan özel hukuk cezası (*punitive damages*) kararları; rüşvet, nüfuz ticareti ve kulis faaliyeti; hileli davranış ve yalancı tanıklık; zayıf tarafın korunması; kumar borcu; ticari yaptırımlar, ithalat-ihracat kısıtlamaları, döviz kontrol kuralları, ambargolar ve benzeri düzenlemeler; rekabet kurallarına aykırılık; milletlerarası yükümlülükler ve milletlerarası nezaket ilkesi; çevrenin korunması ve doğal kaynakların tüketimi; tazminatsız kamulaştırma yasağı ile tarihi ve kültürel mirasın korunması konuları ele alınacaktır.

Yukarıda bahsi geçen kavramların tümünün milletlerarası alanda kabul gördüğünü ve milletlerarası ticari tahkim alanda kamu düzeni kapsamının içerisinde yer aldığını söylemek doğru olmayacaktır³⁶³. Bu ilkelerden bazıları şüphesiz ülkeden ülkeye değişkenlik gösteren nitelikler barındırmaktadır. Çalışmanın son bölümünde söz konusu kavramlar genel bir biçimde açıklanacak ve Yargıtay'ın yaklaşımı ile birlikte ele alınarak kamu düzeni kapsamı içerisinde yer alıp almadığı hakkında görüşlere yer verilecektir.

B. Usûli İlkelerde Kamu Düzeni

Usûli ilkelerden kaynağını alan kamu düzeni, milletlerarası ticari alanda temel birtakım usûl hukuku ilkelerine uyulup uyulmadığının araştırılmasını kendisine konu edinmektedir. Usûli kamu düzeninin tahkim usûlüne uygulanacak hukuka göre değişkenlik gösterdiği; ancak tahkim yeri usûl hukuku milletlerarası kamu düzeni anlayışının her halükarda nazara alınması gerektiği belirtilmektedir³⁶⁴. Bu başlık altında bu temel ilkelerden bazıları üzerinde durulacaktır.

1. Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

Hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin evrensel nitelikte³⁶⁵ ve kamu düzeni kavramının vazgeçilmez bir prensibi olduğu kabul edilmektedir³⁶⁶. Ayrıca Nomer ve Özel, Kıta Avrupası sisteminde hakemlerin tarafsız ve bağımsızlığı ile devlet mahkemesi hakimlerinin tarafsız ve bağımsızlığının eşit görüldüğünün de altını çizmektedir³⁶⁷.

Hukuk sistemleri, özel şahıs veya şahıslar tarafından verilen kararları nasıl hukuki sayıyor ve bu kararların mahkeme kararı gibi devlet zoruyla icrasını kabul ediyorsa; tahkim kurumunun da aynı şekilde belli başlı usûli prensip ve garantilerinin

³⁶³ Lew/Mistelis/Kröll, a.g.e., s. 723.

³⁶⁴ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 179.

³⁶⁵ Süheylâ Balkar Bozkurt, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 3. “Dolayısıyla, hakemlerin bağımsızlık yükümlülüğüne ilişkin olarak bahsettiğimiz hukuki dayanak, bu yükümlülüğün temin edildiği pozitif hukuk normları değildir. Hukuki dayanağın, bizzat tahkim teorisi içerisinde aranması gerekir.” Balkar Bozkurt, a.e., s. 452.

³⁶⁶ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 180; Akıncı, **Tenfiz**, a.g.e., s. 167.

³⁶⁷ Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999-2000, (Tenfizde Kamu Düzeni), s. 560; Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 180. Bu nitelendirme hiç şüphesiz; hakemlerin bağımsızlığını, hakimlere benzer şekilde teminat altına alma düşüncesine dayanmaktadır. Bunun dışında hakemlerin bağımsızlıklarının niteliğine ilişkin bilgi ve teoriler ile Uluslararası Barolar Birliği'nin (IBA) hazırladığı *Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA İlkeleri* hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Balkar Bozkurt, a.g.e., s. 146-215.

olması gerektiği belirtilmektedir. Bu usûlü prensipler arasında da hakem mahkemelerinin bağımsızlığı ve tarafların bu mahkeme önündeki eşitliği sayılmaktadır³⁶⁸.

Fransız Mahkemesi, hakemin bağımsızlığı ilkesini “*hakemin kendisini, taraflardan biri lehine etki altına alacak bir kişi ya da kurumla açık ve maddi ya da manevi bağlantısı olmaması durumu*” olarak ifade etmektedir. Amerikan Mahkemesi ise tarafsızlık ilkesini “*hakemin, yargılama sırasında taraflardan birini gözetecek bir tehlikenin ya da durumunun mevcut olmaması*” olarak tanımlamaktadır³⁶⁹. Hakemlerin herhangi bir kişiden, kurumdan emir, talimat, “*tavsiye ya da telkin alması veya kararını objektif bir şekilde vermesini engelleyebilecek şekilde*”³⁷⁰ bir bağlantısının bulunması durumu bağımsızlığını zedeler nitelikte görülmektedir. Bunun yanı sıra hakemin, taraflardan biri ile akrabalığının ya da iş ilişkisinin olması durumunun da bağımsızlığına ve tarafsızlığına etki edeceği belirtilmektedir³⁷¹.

Tahkim kurumunun meşruiyetinin en önemli unsurlarından bir tanesinin hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı prensibi olduğu söylenebilir. Söz konusu ilke ile ulaşılmak istenen temel amaç; hakemlerin kişi ya da kurumlara bağlı olmadan tarafsız bir şekilde hareket ederek objektif ve adil kararlar verebilmeleridir. Bu bağlamda hakemlere ve dolayısıyla da tahkim kurumuna olan güvenin bu tip kararlarla sağlanacağından bahsedilebilir.

Nomer, Tanrıver ve Özel, bu prensibin ihlal edildiğine ilişkin subjektif ve soyut değerlendirmeler yerine objektif ve somut uygulamaların varlığına ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir³⁷². Diğer bir deyişle hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına yönelik soyut şüphelerden ziyade hakem kararına etki edecek somut bulguların varlığı aranmaktadır³⁷³. Dolayısıyla karar, bu tip şüphelerin hakem kararında somutlaştığı

³⁶⁸ Ergin Nomer, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 4, S. 1, 1984, (Hakem Bağımsızlığı), s. 29.

³⁶⁹ Emilia Onyema, **International Commercial Arbitration and the Arbitrator’s Contract**, Routledge, 2010, s. 146. Bağımsızlık kavramının; tarafsızlık, nötrlük ve objektiflik kavramından farkları hakkında bilgiler için bkz. Balkar Bozkurt, a.g.e., s. 103-115.

³⁷⁰ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 180.

³⁷¹ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 180.

³⁷² Nomer, **Hakem Bağımsızlığı**, a.g.e., s. 31; Tanrıver, a.g.e., s. 484; Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 180.

³⁷³ Kronke vdi., a.g.e., s. 371. Alman Hukuku’nda Alman Yüksek Mahkemesi’nin yorumladığı şekliyle hakemin bağımsızlığı ilkesinin ihlalinin, iddia eden tarafça kanıtlanması ve ihlalin hakem kararına etki etmesi halinde mümkün olduğu belirtilmektedir. Andreas Reiner, “Hakemin Bağımsız ve/veya Tarafsız Olmadığının veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen

takdirde kamu düzenine aykırı hale gelmektedir³⁷⁴. Akıncı da aynı şekilde, kamu düzenine aykırılığın somut olayın özelliklerine göre ve hakem kararında etkisini gösterdiği durumlarda gündeme geleceğini belirtmektedir³⁷⁵.

Öte yandan Şanlı, söz konusu ilkenin ihlalinin, hakem kararında somutlaşmış bulunmasa dahi gündeme gelebileceği görüşündedir. Yazar, genel usûl hukuku ilkelerini ihlal eden bir durumun varlığı halinde –söz konusu durumun kararın içeriğine yansıyor yansımadağına bakılmaksızın- hakem kararının kamu düzenine aykırı hale geleceğini ifade etmekte³⁷⁶; bu görüşünü de tek hakemin ya da üçüncü hakemin taraflardan birinin yönetim kurulunda olduğu Ticaret ve Sanayi Odası'nın yönetim kurulu tarafından atanması hali ve taraflardan birinin hakemlerin tamamını, tek hakemi ya da üçüncü hakemi seçme durumu gibi örneklerle desteklemektedir. Ayrıca yazar, hakemlerin bağımsızlıklarına ilişkin şüphelerin karar içeriğine yansımalarını muhtemel görmemektedir³⁷⁷.

Şanlı'nın ikinci örneği, taraflardan birine üstünlük tanıyan tahkim anlaşmaları başlığı altında incelenecek olup ilk örneğe ilişkin denilebilir ki hakemlerin bağımsız ve tarafsızlığına ilişkin ret sebepleri, Model Kanun ve MTK'da etraflıca ele alınmış durumdadır. MTK'da hakemlerce yerine getirilmesi öngörülen bir yükümlülük de tarafsızlık ve bağımsızlığını şüpheye düşürecek bir halin varlığı halinde söz konusu durumun taraflara bildirilmesidir. Model Kanun'da bu yükümlülük "*hakemlerin açıklama ödevi*" adıyla zikredilmektedir (Model Kanun md. 11). Bu tip durumların sonradan ortaya çıkması halinde dahi hakemler, taraflara bildirme mecburiyetindedirler (MTK md. 7/C).

Bu bildirim yapılmadığı ve söz konusu durumun iptal ya da tenfiz davası sırasında ortaya çıktığı düşünüldüğünde ise milli mahkemeler bir değerlendirme yapmak durumunda kalacaktır. Nitekim *HSMV Corp, v. ADI Ltd.* kararında³⁷⁸ hakemin avukatlık

Hakem Kararına Etkisi", **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı**, II. Oturum, Çev. Müslüm Yılmaz, Beta Basım, İstanbul, 2008, s. 66.

³⁷⁴ Nomer, **Hakem Bağımsızlığı**, a.g.e., s. 31; Tanrıver, a.g.e., s. 484; Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 180.

³⁷⁵ Akıncı, **Tenfiz**, a.g.e., s. 198.

³⁷⁶ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, a.g.e., s. 678.

³⁷⁷ Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 481.

³⁷⁸ *Hsmv Corp. v. Adi Ltd.*, 72 F. Supp. 2d 1122 (C.D. Cal. 1999) Karar için bkz. Er.: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/72/1122/2336084/>, E.T.: 01.04.2017.

bürosu, uyuşmazlık taraflarından birinin danışmanlığını yapmaktadır. Hakem söz konusu durumu diğer uyuşmazlık tarafından saklayarak karar vermiştir. Amerikan Mahkemesi, bildirim yükümlülüğünün ihlalini hakemin tarafsızlığının ortadan kalkması için yeterli görmüş ve tenfiz talebini reddetmiştir. Amerikan Mahkemesi, *HSN Capital LLV v. Productora Y Comercializador De Television* kararında ise³⁷⁹ taraflardan birinin avukatı ile hakemin aynı jüri heyetinde kaydı bulunması iddiasını, delillerle desteklenmediği sürece hakemin tarafsızlığına yönelik “uzak ve spekülâtif” bir iddia olarak değerlendirmiştir. Aynı şekilde Alman Mahkemesi’nin³⁸⁰, uyuşmazlık taraflarından birinin hukuk ofisinde çalışan stajyerin, sonradan hakemin sahip olduğu hukuk ofisine geçmesi ve bu durumun hakemin bağımsızlığını etkilediği iddiasını tek başına yeterli bulmadığı belirtilmektedir.

Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığını ihlal edebilecek durumların önceden belirlenebilmesi, hakimlerinkine nazaran zor görünmektedir. Zira hakimler, bağımsızlığını ve tarafsızlığını bir ülkedeki kuvvetler ayrılığı ilkesinden de alabilirken; hakemler için böyle bir durumun var olduğunu söylemek güçtür.

İrade serbestliği ilkesi tahkim yargılamasında, hakemin reddi sebeplerinde dahi kendisini göstermektedir. Başka bir deyişle taraflar, hakemin reddi sebeplerini dahi serbest iradelerince belirleyebilmektedir. Tahkim yargılamasının diğer bir özelliği de milli mahkemelere nazaran daha hızlı bir yargılama imkanı sunmasıdır. Taraflara bu derece geniş bir serbesti tanıyan ve devlet yargılamasına göre daha hızlı işlemesi öngörülen bir yargılama prosedüründe soyut duruma bağlı olarak yapılacak bir değerlendirmenin tahkim kurumunun yapısı ve niteliğiyle bağdaşmayacağı söylenebilir. İlk olarak tahkim taraflarının genellikle, hakemlerin bağımsızlığını öngörebilecek niteliklere sahip oldukları kabul edilebilir. Keza MTK md. 7/D’de hakemin reddi sebeplerinin taraflarca kararlaştırılmasına imkan vermesinin nedenlerinden birinin de bu olduğu akla gelmektedir. İkinci olarak Model Kanun ve MTK’nın, hakemlere bildirim yükümlülüğü getirerek bu tip soyut durumları nesnelleştirmeye çalıştığı düşünülebilir.

Soyut bir durum neticesinde iptal edilen ya da tenfizi reddedilen bir karar, her şeyden önce usûl ekonomisi ilkesinin göz ardı edilmesi anlamına gelebilir ve tahkim

³⁷⁹ 2006 WL 1876941 (decided 2006), Kronke vdi., a.g.e., s. 372’den naklen.

³⁸⁰ OLG Dresden, SchiedsVZ 2008, 309, at 311. Kronke vdi., a.g.e., s. 372’den naklen.

kurumunun süratli ve taraf iradesine önem veren yapısına ters düşebilir. Bu durum hakemlerin yeniden seçilerek uyuşmazlık hakkında aynı içeriğe sahip başka bir kararın en baştan ve başka hakemlerce verilmesine neden olabilecek vaziyetlerin oluşmasına sebebiyet verebilir. Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi, niteliği gereği somut olayla iç içe geçmiş bir konumdadır. Somut olayda belli olgu ve vakıaların varlığı, hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda kuvvetli bir şüphe uyandırmaktaysa; ayrıca bu şüphenin yanında hakem tarafından ağır bir sorumluluk ihlali vücut bulmuşsa hakemin bağımsızlık ve tarafsızlığının ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Ancak bunun dışındaki hallerde somut olaydaki iddiaların delillerle desteklenerek ve hakem kararına etkili olduğu ölçüde değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla soyut durumun somut delillerle desteklenmediği sürece kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı dile getirilebilir. Kaldı ki genellikle iki tarafı da tacir olan uyuşmazlık taraflarından hakem seçiminde ihtiyatlı davranılmasının beklenmesi olağan dışı bir beklenti değildir.

Bu noktada son olarak Milletlerarası Tahkimdeki Menfaat Çatışmalarına İlişkin IBA İlkeleri'nde³⁸¹ hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik hazırlanan listeler uyarınca bir değerlendirme yapılabilir. Bu listeler kırmızı, turuncu ve yeşil olmak üzere üç tanedir. Listede olmayan durumlar için ise genel standartlar uygulama alanı bulmaktadır. Kırmızı liste feragat edilemez ve feragat edilebilir olacak şekilde 2 kısma ayrılmaktadır. Feragat edilemeyen kırmızı listede yer alan bir durumun varlığı halinde hakem kararının kendiliğinden kamu düzenine aykırı hale geleceği; feragat edilebilir kırmızı listede yer alan durumların varlığı halinde ise hakem kararının sonuçları bakımından bir değerlendirme yapılması durumunda kalınacağından bahsedilebilir. Feragat edilemeyen kırmızı listede hakemin, uyuşmazlık taraflarından birinin yasal temsilcisi ya da işçisi olması gibi örnekler yer alırken; feragat edilebilir kırmızı listede hakemin, uyuşmazlık taraflarından birine uzman görüşü vermiş olması gibi haller yer almaktadır.

Turuncu listede yer alan bir durum, hakemin bildirim yükümlülüğünde olmakla birlikte kırmızı listeye nazaran daha hafif ihlal durumlarını ihtiva etmektedir. Hakemin bildirimine rağmen itiraz edilmemişse, tahkim yargılaması devam edebilmektedir. Bu

381 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Er.: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafce8918>, E.T.: 22.03.2017.

listede, iki hakemin aynı hukuk bürosunda avukat olarak görev yapması gibi örnekler mevcuttur. Yeşil liste ise hakemlerin bildirim yükümlülüğünün olmadığı durumları içermektedir³⁸². Bu listede ise hakemlerden birinin, uyuşmazlık taraflarından birisinin şirketinde çok düşük miktarda hisseye sahip olması hali örnek olarak verilmiştir. Söz konusu ilkelerde yer alan listelerdeki durumlar, hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına yönelik bu tartışmalar açısından bir kriter olarak göz önünde bulundurulabilir.

MTO Tahkim Kuralları uyarınca verilen kararları, MTO Tahkim Kuralları md. 33 uyarınca Divan'ın şeklen incelemesine tâbidir. Divan, hakemlerin karar verme özgürlüğünü etkilemeksizin karara ilişkin şekli değişiklikler yapma yetkisine sahiptir. Ayrıca Divan, hakemlerin dikkatini esasa ilişkin hususlara da çekebilir. Divan'ın şekil incelemesinden geçmeyen bir karar verilemeyeceği de madde metninin son cümlesinde belirtilmiştir³⁸³.

Söz konusu durumun Yargıtay'ca hakemlerin bağımsızlığı ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmış ve kamu düzenini ihlal ettiği gerekçesiyle kararın tenfizine engel olunmuştur³⁸⁴. Yargıtay'ın bu kararı Türk doktrininde eleştirilmiş ve Divan'ın yalnızca şeklen yaptığı bu incelemenin kararın tenfizinin teminine yönelik bir işlem olduğu, hakemlerin bağımsızlığına zarar vermediği ve dolayısıyla da kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği öne sürülmüştür³⁸⁵. Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 1989 yılında vermiş olduğu bir kararda Divan'ın hakem kararını gözden geçirmesinin hakem bağımsızlığının ihlali anlamına gelmeyeceği hükme bağlanmıştır³⁸⁶. Yargıtay sonradan

³⁸² Balkar Bozkurt, a.g.e., s. 205-206.

³⁸³ Madde 33: “*Hakem Kurulu, kararı imzalamadan önce taslak halinde Divan'a sunar. Divan, kararın şekline ilişkin değişiklikler yapabilir ve hakem kurulunun karar verme özgürlüğünü etkilemeksizin, esasa ilişkin hususlara dikkatini çekebilir. Hakem Kurulu, Divan'ın şekil yönünden onaylamadığı bir karar veremez.*”

³⁸⁴ Y. 15. HD., 10.03.1976 T., 1975/1617 E., 1976/1052 K. Karar eleştirisi için bkz. Rabi Koral, “Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay Hukuk Dairesinin 176 tarihli Kararının Eleştirisi”, **Hıfzı Timur'un Anısına Armağan**, İstanbul, 1979, s. 419-491.

³⁸⁵ Koral, a.g.e., s. 469; Nomer, **Hakem Bağımsızlığı**, a.g.e., s. 30; Ergin Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. 1, 4. Bası, Beta Basım, İstanbul, Mart, 2013, s. 74; Nuray Ekşi, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 1, 2009, (ICC Hakem Kararları), ss. 54-74., s. 74; Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 181; Şanlı, **Tahkim**, a.g.e., s. 81; Akıncı, **Tenfiz**, a.g.e., s. 160.

³⁸⁶ 4. ATM., 22.09.1989 T., 1989/132 E., 1989/537 K. Akıncı, **Tenfiz**, a.g.e., s. 199.

görüşünü değiştirerek Divan'ın incelemesinin kamu düzenine aykırı olmayacağını çeşitli kararlarında belirtmiştir³⁸⁷.

Madde lafzından anlaşılacağı üzere hakem kararı yalnızca şeklen Divan'ın kontrolüne tâbidir. Esasa ilişkin olarak ise Divan'ın, hakemlerin üstünde bir denetim gücüne sahip olmadığı yine madde lafzından anlaşılmaktadır. Divan'ın denetimindeki asıl amacın, kararın tenfizini garanti altına almak olduğu söylenebilir. Bu bakımdan Yargıtay'ın önceki görüşünden dönmesinin isabetli olduğu ifade edilebilir.

2. Adil Yargılanma Hakkına Bağlı Sebepler

a. Tarafların İddia ve Savunmalarını İleri Sürebilme Hakkı

Tarafların eşitliği ilkesiyle de bağlantılı olan dinlenme ve karşı tarafın iddialarına cevap hakkı, Tanrıver ve Özel tarafından kamu düzeni kapsamında mütalaa edilmektedir. Bu hakkın taraflara iddialarını ileri sürme, delillerini ortaya koyma ve dolayısıyla da iddialarını ispat etme imkanını bahşetmekte olduğu da dile getirilmektedir. Bunun yanı sıra bu hakkın, hakemler önündeki duruşmalara katılma ve duruşmalarda temsil edilmeyi de kapsadığı belirtilmektedir. Uyuşmazlık taraflarından birisinin bu haklardan mahrum bırakılması durumunda adil yargılanma hakkı, dolayısıyla da ulusötesi kamu düzeni ihlal edilmiş olacaktır³⁸⁸. Bunun yanı sıra hakemler, delillerin sunulması için taraflara makul bir süre verdiyse ve bu süre içerisinde taraflardan biri delil sunma hakkından imtina ettiyse artık kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemeyecektir³⁸⁹.

Hollanda mahkemelerinin 1992 yılındaki *G.W.L. Kersten & Co. B.V. v. Soci t  Commerciale Raoul-Duval et Cie*³⁹⁰ kararına konu yargılamada taraflardan birinin hakeme sunduğu beyanlar, ne hakem ne de beyanı sunan tarafça karşı tarafa bildirilmiştir. Mahkeme bu sebeple hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna vararak tenfizini reddetmiştir. Hollanda mahkemelerinde görülen bir başka davada ise taraflardan

³⁸⁷ Y. 15. HD., 10.07.1991 T., 2383/3667; Y. 15. HD. 1.10.1992 T., 1736/4225; Y. 15. HD., 25.10.1996 T., 3449/5584. Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 181, dpn. 268, 269'den naklen.

³⁸⁸ Tanrıver, a.g.e., s. 485; Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 185.

³⁸⁹ Kronke vdi., a.g.e., s. 388.

³⁹⁰ (No. 16. Gerechtshof, Amsterdam, 16 July 1992) *G.W.L. Kersten & Co. B.V. v. Soci t  Commerciale Raoul-Duval et Cie*. ICCA, **Yearbook of Commercial Arbitration XIX**, 1994, s. 708-710.

birinin karşı delil sunma imkanından yoksun bırakılarak verilmiş bir hakem kararı kamu düzenine aykırı bulunarak reddedilmiştir³⁹¹.

Kanada Yüksek Mahkemesi'nde görülen bir davada³⁹² tahkim yargılaması esnasında taraflardan birinin Küba'da bulunan bir tanığın dinlenilmesinin istenmesi üzerine hakemler, istemde bulunan tarafa süre vermiş; karşı tarafa da tanık beyanlarına karşı cevapta bulunma hakkının bulunduğunu belirtmiştir. Ancak tanığın Küba yetkili makamları nezdinde olmadan ifade vermek istememesi üzerine istemde bulunan taraf, hiçbir girişimde bulunmayıp dava tanık dinlenmeden sonuçlanmıştır. Mahkeme, tarafların kendi beyan ettikleri tanıkların çağrılarak ya da yerinde dinlenilmesinin kendi sorumluluklarında olduğuna, davacının bu konuda bir adım atmamış olmasının kamu düzeninin ihlali anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir.

Bu sebeple denilebilir ki Türkiye'deki iptal mahkemesi, adil yargılanma hakkını kamu düzeni içerisinde değerlendirip ihlalin varlığı halinde kararın iptaline re'sen karar verebilecektir.

Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi New York Sözleşmesi ve MÖHUK uyarınca usûli bir tenfiz engeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlalinin tenfiz davası açısından, kamu düzeninden ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği düşünülebilir. Diğer bir deyişle kararın Türkiye'de tenfiz edilmek istendiği bir durumda tenfiz hakiminin kendiliğinden harekete geçmeyerek, New York Sözleşmesi md. V/1-b ve MÖHUK md. 62 hükümleri uyarınca taraflardan birinin itirazı üzerine bir değerlendirme yapacağı da ifade edilebilir. Bu noktada, adil yargılanma hakkının açık ve ağır bir şekilde ihlal edildiği bir tenfiz davasında Türk hakiminin, her ne kadar ayrı bir düzenleme konusu yapılmış olsa dahi; davalının itirazından bağımsız bir şekilde kamu düzeni bakımından denetleme imkanının olacağını belirtmekte fayda vardır.

b. Avukat Tutma Hakkı

GAFTA Tahkim Kuralları³⁹³ md. 16, tarafların hakemler önünde avukatla temsil edilmesini iki tarafın mutabakatına bağlı tutmaktadır. Yazılı aşamada taraflar, bir avukattan yardım alma hakkına sahip olmakla birlikte bu koşul sözlü aşama için geçerli

³⁹¹ Kronke vdi., a.g.e., s. 388'den naklen.

³⁹² Kronke vdi., a.g.e., s. 391'den naklen.

³⁹³ Er.: <http://www.gafta.com/write/MediaUploads/Contracts/2012/125.pdf>, E.T.: 22.04.2017.

olmamaktadır³⁹⁴. Tarafların anlaşamamaları halinde taraflar, duruşmalara ya kendileri katılacak ya da yanında çalışan elemanlar aracılığıyla temsil edileceklerdir. Böyle bir durumda taraflardan biri ya da her ikisi, yargılamanın yapıldığı dili bilmediği takdirde meramını anlatamayacak, bunun sonucu olarak da iddia ve savunma hakkını etkin bir şekilde kullanamamış olacaktır. Böyle bir durumda somut olayın özelliklerine göre kamu düzenine aykırı bir durumun varlığından söz edilebilecektir³⁹⁵.

Bunun yanı sıra standart tahkim kurallarına atıf yapan tahkim anlaşmalarında tarafların, tahkim usûlündeki avukatla temsil yasağını da bilmiyor olabileceğinin altı çizilmektedir³⁹⁶.

3. Tahkim Anlaşmasına Bağlı Sebepler

a. Taraflardan Birine Üstünlük Tanıyan Tahkim Anlaşmaları

Bazı tahkim anlaşmaları hakem seçme hakkını yalnızca iddia sahibine tanımaktadır. Bu tip hükümler içeren anlaşmaların adil yargılanma ve tarafların eşitliği ilkesini ihlal ettiği, taraflardan birini lehine yargılamada üstünlük sağlandığı, dolayısıyla da kamu düzenine aykırı olduğu öne sürülmektedir. 1999 yılında verdiği bir kararda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu³⁹⁷, tarafların yalnızca birisine hakem seçme hakkı veren tahkim anlaşmasının yargılamada bu hakka sahip olan tarafa üstünlük sağlayacağı; ancak hakemi seçme hakkının iddia sahibine ait olması sebebiyle somut olayda hakem seçiminin iki tarafa da ait olduğu, dolayısıyla hükmün kamu düzenine aykırı olmadığına hükmetmiştir

Nomer ve Özel, taraflardan birisine üstünlük tanıyan tahkim anlaşmalarının hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkilediğinin altını çizmektedir. Ancak tehlikenin soyut nitelikte değil; somut, yani anlaşılabilir olması aranmaktadır³⁹⁸. Tek tarafın hakemini tayin etmediği ya da hakem tayininde geciktiği ve karşı tarafın

³⁹⁴ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 288-289.

³⁹⁵ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 186.

³⁹⁶ Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 288-289.

³⁹⁷ Y. HGK. 09.06.1999 T., 1999/ 19-467 E., 1999/489 K. Karar metni için ayrıca bkz. Mahmut Tefik Birsal, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 7, 2005, s. 35-36.

³⁹⁸ Nomer/Ekşi/Gelgel, a.g.e., s. 102; Nomer, **Tenfizde Kamu Düzeni**, a.g.e., s. 564.

belirlediği tek hakemle uyuşmazlığın çözülmesi durumunda da tehlikenin soyut değil, somut olması gerektiği dile getirilmektedir³⁹⁹.

Hakem seçimini taraflardan birisine hasreden; örneğin sözleşme tarafı A ve B'den yalnızca A'ya ya da B'ye veren bir tahkim anlaşması kamu düzenine aykırı olabilecektir. Ayrıca somut olayın özelliklerine göre, ileriki bölümlerde bahsedilecek olan zayıf tarafın korunması ilkesi kapsamında da bir değerlendirme yapılması da gerekebilecektir⁴⁰⁰.

b. Asimetrik (Tek Taraflı) Tahkim Anlaşmaları

Modern tahkim uygulamasında bazı tahkim anlaşmaları tahkime başvuru hakkını yalnızca bir tarafa vermektedir. Bu tip tahkim anlaşmaları doktrinde “*asimetrik tahkim anlaşmaları*” ya da “*hibrid/karma tahkim anlaşmaları*” adıyla anılmaktadır⁴⁰¹.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesinin yansıması olarak son yıllarda ulusal mahkemelerce asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği hakkında kararlar verildiği belirtilmektedir. İngiliz mahkemelerinin son yıllarda, tek tarafa tahkime başvuru hakkını veren tahkim anlaşmalarını sözleşme serbestisi içinde değerlendirilerek iki taraf için de uygun bulunması halinde geçerli olacağına ilişkin kararlar verdiği de ortaya konmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde de benzer bir yaklaşım sergilendiği ancak özellikle tüketici ve iş uyuşmazlıklarıyla ilgili konularda asimetrik tahkim anlaşması akdedilmesinin adil olmadığına hükmedildiği ifade edilmektedir. Bir tarafa tahkim yargılaması veya devlet mahkemesini, diğer tarafa ise yalnızca tahkim yargılamasını seçme hakkı veren tahkim anlaşmalarının Fransa, İtalya ve Almanya'da kabul edildiği söylenmektedir⁴⁰².

Asimetrik tahkim anlaşmalarına ilişkin Yargıtay'ın geçmiş yıllarda vermiş olduğu bir karar mevcuttur. Dava konusu olayda SC SARA isimli geminin fırtınada sürüklenmesi ve Kıyı Emniyet Müdürlüğü'nce akdedilen sözleşmeye bağlı olarak

³⁹⁹ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 182-183.

⁴⁰⁰ Zayıf tarafın korunmasına ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, Başlık I/C-7, s. 108-110.

⁴⁰¹ Gary B. Born, **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing** 4. Baskı, Kluwer Law International, 2013, (Forum Selection), s. 121; Mustafa Erkan, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, (Yetki), s. 70-71.

⁴⁰² Emre Esen, “Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2010, (Kıyı Emniyet), s. 145-148; Erkan, **Yetki**, a.g.e., s. 71-72.

kurtarma hizmeti verilmesinin ardından hizmet bedelinin ödenmesi amacıyla gemi, Bozcaada Asliye Hukuk Mahkemesi kararı ile seferden men edilmiştir. 12 milyon dolar teminatı yatırarak gemiyi serbest bıraktıran donatan, kurtarma hizmet bedelinin tespiti ile teminat miktarının indirilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, davalı kurtarıcının itirazı ile tahkim şartının bulunması sebebiyle görevsizlik kararı vermiştir. Tahkim şartında “... yasal süresi içerisinde kurtarıcının talebi üzerine İstanbul’da tahkim yolu ile hallolur.” şeklinde bir ifade yer almaktadır. Görevsizlik kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay, tahkim şartının geçersiz olduğu yönünde karar vererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Kararın gerekçesinde Yargıtay; tahkime başvuru hakkına sahip olan tarafın itirazı sonucunda verilecek görevsizlik kararının, karşı taraf için hak arayabileceği bir merci bırakmayacağına dikkat çekmiştir. Kararda ayrıca tek tarafa tahkime başvuru hakkı tanıyan tahkim anlaşmalarının bir anlamının da karşı tarafa devlet yargısına başvurma hakkı vermesi olduğuna değinilmiştir⁴⁰³.

Yargıtay’ın da belirttiği gibi asimetrik tahkim anlaşmalarında tahkime başvuru hakkına sahip olmayan tarafın, devlet yargısına başvurusunun tahkim itirazı ile engellenmesi hak arama özgürlüğünü ihlal edeceğinden kabul edilemez niteliktedir.

Tüketici ve iş sözleşmelerinde yer alan tahkim anlaşmalarının, öncelikle konu – tahkime elverişlilik- bakımından bir değerlendirilmeye tâbi tutulması gerektiği söylenebilir. Ancak zayıf tarafın korunması bakımından kamu düzeni, gözettiği değerler bakımından uyumsuzluğun tahkime elverişli kabul edilmesi durumunda dahi devreye girebilir. Dahası, kamu düzeninin devreye girmesi için sözleşmenin bir tarafının zayıf konumda olması yeterli olup işçi veya tüketici sıfatını taşıması gerekli görülmebilir. Bu itibarla kamu düzeninin, tarafların eşitliğini ve hak arama özgürlüğünün teminini gözettiği söylenebilir⁴⁰⁴.

Ulusötesi kamu düzeni; hak arama özgürlüğü, tarafların eşitliği, iddia ve savunmaları ileri sürme, delillerini ortaya koyma ve iddiasını ispat etme hakkı gibi birçok

⁴⁰³ Y. 11 HD., 15.02.2011 T., 2009/3257 E., 2011/1675 K. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 571-572’den naklen. Erkan, **Yetki**, a.g.e., s. 73.

⁴⁰⁴ “Tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesi yaptırması veya tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hükümler kabul ettirmesi... hakem kararını kamu düzenine aykırı hale getirebilir.” Nomer/Ekşi/Gelgel, a.g.e., s. 73. Esen, tüketici ve iş sözleşmeleri dışında kalan konularda asimetrik tahkim anlaşmalarına etki tanınması gerektiği görüşündedir. Esen, **Kıyı Emniyet**, a.g.e., s. 155.

usûli ilkeyi bünyesinde barındırmaktadır. Asimetrik tahkim anlaşması başlı başına bir geçersizlik sebebi oluşturmasa dahi uyuşmazlık taraflarından birisinin temel usûli haklarından birini ya da birkaçını ihlal edecek nitelikte sonuçlar meydana getiriyorsa kamu düzenine aykırı sayılabilir. Bu bakımdan soyut değerlendirmeler yerine olayın özelliklerine göre somut verilerle hareket edilmesi gerektiği söylenebilir.

4. Hakem Kararına Bağlı Sebepler

a. Gereksiz veya Çelişkili Gerekçe Barındıran Hakem Kararları

Hakem kararlarının gereksiz olması kamu düzenine aykırılık bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka konudur. Bu bağlamda Model Kanun md. 34/3, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça hakem kararının gerekçeli olması gerektiğine hükmetmektedir. MTO Tahkim Kuralları md. 32/2 de, hakem kararlarının gerekçeli olması gerektiğini belirtmektedir.

Anayasa md. 141/3, her türlü mahkeme kararının gerekçeli olması gerektiğini hükme bağlamaktadır⁴⁰⁵. Öte yandan, taraf iradesi ile seçilen ve taraf menfaatine hizmet eden hakemlerden, hakimler gibi hareket etmesini istemek yerinde bir beklenti olmayabilir. Hakimlerin yargılama faaliyetinde buldukları devlete karşı sorumlulukları olmasına karşın hakemlerin bu tip bir sorumluluğunun olduğunu söylemek güçtür. Hakemlerin sorumluluğu devletlerden daha çok uyuşmazlık taraflarına yöneliktir. Bunun yanı sıra tahkim kurumuna olan güvenin sağlanması da hakemlerin diğer bir sorumluluğu arasında sayılabilir. Tahkim yargılamasında modern kamu düzeni anlayışı da her şeyden önce milletlerarası ticaretin gereklerine uygun, taraf menfaatinin ön planda tutulduğu, hukukun etkin ve adil bir şekilde uygulanmasını temin etmeye yönelik bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tarafların etkin bir savunma hakkına sahip olması, özellikle uyuşmazlık aleyhine sonuçlanan taraf bakımından oldukça önemlidir⁴⁰⁶. Hakem kararının gerekçesi, bu bakımdan taraf menfaatine de hizmet etmektedir. Ancak belirtildiği üzere milletlerarası düzenlemelerde irade serbestisi ilkesinin bir yansıması olarak tarafların, hakem kararının gereksiz olması yönünde anlaşabileceklerine ilişkin hükümler

⁴⁰⁵ Tanrıver, söz konusu Anayasa hükmünün hakem kararları için de geçerli olduğu görüşündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanrıver, a.g.e., s. 488.

⁴⁰⁶ Kronke vdi., a.g.e., s. 376.

mevcuttur⁴⁰⁷. Taraflara tanınan böyle bir imkanın, karar verilmesini hızlandırması açısından önemli olduğu vurgulanmaktadır⁴⁰⁸.

MTK md. 14/2 hakem kararlarında, kararın dayandığı hukuki sebepler ve karar gerekçesinin belirtileceğine hükmetmiştir. Yani MTK gerekçe bakımından tarafların aksini kararlaştırabileceği bir yol öngörmemiştir. Bu itibarla MTK'ya tâbi olan bir uyuşmazlıkta hakem kararlarının gerekçe ihtiva etmesi gerektiği söylenebilir. MTK'ya tâbi olmakla birlikte *lex mercatoria* veya hakkaniyet ve nesafete göre karar verilmesi halinde dahi hakemlerin gerekçeyi belirtmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁰⁹.

Gerekçesiz karar verilebileceğini kabul eden bir sisteme tâbi olarak verilen hakem kararının gerekçeyi zorunlu kılan bir hukuk sisteminde tenfizi istendiğinde tenfiz talebinin bazı davalarda reddedildiği dile getirilmektedir⁴¹⁰. Ulusötesi kamu düzeni anlayışı, bu noktada göz önünde bulundurulması gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hakem kararının gerekçesiz olmasının başlı başına milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklar bakımından kamu düzenini ihlal edeceğini söylemek yerinde olmayabilir⁴¹¹. Paris İstinaf Mahkemesi'nin gerekçesiz hakem kararının milletlerarası kamu düzenini etkilemediğine; yalnızca mahalli hakem kararlarının geçersizliği için bir sebep teşkil ettiğine yönelik kararının olduğu belirtilmektedir⁴¹². Bununla birlikte Nomer, tamamen çelişkili ve tutarsız gerekçelere dayanan bir hakem kararının kamu düzenine

⁴⁰⁷ Örneğin UNCITRAL Model Kanun md. 34/3: “*The arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons are to be given.*”.

⁴⁰⁸ Özel, İngiliz, Alman ve İspanyol Tahkim Kanunları'nın da benzer hükümler ihtiva ettiğini belirtmektedir. Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 184.

⁴⁰⁹ MTK, esasa uygulanacak hukuk yönünden anasyonel kurallar, *lex mercatoria* veya uluslararası prensiplerin hakemler tarafından yakın irtibatlı hukuk olarak uygulanmasını kabul etmemektedir. Bu tip düzenlemeler, yalnızca tarafların seçimiyle vücut bulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, “Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İkinci Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Ed. Erol Ulusoy/ Aslı Yıldırım, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Şubat, 2009, (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 375; Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 184. Aynı yönde bkz. Arzu Oğuz, “Devletlerin Uluslararası Uyuşmazlığa Bakışı ve Lex Mercatoria'nın Rolü”, **Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usûl, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu**, II. Oturum, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Ocak, 2009, s. 73. Benzer açıklamalar için ayrıca bkz. Chuckwumerije, a.g.e., 130-132.

⁴¹⁰ Kronke vdi, a.g.e., s. 376.

⁴¹¹ Aynı yönde Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 185.

⁴¹² Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 185.

aykırılık teşkil edebileceğini belirtmektedir⁴¹³. Özel, gerekçesiz hakem kararlarının tek başına kamu düzenini ihlal etmeyeceğine; önemli olanın usûl hukuku açısından adil yargılanma yapılması ve taraflara eşit muamelede bulunulması; maddi hukuk açısından ise kararın dayandığı hukuk kurallarının kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi olduğunu vurgulamaktadır. Kamu düzeninin ise bu tip aykırılıkların esas sözleşme, tahkim anlaşması, hakem sözleşmesi ya da tahkim yargılaması tutanaklarından anlaşılması halinde devreye gireceğini ifade etmektedir⁴¹⁴.

Hakem kararlarının gerekçesine ilişkin düzenlemeler ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir. Ulusötesi kamu düzeninin milletlerarası alanda kabul edilen bazı standartlardan oluştuğu göz önünde bulundurulduğunda hakem kararının gerekçesiz olması durumunun ulusötesi kamu düzeni kapsamında mütalaa edilemeyeceği; olsa olsa iç tahkim açısından bir ret sebebi teşkil edeceği söylenebilir. Milletlerarası düzenlemelerde kararın gerekçeli olması teşvik edilmektedir. Ancak hızlı karar verebilmek adına tarafların aksi yönde bir anlaşmaya varabileceklerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Ancak MTK'ya tâbi olarak verilen bir hakem kararında tarafların anlaşmasına bakılmaksızın gerekçeye yer verilmesi gerektiği söylenebilir.

b. Hakem Kararlarında Keyfilik'in Bulunması

Tahkim yargılamasında her ne kadar taraf iradesi ön planda olsa da bu durumun, “*hakemlerin yalnızca taraflara karşı sorumlu olduğu*” şeklinde yorumlanmaması gerekmektedir. Hakemlerin, her şeyden önce milletlerarası ticari teamül, örf ve adetlerin yanı sıra ticari hayatın gereklerine uygun bir hakkaniyet anlayışına sahip olması gerektiği söylenebilir. Bu anlayışın yanı sıra hakem seçilen kişiler, tahkim kurumuna olan güveni sağlayacak en önemli kişiler olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla hakemlerin hüküm tesis ederken bu sorumluluk bilinciyle hareket etmesi yerinde olacaktır. Bu doğrultuda hakemlerin keyfi kararlar vermemeleri ya da başka bir deyişle kararlarında keyfiyetin bulunmaması gerekmektedir. Hakemler tarafların seçtiği usûl ve maddi hukuk kuralları uyarınca uyuşmazlığı çözmekle yükümlüdür; bu tip bir seçimin yapılmadığı takdirde ise uygulanacak usûl ve maddi hukuk kurallarını kendilerinin belirlemesi gerekmektedir.

⁴¹³ Nomer, **Devletler**, a.g.e., s. 561. Aynı şekilde Kronke vdi. de, çelişkili gerekçeler barındıran hakem kararlarının hakimler tarafından revizyon yasağı sebebiyle gerekçesiz sayılarak kamu düzenine aykırılık tehlikesiyle karşı karşıya kalabileceğini belirtmektedir. Kronke, vdi., a.g.e., s. 376.

⁴¹⁴ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 185.

Hakemlerin keyfi karar vermesinin önündeki ilk sınırı, işbu tarafların belirlediği ya da hakemler tarafından belirlenen usûl ve maddi hukuk kuralları oluşturmaktadır. Tarafların yetkilendirmesi sonucunda hakemler “*hakkaniyet ve nesafete göre*” de karar verme imkanına sahiptir. Ancak bu durumda dahi hakemlerin, keyfi kararlar vermemekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁵.

Nomer, hakem kararlarında keyfiyetin bulunduğu sonucuna varabilmek için, kararda hak ve nesafet ilkelerine açıkça bir aykırılığın, diğer bir deyişle açık ve belirli bir haksızlığın vücut bulması gerektiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda vakıaların ve delillerin takdirinde yapılacak hatalı değerlendirmelerin başlı başına bir keyfiliğe neden olmayacağını da ifade etmektedir⁴¹⁶. Akıncı da, hakemlerin karar verirken eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı davranışları halinde söz konusu durumun bir tenfiz engeli oluşturacağını söylemektedir. Haksızlığın ise açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerektiğinin altını çizmektedir⁴¹⁷.

5. Kesin Hüküm (*Res Judicata*) Prensibine Aykırılık

Tarafları ve sebebi aynı olan bir uyuşmazlık hakkında daha önce verilmiş bir mahkeme ya da hakem kararının mevcut olması durumunda aynı uyuşmazlığa yönelik sonradan verilen bir hakem kararının, ilgili ülkede kesinleşmiş ve bağlayıcılık kazanmış bir kararla çatıştığı için kamu düzenine aykırı hale gelmesi muhtemeldir. Mahkeme kararları için geçerli olan bu durumun, hakem kararları için de geçerli olacağı belirtilmektedir⁴¹⁸.

Türk Hukuku’nda pozitif düzenlemesi bulunmayan bu durumun kesin hüküm prensibine aykırılık teşkil ettiğinden kamu düzeni kapsamında incelenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir⁴¹⁹. Bu doğrultuda kesinleşmiş bir hakem ya da mahkeme kararının bulunması durumunda, konusu ve tarafları aynı olan bir uyuşmazlığa ilişkin ikinci bir hakem kararının icrası mümkün görünmemektedir. Kesin hüküm etkisi aynı taraflar arasında, aynı sebebe dayanarak açılacak yeni davaları engelleyeceği gibi; aynı sebebe dayanarak yapılacak bir tenfiz başvurusunun da reddedilmesine neden

⁴¹⁵ Nomer, **Devletler**, a.g.e., s. 560; Nomer/Ekşi/Gelgel, a.g.e., s. 74; Tanrıver, a.g.e., s. 481.

⁴¹⁶ Nomer, **Devletler**, a.g.e., s. 560.

⁴¹⁷ Akıncı, **Tenfiz**, a.g.e., s. 197.

⁴¹⁸ Tanrıver, a.g.e., s. 481; Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 186; Şanlı, **Ticari Akitler**, a.g.e., s. 480.

⁴¹⁹ Fransız, Alman ve İsviçre Hukuku’ndaki uygulamalar için bkz. Gökyayla, a.g.e., s. 260-261.

olabilecektir⁴²⁰. Bu itibarla kesin hüküm etkisinin milletlerarası ticari alanda kamu düzeninin bir parçası olduğu ve milletlerarası karar ahengine hizmet ettiği söylenebilir.

6. Yargılamanın İadesi Sebepleri

Nomer; HMK md. 375'te yargılamanın iadesine ilişkin sayılan sebeplerin, davalı tarafın kendi kusuru olmaksızın tahkim yargılamasına katılma, dinlenme ve delil ikame etme imkanından mahrum kılınmadığı sürece kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağını dile getirmektedir⁴²¹. Akıncı ise, yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin varlığı halinde hakem kararının, iptal davasının niteliğine uygun düştüğü ölçüde mahkeme tarafından kamu düzenine aykırı bulunarak iptal edilebileceğini belirtmektedir⁴²².

Yargılamanın iadesi, dava taraflarına ve kamu düzenine hizmet eden sebepler içermektedir. Dolayısıyla Akıncı'nın da belirttiği üzere bu sebepler, iptal ve tenfiz davalarına uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Kaldı ki sonraki başlıklarda inceleneceği üzere hile, yalancı tanıklık gibi sebepler de ulusötesi kamu düzeni içerisinde mütalaa edilmektedir⁴²³. Bu itibarla yargılamanın iadesi isteminin HMK md. 378 uyarınca iptal davasında görevli ve yetkili Türk mahkemesinden istenebileceği söylenebilir. Mahkeme dava sonucunda, önceki verilen kararı onayabileceği gibi; kısmen veya tamamen değiştirebilecektir (HMK md. 380/1). Yani talep kabul edilirse davanın iptal sebepleri açısından yeniden değerlendirme konusu yapılacağı söylenebilir.

Hakem kararının verilmesinden sonra ve tenfiz davası sırasında hakem kararını etkileyen ve yargılamanın iadesi sebepleri arasında yer alan hallerden birinin gerçekleşmesi halinde ilgili tarafın, tenfiz mahkemesine kamu düzeni itirazında bulunabileceği savunulmaktadır⁴²⁴. Aynı şekilde hilenin varlığı,⁴²⁵ öne sürülen deliller

⁴²⁰ Gökyayla, a.g.e., s. 262; aynı yönde bkz. Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3680-3681. İç hukukta kesin hüküm etkisine yönelik açıklamalar için bkz. Kuru, a.g.e., s. 575-601. Hakem kararlarında kesin hüküm etkisinin taraflar ve üçüncü kişiler bakımından diğer ülkelerdeki uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Emre Esen, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Beta Basım, İstanbul, 2008, (Teşmil), s. 318-323.

⁴²¹ Nomer, **Devletler**, a.g.e., s. 561.

⁴²² Akıncı, **Tahkim**, a.g.e., s. 288. Yargılamanın yenilenmesi kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, a.g.e., 602-618; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 545-552.

⁴²³ Hile ve yalancı tanıklığa ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Üçüncü Bölüm, Başlık I/C-6, s. 106-107.

⁴²⁴ Hilenin varlığına ilişkin delil, tenfize konu kararın verilmesinden önce incelenmiş veya ilgili taraf bu delilin varlığına rağmen daha önce geçerli bir sebebe dayanmaksızın hile itirazına başvurmadan imtina etmişse, tenfiz mahkemesinin delili ele alması mümkün olmayacaktır. Süral, **AB'de Tenfiz**, a.g.e., s. 105.

⁴²⁵ Sahte delillerin hakem kararında etkili olması, tanıklara veya hakemlere rüşvet verilmesi gibi haller.

yardımla tenfiz mahkemesince tespit edildiği takdirde kamu düzenine aykırılığa hükmedilmesi gerektiği söylenebilir.

Yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin, tenfiz davasından sonraki bir aşamada vücut bulması halinde ise bu sebebi öne süren davacının yetkili mahkemeden yargılamanın iadesi talebinde bulunması kabul edilebilir bir talep olarak nitelendirilebilir. Bu doğrultuda mahkemenin de, yargılamanın iadesi sebeplerini kamu düzeni ışığında yeniden gözden geçireceği söylenebilir.

7. Tahkim Süresinin Sona Ermesinden Sonra Yapılan İşlemler

Yargıtay 1994 yılında verdiği bir kararda⁴²⁶, tahkim süresinin sona ermesinin ardından hakemlerce yapılacak işlemlerin bâtil olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay ayrıca, bir yıllık süre sonrasında hakemler tarafından yapılan işlemleri butlanla bâtil kabul etmiş; özel hukukta butlan sebeplerinin kamu düzenine ilişkin olduğunun da altını çizmiştir. 1995 yılındaki kararında da Yargıtay,⁴²⁷ tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğunu; bu durumun hakimler tarafından re'sen göz önünde bulundurulması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Yargıtay 2003 yılında verdiği bir kararında ise, tahkim süresinin sona ermesinin ardından verilen hakem kararını kamu düzenine aykırı bulmamıştır⁴²⁸.

Butlan sebeplerinin kamu düzeni karakteri taşıdığı kabul edilebilir bir görüş olsa da bir kanun hükmünün kamu düzeni karakterli olması tek başına, kamu düzenine aykırılık için yeterli bir gerekçe ihtiva etmemektedir. Yargıtay'ın ilk iki kararı bu açıdan eleştiriye açıktır.

Milletlerarası tahkimin özellikleri nazara alındığında kamu düzeninin, milletlerarası özel hukukun kendisine verdiği kadar çok daha dar bir uygulama alanına sahip ve esnek yapıda olması gerektiği söylenebilir. Bu doğrultuda Yargıtay'ın söz konusu tutumunun milletlerarası ticaretin gereklerine ve tahkim yargılamasının özelliklerine uygun olmadığı öne sürülebilir. Keza tahkim yargılaması esnasında sürenin geçmesine rağmen sürdürülen işlemler ve verilen bir hakem kararı mevcut ise; taraflar da

⁴²⁶ Y. 15. HD., 10.03.1994 T., 2064/1513 sayılı kararı. İlgili karara internet ortamından ulaşılamamış olup Kalpsüz, a.g.e., s. 67'den alınmıştır.

⁴²⁷ Y. 15. HD., 19.01.1995 T., 1994/ 2876 E., 1995/164 K. Kalpsüz, a.g.e., s. 68'den naklen.

⁴²⁸ Y. 15. HD., 27.03.2003 T., 2003/181 E., 2003/1589 K. Karar metni için ayrıca bkz. Birsal, a.g.e., s. 34.

bu süre geçtikten sonra hakemlere ya da mahkemelere itiraz etmeden hakemlerin yargılamayı devam ettirmesine zımnen göz yummuşlarsa; bu noktada kararın tarafların itirazına tâbi olmayacak bir biçimde kamu düzenine aykırı sayılması, tahkimin taraf iradesine önem veren niteliği ile bağdaşmayabilecektir.

Yargıtay'ın, mevcut durumu kamu düzeni kapsamında değerlendirmek yerine taraf itirazı üzerine ve haklı gerekçelerle, taraflarca belirlenen ya da hakemlerce tatbik edilen usûl hukuku kurallarına aykırılık açısından irdelemesinin daha isabetli olacağı söylenebilir. Keza Yargıtay, son kararında da bu görüşünden vazgeçmiş görünmektedir. Bunun dışında tenfiz hakimi, somut olay imkan verdiği ölçüde ve mevzuat sınırları içinde kalmak suretiyle kısmi tenfize de hükmedebilir.

8. Özel Yetki Verilmeden Yapılan Tahkim Anlaşmasına Binaen Verilen Hakem Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu⁴²⁹ (EBK) md. 388 (yeni 504) uyarınca özel yetki verilmeden yapılan tahkim anlaşmasına binaen verilen bir hakem kararını kamu düzenine aykırı bularak tenfiz talebini reddetmiştir⁴³⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2000 yılında verdiği bir kararında⁴³¹ da, özel yetki verilmeden yapılan tahkim anlaşmasını, EBK md. 388/3'e aykırılık teşkil ettiği ve kamu düzeni nedeniyle Türk Hukuku'na aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz saymıştır. Kurul kararında, tahkim sözleşmesine uygulanması gereken İngiliz Hukuku'nu bir kenara bırakarak karar tahsis etmiştir⁴³².

Kararların verildiği yıl da göz önünde bulundurulduğunda günümüz modern tahkim düzenlemeleri (Gerek MTK, gerek MÖHUK ve New York Sözleşmesi), tahkim anlaşmasının geçersizliğini iptal ve tenfizin reddi sebepleri açısından ayrı bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır. Yetkinin ve ehliyetin tayininde öncelikle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuka göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁴³³. Ancak Yargıtay,

⁴²⁹ R.G. 29.04.1926 – 359.

⁴³⁰ Y. HGK., 09.06.1999 T., 1999/19-464 E., 1999/489 K. Kalpsüz, a.g.e., s. 192'den naklen. Ayrıca bkz. Y. 19. HD., 01.05.2003 T., 2002/3763 E., 2003/4764 K.

⁴³¹ Y. HGK., 11.10.2000 T., 2000/19-1122 E., 2000/1256 K.

⁴³² Karar hakkında ayrıntılı bilgi ve karar eleştirisi için bkz. Emre Esen, "Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003, (Yetkisiz Temsilci), ss. 377-422.

⁴³³ Tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü, geçersizliği ya da icrasının imkansız olmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İpek Sarıöz Büyükalp, "Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya

tahkim sözleşmesine uygulanması lazım gelen İngiliz Hukuku'nu bir kenara bırakıp; yetki ve ehliyete ilişkin meseleyi kamu düzeninden sayarak hüküm tesis etmiştir. Bu itibarla tahkim anlaşmalarında yetkinin ve ehliyetin, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin bir mesele olduğu ve kamu düzeninden ayrı ele alınması gerektiği söylenebilir.

8. İptal Davası ile Birlikte Devam Eden Ceza Soruşturması

Yargıtay, 2012 yılında verdiği bir kararında⁴³⁴, iptal davası ile birlikte yürümekte olan bir ceza soruşturmasının bulunduğu bir olayda; ceza soruşturmasının sonucu beklenmeden verilen bir iptal kararının kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine hükmetmiştir. Kararın gerekçesinde ise resmi belgede sahtecilik ve ihaleye fesat karıştırma suçlarından soruşturması süren davalı tarafın ehliyetinin, yapılacak yargılamanın sonucuna bağlı olduğu belirtilmiştir.

Uyuşmazlıkta çözümü gereken mesele bir usûl hukuku meselesi olup kararda kamu düzeninden bahsedilmesinin gereksiz olduğu söylenebilir. İptal davasında Türk hakimi yargılamayı, şüphesiz ki *lex fori*'nin usûl hukuku kurallarına göre yürütmektedir. Yargıtay, iptal mahkemesinin cezai takibatın sonucunu beklemesi gerektiğinin altını çizmekle birlikte bu gerekçe usûl hukukuna ilişkin başlı başına bir haklı sebep içermektedir. Bu gerekçe dışında kamu düzeninin bu şekilde genişletilmesinin yanlış olacağı düşüncesindeyiz.

C. Maddi Hükümlerde Kamu Düzeni

Maddi hükümlerde kamu düzeni, kaynağını uyuşmazlığın esasından almaktadır. Bu doğrultuda esasa uygulanacak hukuk kamu düzeni anlayışı maddi hükümlerde kendisini göstermektedir. Bu doğrultuda mahalli kamu düzeni anlayışlarının yanı sıra ulusötesi kamu düzeni içerisinde de yer aldığı öne sürülen birtakım temel etik ilke ve değerlerden bahsedilecektir.

1. Müdahaleci Normlara Aykırılık

Milletlerarası özel hukukta müdahaleci normlar daha önce de belirtildiği gibi⁴³⁵ kamu düzeninden farklı bir kavramdır. Bu kuralların temelinde her ne kadar bir ülkedeki

İcrasının İmkansız Olması Kavramları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2015, s. 2027 vd..

⁴³⁴ Y. 15. HD., 20.03.2012 T., 2011/4691 E., 2012/1757 K.

⁴³⁵ Müdahaleci normlara ilişkin açıklamalar hakkında bkz. Birinci Bölüm, Başlık IV/B, s. 35-41; İkinci Bölüm, Başlık II, s. 46-52.

kamu düzeninin korunması fikri yatsa da hukuk tekniği açısından farklı değerlendirilmesi gereken kurumlardır. Buna rağmen ulusal mevzuatlarda (MTK md. 15; MÖHUK md. 62) ve standart tahkim kurallarında yer alan hükümler çerçevesinde müdahaleci normlara aykırı bir hakem kararının iptalini ya da tenfizinin ret gerekçesini kamu düzenine aykırılık oluşturmaktadır. Bu sebeple bir ülkedeki müdahaleci normlara aykırı bir hakem kararı, ilgili ülkede kamu düzenine aykırı bulunarak iptal edilmekte/tenfizi reddedilmektedir.

Bu doğrultuda, Özel'in de belirttiği gibi tenfiz ülkesi pazarını korumaya yönelik fiyat kontrol kuralları, döviz kurları, ihracat lisansı, gümrük ve kartel hukukuna ilişkin düzenlemeler ve ithalat-ihracat kuralları gibi müdahaleci norm niteliğindeki kurallara aykırı hakem kararları, kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz sayılabilir⁴³⁶.

AB Hukuku'ndaki bazı düzenlemeler de, hakemler tarafından birlik kamu düzeni uyarınca nazara alınması gerekli görülen bir kamu düzeni çeşididir. Bu doğrultuda ortak pazarın oluşmasına yönelik hükümlere aykırı hakem kararlarının (malların, kişilerin, hizmetlerin, sermayenin serbest dolaşımı) da üye bir devlette kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceği belirtilmektedir⁴³⁷.

2. Vergi Borcu Yükümlülüğünün Devrine İlişkin Sözleşmeler

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2012 yılında verdiği bir kararda⁴³⁸ uyuşmazlık; davacılar ile davalı arasında, tahkim şartı içeren esas sözleşmede stopaj kesintilerinin kim tarafından ödeneceğine ilişkin kararın tenfizidir. MTO tarafından karara bağlanan ihtilâfın tenfizi davasında Yargıtay, davacı ile davalı arasındaki sözleşme yerine davacılar arasındaki sözleşmeyi inceleme konusu yapmış; ihtilâfa konu olmayan bu sözleşmenin vergi kaçırmaya, hileli ve muvâzaalı işlemler ile örtülü kazanç elde etmeye yönelik ve “*verginin kamu düzenini ilgilendiren*” bir husus olduğu gerekçesine yer vermiş ve bu gerekçeye dayanarak kararı kamu düzenine aykırı bularak tenfizini reddetmiştir.

Gerekçesinde uyuşmazlığın dışına çıkılarak taleple bağlılık ilkesi ihlal edilen kararda; aynı zamanda verginin kamu düzenini ilgilendirdiği ibaresi bulunmaktadır.

⁴³⁶ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 189.

⁴³⁷ Özel, **Tahkim**, a.g.e., s. 189.

⁴³⁸ Y. HGK., 08.02.2012 T., 2011/13-568 E., 2012/47 K.

Bir devletin vergi hukukuna ilişkin düzenlemeler hakkında verilen bir hakem kararının kamu düzeni engeli ile karşılaşması muhtemeldir ve vergi hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri tekelinde görülmesi gerektiği kabul edilebilir. Bu bağlamda yabancı hakemlerin vermiş olduğu vergi miktarına ya da vergi oranlarına doğrudan etki eden bir kararın mevcut olması durumunda söz konusu karar şüphesiz ki kamu düzenine aykırı bulunarak Türk mahkemelerince tenfiz edilmeyebilecektir.

Ancak somut olayda böyle bir etki söz konusu olmayıp ihtilâf, verginin uyuşmazlık taraflarından hangisi tarafından ödeneceğine ilişkindir. Keza davacılar-davalı arasındaki sözleşme iç ilişkide sonuç doğurmaktadır ve idareyi bağlamamaktadır. Kaldı ki Yargıtay'ın vergi kaçırma ya da örtülü kazanç elde etmeye yönelik incelemeleri ihtilâf konusunun kapsamı dışında kalmaktadır.

3. UNIDROIT İlkeleri

Gelişmiş ticari ilişkilerin bir sonucu olarak milletlerarası alanda faaliyet gösteren tacirler, çeşitli ve karmaşık sözleşmeler akdetmektedir. Ancak benzer hukuki ilişkilere farklı ülke hukuklarının uygulanması tacirler arasında güvensizlik ve belirsizliğe yol açmaktadır. Bu sebeple milletlerarası ticarete maddi hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla çeşitli anasyonel düzenlemeler meydana getirilmiştir⁴³⁹.

UNIDROIT ilkeleri de tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesinde yeknesaklık sağlaması açısından önem arz eden birtakım düzenlemelerden oluşmaktadır. Bu ilkeler gitgide milletlerarası ticari hayatın parçası haline gelmektedir. Bu ilkelerin tümünün ortak bir kamu düzeni anlayışının içerisinde yer aldığını söylemek zor olsa da bazı ilkelerin ulusötesi kamu düzeni içerisinde kendisine yer edinmeye başladığı söylenebilir. Bunun dışında söz konusu ilkeler, özellikle hakemler tarafından esasa uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla tamamlayıcı olarak uygulanabilir⁴⁴⁰. Bu bölümde UNIDROIT ilkeleri içerisinde yer alan ve kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğu düşünülen iyi niyet (*bona fides*) ve ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi üzerinde durulacaktır.

⁴³⁹ Söz konusu düzenlemelere ilişkin örnekler için bkz. Süral, UNIDROIT, a.g.e., s. 2.

⁴⁴⁰ Kemal Dayınlarlı, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003, (UNIDROIT), s. 212.

Taraflar arasındaki sözleşmede hakkın kötüye kullanılması, iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil edebilecek fiillerde bulunulması ya da sözleşmenin akdedilmesinde kötü niyetli olunması kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecektir⁴⁴¹. İyi niyet, UNIDROIT ilkeleri arasında da sayılan bir prensip olarak milletlerarası ticari hayatın vazgeçilmez bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu ilke uyarınca taraflar, iyi niyet kurallarının gerektirdiklerine uymakla yükümlü kılınmıştır. Bunun dışında taraf iradelerinin yorumlanmasında da yararlanılan bir ilke olan iyi niyet, sözleşmedeki *makuliyet* standartlarının yorumunda da kullanılmaktadır⁴⁴².

İyi niyetin bundan başka tamamlayıcı, sınırlayıcı işlevi de bulunmaktadır. Öngörülmeven durumlarda mahkemenin sözleşmeyi sona erdirme ve değişen şartlara uyarılama⁴⁴³, makul olmayan mükellefiyet hükümlerinin geçersizliği, aşırı tazminatın indirilebileceği gibi düzenlemeler de kaynağını iyi niyet ilkesinden almaktadır⁴⁴⁴.

İyi niyet ilkesi, yukarıda sayılan durumlarla sınırlı değildir ve genel bir prensip olarak kabul edilmektedir. Söz konusu genelliğin sınırlarını Süral'ın naklettiği şekilde vermek isabetli olacaktır.

*“...uluslararası kuruluşların aktif olduğu pazarın sosyo-ekonomik şartları göz önünde bulundurularak, uluslararası ticarete aktif iş adamları arasında geçerli olan daha objektif bir pazarda dürüst hareket etme ölçütü dikkate alınacaktır.”*⁴⁴⁵

Yukarıda belirtildiği gibi milletlerarası ticari alanda iyi niyet, şirketlerin ve pazarın ortak kurallarından hareketle kendisine yer bulmaktadır.

Milletlerarası hukukun en önemli ilkelerinden biri olan ve UNIDROIT İlkeleri md. 1.3.'de yer alan ahde vefa ilkesi uyarınca ise, taraflar arasında akdedilen sözleşme tarafları bağlar; akitte yapılacak değişiklikler ya da akdin sona ermesi tarafların rızasına bağlıdır. Ahde vefa ilkesi milletlerarası ticari tahkimde sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenmektedir. Ancak esasa uygulanacak hukukta söz konusu ilkeye

⁴⁴¹ Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3681-3682.

⁴⁴² Süral, **UNIDROIT**, a.g.e., s. 69.

⁴⁴³ Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf Çalışkan, “Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 24, S. 1-2, 2004, s. 372 vd..

⁴⁴⁴ Süral, **UNIDROIT**, a.g.e., s. 69.

⁴⁴⁵ Süral, **UNIDROIT**, a.g.e., s. 70'den naklen.

ilişkin bir hüküm bulunmaması durumunda dahi hakemlerin, ulusötesi kamu düzeni gereği bu ilkeye uygun bir yargılama yürütmesi gerektiği söylenebilir⁴⁴⁶. Bununla birlikte söz konusu ilke tarafların, hakemleri hakkaniyet ve nesafete ya da *lex mercatoria*'ya göre karar vermeleri konusunda yetkilendirmeleri durumunda da nazara alınabilir⁴⁴⁷.

4. Özel Hukuk Cezası (*Punitive Damages*) Kararları

Kıta Avrupası hukuk sisteminde tazminat, bir maddi ya da manevi zararın giderilmesine yönelik hükmedilen bir bedeldir. Ancak Amerikan Hukuku başta olmak üzere ve diğer Common Law ülkelerinde *punitive damages* adıyla anılan bir tazminat türü mevcuttur. Türkçesi ise “özel hukuk cezası” ya da “medeni hukuk cezası” olarak adlandırılmaktadır. Bu tazminat türünde mağdurun herhangi bir zararı olmamasına rağmen tazminata sebebiyet veren kişi belli bir bedeli mağdura ödemekle yükümlü kılınmakta; diğer bir deyişle hukuka aykırı, haksız, kötü niyetli, hileli ya da ahlâk dışı eyleminden dolayı cezalandırılmaktadır⁴⁴⁸.

Alman mahkemelerinin, Amerikan mahkemelerince verilen özel hukuk cezası kararlarını Alman kamu düzenine aykırı bularak reddettiği ifade edilmektedir. Kararın gerekçesinde ise tazminatın, meydana gelen zararın giderilmesine yönelik bir kurum olduğu ve özel hukuk cezasının Alman kamu düzenine aykırı bulunduğu belirtilmektedir⁴⁴⁹. Ayrıca 1991 yılında İsviçre’de görülen bir tahkimde hakemler, özel hukuk cezası içeren sözleşmeyi İsviçre Hukuku’nun kamu düzenine aykırı bularak

⁴⁴⁶ Birsell, Resmi Gazete’de yayınlanmayan ancak Bakanlar Kurulu’nun 27.04.1992 tarihindeki prensip kararına yer vermiştir. “devletlerin imzaladıkları uluslararası sözleşmelere uyma zorunluluğu getiren ve milletlerarası camia tarafından umumî kabuk görmüş bulunan “ahde vefa” gibi bir devletlerarası kuralın... gözardı edilmesinin... milletlerarası hukukun ve Türk özel hukukunun temel prensipleri ile bağdaşmayacağı da izahatan varestedir.” Birsell, a.g.e., s. 30.

⁴⁴⁷ Çalışkan, a.g.e., s. 369.

⁴⁴⁸ Davalı BMW firmasının hileli davranışıyla arabadaki 4.000 dolarlık değer kaybını müşteriye bildirmemesi ve bunun sonradan öğrenilmesiyle karşı tarafın 4.000 dolar ve özel hukuk cezası istemine ilişkin davada Amerikan Federal Mahkemesi, tüketiciyi aldatmaya yönelik davranışından dolayı davalı şirket aleyhine 4 milyon dolarlık özel hukuk cezasına hükmetmiştir. Nuray Ekşi, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Güncel İki Soruna Lex Mercatoria’da Çözüm Arayışları: Hakemlerce “*Anti-Suit Injunction*” ve “*Punitive Damages*” Kararı Verilmesi”, **Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria**, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım/Serhat Eskiörük, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, (Özel Hukuk Cezası), s. 161’den naklen.

⁴⁴⁹ Musa Aygül, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usûl Hukuku Problemleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 31, S. 2, 2011, (Usûl Problemleri), s. 107.

reddetmiştir⁴⁵⁰. Bunun yanı sıra Yunan mahkemesi, 2012 yılında verdiği bir kararda 100.000 dolar değerindeki tazminatı fahiş ve orantısız bulmuştur⁴⁵¹.

Hakemlerin özel hukuk cezasına karar verip veremeyeceği konusunda Amerikan eyaletlerinde farklı görüşlerin olduğu; New York Temyiz Mahkemesi'nin hakemlerin özel hukuk cezası kararı vermesinin adli yargı yetkisine müdahale teşkil ettiği ve hakem kararını bu sebeple kamu düzenine aykırı bulduğu bir karardan bahsedilmektedir. Ancak diğer eyaletlerde hakemlerin cezalandırıcı tazminat kararları verebileceğine yönelik kararların mevcut olduğu da ifade edilmektedir⁴⁵².

Bu konu hakkında öncelikle özel hukuk cezasının tahkime elverişli olup olmaması bakımından bir değerlendirme yapılması gerektiği; cezalandırma ve yaptırım amacı taşıyan bu tazminat türünün, tahkimin konusu olamayacağı yönünde kararların bulunduğu söylenmektedir. Bunun haricinde tahkimin esasına uygulanacak hukuk ya da tahkim yeri hukukunda yer almamasına rağmen özel hukuk cezasına hükmedilmesi halinde hakemlerin yetkisini aşması sebebiyle kararın iptalinin gündeme geleceği de belirtilmektedir. Buna rağmen bazı kararlarda tarafların hakemlere yetki vermesi durumunda hakemlerin bu tip bir tazminata hükmedebilecekleri yönünde kararların mevcut olduğunun da altı çizilmektedir⁴⁵³.

Amerikan Tahkim Derneği'nin (*American Arbitration Association*) çıkardığı Milletlerarası Uyuşmazlık Çözüm Usûlleri (*American Arbitration Association International Dispute Resolution Procedures Rules*)⁴⁵⁴ md. 28/5'te uyuşmazlığın esasına

⁴⁵⁰ Born, *Arbitration*, a.g.e., s. 3679, dpn. 1438'den naklen.

⁴⁵¹ Born, *Arbitration*, a.g.e., s. 3680, dpn. 1439'dan naklen.

⁴⁵² E. Allan Farnsworth, "Punitive Damages in Arbitration", *Arbitration Insights Twenty Years of the Annual Lecture of The School of International Arbitration*, Kluwer Law International, Ed. Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis, 2007, s. 89; Ekşi, *Özel Hukuk Cezası*, a.g.e., s. 164. Farnsworth, 1976 yılında New York Temyiz Mahkemesi'nde görülen *Garrity v. Lyle Stuart Inc.* davasında mahkemenin, hakemlerin özel hukuk cezası içeren bir karar veremeyeceğini 3/4 oy çoğunluğuyla kabul ettiğini belirtmektedir.

⁴⁵³ Farnsworth, a.g.e., s. 94; Ekşi, *Özel Hukuk Cezası*, a.g.e., s. 164-165. 1989 yılında *Raytheon Co. v. Automated Business Systems* davasında Amerikan 1. Temyiz Mahkemesi, *Garrity* kararında New York Mahkemesi tarafından verilen kararın günlerinin sayılı olduğunu, iş tahkimi (iş hukukunu ilgilendiren) ile ticari tahkimin ayrılması gerektiğini, iş tahkiminde ilişkinin sürekli olmasından ötürü cezalandırıcı tazminatın yeri olmayacağını ancak ticari tahkim ilişkisinin iş tahkimine nazaran tek seferlik bir ilişki niteliğinde olmasından ötürü özel hukuk cezasına hükmedilebileceğini dile getirmiştir. Farnsworth, a.g.e., s. 89'dan naklen.

⁴⁵⁴ İngilizce metin için bkz. Er.: https://www.adr.org/aaa/ShowPDF;jsessionid=Q6F3PXhf8pXPBtCSvyQQvyJGxt1VpxzQGvD3JxczZWn8hTGvklH!924145485?doc=ADRSTG_002008 , E.T.: 02.22.2017. Ayrıca bkz. Ekşi, *Özel Hukuk Cezası*, a.g.e., s. 166.

uygulanacak hukukun izin vermesi durumunda hakemlerin özel hukuk cezasına hükmedebileceği; ancak tarafların bu tazminat hakkından feragat edebileceği hükmü yer almaktadır.

Özel hukuk cezası daha çok fikri mülkiyet, rekabet ve iş hukuku alanında görülen bir tazminat türü olmakla birlikte hakemlerin özel hukuk cezasına hükmedip hükmedemeyeceği konusu Amerikan eyaletleri arasında bile değişkenlik göstermektedir. Bu sebeple bu tazminat türünün ulusötesi kamu düzeni içerisinde yer aldığını söylemek yerinde olmayacaktır. Kaldı ki rekabet ve iş hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği tartışma konusu iken, hakemlerin özel hukuk cezası içeren bir karar verebileceğinin kabulü şu an için mümkün görünmemektedir. Ancak, esasa uygulanacak hukukun izin vermesi ve tarafların yetkilendirmesi halinde hakemlerin bu tip kararlar verebileceği söylenebilir.

Türk Hukuku'nda RKHK md. 58 hakime, sebep olunan zararın üç katı oranında tazminata hükmedebileceği yönünde bir takdir yetkisi vermektedir. Bu bağlamda rekabet hukukuna ilişkin özel hukuk cezası içeren bir hakem kararının iptali ya da tenfizinin, 4054 Sayılı Kanun md. 58. uyarınca kamu düzenine aykırı olmayacağı düşünülebilir. Ancak konunun öncelikle tahkime elverişlilik bakımından değerlendirilmesi de gerekmektedir.

5. Rüşvet (*Bribery*), Nüfuz Ticareti (*Traffic of Influence*) ve Kulis Faaliyeti (*Lobbying Services*)

Milletlerarası ticari alanda rüşvet vermek; “*yerli ya da yabancı bir devlet kurumuna, lehine karar vermesi amacıyla, dolaylı ya da direkt olarak para ya da benzeri değeri olan şeyler vermek suretiyle, ahlâki olmayan ve yolsuz edim içeren fiillerde bulunmak*” olarak tanımlanmıştır⁴⁵⁵. Milletlerarası ticari alanda rüşvet aynı zamanda, rekabet halindeki şirketlerin işçilerine veya üst kademedeki yetkililerine bilgi sağlaması ya da görevini eksik ifa etmesi için yasadışı yollardan verilen bedelleri de içerisine almaktadır⁴⁵⁶. Milletlerarası ticari tahkimde taraflar arasındaki sözleşmenin bu tip bir

⁴⁵⁵ Vladimir Pavic, “Bribery and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy”, **Victoria University Wellington Law Review**, S. 43, s. 663. Yazar, Suriyeli Hukukçu Abdulhay Sayed’in tanımına yer vermektedir.

⁴⁵⁶ Gui Conde e Silva, **Transnational Public Policy in International Arbitration**, Master Thesis of Queen Mary University of London, 2005, s. 209. Yolsuzluğa Karşı Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nda (*United Nations Convention Against Corruption*) yapılan bu ayrımın göre ilk tanımda belirtilen rüşvet tipi *aleni (public)*, diğer rüşvet tipi ise özel (*private*) olarak ayrılmaktadır. Pavic, a.g.e., s. 663-664.

ilişkiyi barındırması ulusötesi kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Kamu düzeni değerlendirmesinde rüşvet iddialarının taraflar arasındaki sözleşmenin içine sirayet etmiş olması, başka bir deyişle sözleşmeyi ahlâka aykırı hale getirmesi ve bu durumun somut olaydan anlaşılması gerekmektedir. Bunun dışında sözleşmeden anlaşılamayan durumlarda ise tarafların iddialarını somut delillerle desteklemesi, hakem ve mahkemelere yardımcı olması gerektiği söylenmektedir⁴⁵⁷.

Hakemlerin tahkim yargılaması esnasında gözetmesi gereken bir durum olan rüşvet, hakem kararının iptali ya da tenfizi aşamasında ulusal mahkemelerce de göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim İngiliz mahkemesi *Lemenda Trading Co. v. African Middle East Petroleum Co.* kararında⁴⁵⁸, davalının kamu görevlisine mal tedariki anlaşmasının ifa edilmesi için verdiği komisyon sözleşmesini rüşvet verilmesine ilişkin bularak tenfizini reddetmiştir. Alman ve İngiliz mahkemeleri⁴⁵⁹, daha önce hakemler tarafından incelenen ve delillerle kanıtlanamadığı için reddedilen rüşvet iddialarını, tenfiz davası sırasında yeniden incelemeyi reddederek kararın tenfizine hükmetmiştir⁴⁶⁰.

Bu üç kavram arasındaki en temel farklılık, rüşvet ve nüfuz ticaretinin yasadışı olmasına karşın kulis faaliyetlerinin yasal olmasıdır. Bu itibarla Milletlerarası Tahkim Odası hakemlerince görülen *Broker v Contractor*⁴⁶¹ isimli davada söz konusu farklılıklar şu şekilde ortaya konulmuştur:

* *Nüfuz ticaretine ilişkin sözleşmeler, her zaman bir acenta, sponsor, temsilci veya satış danışmanı gibi şirketlere destek veren, sponsor olan veya tarafları biraraya getirerek sözleşmenin akdedilmesi için aracılık hizmeti veren kişi ya da kurumlarla yapılmalıdır.*

* *Acenta, danışman gibi şirketlerin hizmetin verileceği ülkeden başka bir ülkede kurulmuş olması, aradaki sözleşmenin hukuk sınırları içerisinde akdedildiğin kabulünde bir ölçüt olarak kabul edilebilir.*

* *Hizmet veren şirketin, hizmet vereceği ülkedeki mevzuatlar üzerinde kısıtlama, değişiklik yapma imkanı bulunmamalıdır.*

⁴⁵⁷ Kronke vdi., a.g.e., s. 372; e Silva, a.g.e., s. 209.

⁴⁵⁸ Kronke vdi., a.g.e., s. 373'den naklen.

⁴⁵⁹ *Westacre Investment Inc. v. Jugoinport SDPR Holding Co.* Kronke vdi., a.g.e., s. 373'den naklen.

⁴⁶⁰ Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3673-3674.

⁴⁶¹ ICC Case No: 5622 of 1998, e Silva, s. 213'den naklen.

* *Sözleşmede tarafların yükümlülükleri açık bir şekilde belirtilmeli; taraflar arasındaki bağ açık bir şekilde ortaya konulmalıdır.*

* *Hizmet karşılığında verilen ücret orantılı bir meblağ olmalıdır.*

Benzer bir şekilde Fransız Mahkemesi de, uyuşmazlık tarafları arasında akdedilen sözleşmenin rüşvete değil, kulis faaliyetine (*lobbying services*) ilişkin olması sebebiyle tenfiz istemini kabul etmiştir⁴⁶².

Sözleşme konusunun rüşvet verilmesine ilişkin olması halinde sözleşme, esasa uygulanacak hukukta öngörülen yaptırımlara tâbi tutulacaktır. Buna rağmen birçok ülkede konusu rüşvet olan sözleşmeler geçersiz veya yok hükmünde sayılmaktadır⁴⁶³. Sözleşmenin yok hükmünde sayılması durumunda hakemlerin, uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisine sahip olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte⁴⁶⁴ yukarıdaki kriterler uyarınca sözleşmenin rüşvet ya da nüfuz ticaretine mi veyahut kulis faaliyetine mi ilişkin olduğu noktasında hakemlerin ve milli mahkemelerin detaylı bir değerlendirme yapması gerekecektir.

6. Hileli Davranış (*Fraud*) ve Yalancı Tanıklık (*Perjury*)

Tahkim yargılaması sırasında karşı tarafın hakemi aldatmaya yönelik hileli hareketleri veyahut hileyle elde edilen ya da sahte olarak düzenlenmiş bir belgenin varlığı, bunu iddia eden tarafın somut vakıyı açık ve güçlü delillerle ispatına bağlı tutulmaktadır. Aynı durum, kararın iptal ve tenfiz aşaması için de geçerli görülmektedir. Ayrıca hakem kararına etki eden hileli davranışın kasten ve ahlâka aykırı bir şekilde vücut bulmuş olması gerektiği de söylenmektedir⁴⁶⁵.

İsveç Yüksek Mahkemesi, davacı ile davalı arasında kurgulanan, sahte bir uyuşmazlığa dayanılarak verilen hakem kararının tenfizini reddetmiştir. Kararda

⁴⁶² *Omnium de Traitement et de Valorisation v. Hilmarton, (decided 1995)*. Kronke vdi., a.g.e., s. 373'den naklen.

⁴⁶³ Pavic, a.g.e., s. 679.

⁴⁶⁴ Esas sözleşmenin yok hükmünde ya da geçersiz olması halinde tahkim sözleşmesinin ya da şartının durumu hakkında tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Erkan, **Yetki**, a.g.e., s. 85-94; Mustafa Erkan, "Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, 2013, (Ayrılabilirlik), ss. 535-562. Yazar, esas sözleşmenin yokluğu halinde tahkim sözleşmesinin de kural olarak doğmamış olduğunu dile getirmektedir. Erkan, a.e., s. 93.

⁴⁶⁵ Kronke vdi., a.g.e., s. 374.

davacının amacının, davalının iflası sırasında kendisine avantaj sağlamak olduğu dile getirilmiştir⁴⁶⁶.

İngiliz Yüksek Mahkemesi, *Westacre Investments Inc. v. Judoimport-SDPR Holdings Co.* davasında⁴⁶⁷ yalancı tanıklığın hakem kararına etki ettiğinin tespiti halinde diğer unsurlara bakılmaksızın kararın tenfizinin reddedileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, kendi hileli davranışıyla yargılamada kendisi adına avantaj sağlayan tarafın fiiline meşruiyet tanınmaması gerektiğini sert bir üslupla dile getirmiştir⁴⁶⁸. Mahkeme ayrıca tahkim yargılaması sırasında öne sürülmeyen yalancı tanıklık iddiasının sonradan mahkeme önünde iddia edilemeyeceğini de belirtmiş; ancak bunun istisnaları üzerinde durmuştur. Mahkeme;

* *Tahkim yargılaması sırasında iddiayı destekler nitelikte delillerin mevcut olmaması ya da yasal yollardan elde edilemeyecek durumda olması,*

* *Delillerin hakemlere sunulduğu anda hakem kararını etkileyecek güce sahip olmaması ve bu durumun tahkim yargılamasından sonraki bir süreçte meydana gelmesi,*

* *Son olarak yalancı tanıklık iddiasını öne sürecektarafın, hakem kararının denetimi sırasında aynı iddiayı ikinci kez öne sürme imkanının mevcut olmaması ve bu hakkını hakem kararının denetimine (örneğin iptal davası) saklamış olması,*

Durumlarından birinin varlığı halinde yalancı tanıklık iddiasını değerlendirmeye alacağını belirtmiştir⁴⁶⁹.

Hakem kararının, hileli bir davranış ya da yalancı tanık beyanları ile tahsis edilmesi durumunda ulusötesi kamu düzeninin, bunu iddia eden ve iddiasını delillerle destekleyen tarafı koruyacağı söylenebilir.

⁴⁶⁶ Kronke vdi., a.g.e., s. 374'den naklen.

⁴⁶⁷ Kronke vdi., a.g.e., s. 374.

⁴⁶⁸ "... a party from benefiting from its own fraud should be muzzled."

⁴⁶⁹ Kronke vdi., a.g.e., s. 375'den naklen. Tahkim usûlünde revizyon yasağı ve delillerin değerlendirilmesi hakkındaki görüşler ve ayrıntılı bilgiler için bkz. Aygül, **Usûl Problemleri**, a.g.e., s. 103-109. İngiliz Hukuku'nda da revizyon yasağı kabul edilmekle birlikte kararın hile ile elde edilmiş olmasının ancak kararın içeriğini tetkik ile mümkün olabileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. Aygül, a.e., s. 105.

7. Zayıf Tarafın Korunması

Ulusötesi kamu düzeni bir tarafın işçi, tüketici gibi zayıf konumda olduğu sözleşmelerde de kendisine yer bulmaktadır. Bununla birlikte bu iki sözleşme tipi, kamu düzeninin korunması gayesi güden tahkime elverişlilik kurumu aracılığıyla da değerlendirilmektedir. Buna rağmen tahkim sözleşmesinin, zayıf konumda olan tarafın bilgisizliğinden, tecrübesizliğinden⁴⁷⁰ ya da zor durumundan yararlanarak akdedilmiş olması ve karşı tarafın bu zor durumdan çıkar sağlaması durumunda hakemlerin, iptal veya tenfiz mahkemesinin, ulusötesi kamu düzeni çerçevesinde zayıf tarafın korunması ilkesini gözetmesi gerektiği söylenebilir⁴⁷¹.

Zayıf tarafın korunması ilkesi, tahkime elverişlilik içerisinde mütalaa edilerek konu bakımından tahkime kapatılabilir. Tahkime kapatılmadığı durumlarda ise sözleşmenin zayıf tarafı, bu ilkenin uzantısı niteliğinde düzenlemelerle (müdahaleci normlarla) koruma altına alınabilir. Ancak her hâlükârda kamu düzeninin, milletlerarası alanda zayıf tarafın korunması ilkesini gözetmesi gerektiği söylenebilir. Bu ilke ışığında işçiyi ve tüketiciyi koruyan birçok düzenleme ve uygulama mevcuttur. Örneğin Amerikan mahkemeleri, tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartları niteliğinde olan ve taraflarca müzakere edilmeden akdedilen maddeleri yorumlayarak karar vermektedir. Birçok tüketiciyi hileli bir şekilde kandırmayı amaçlayan sözleşmeler, tazminat miktarı düşük olsa dahi kamu düzenine aykırı bulunmaktadır⁴⁷². AB Hukuku, 93/13 no'lu direktif⁴⁷³ ile tüketiciyi koruyan bazı standartlar belirlenmiştir. Bu doğrultuda tüketiciye münhasıran tahkime gitme şartını içeren ve yargı yolunu kapatan sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır. Bunun yanı sıra ABAD, tüketici aleyhine haksız hükümler içeren sözleşmeyi, tahkim aşamasında tüketicinin itiraz edip etmediğine bakmaksızın geçersiz kabul etmiştir⁴⁷⁴.

Bunun yanı sıra zayıf konumdaki işçileri koruyan mahkeme kararları da mevcuttur. İş sözleşmelerinde ırk, cinsiyet ve yaş ayrımı içeren düzenlemelere

⁴⁷⁰ Basiretli bir tacir gibi davranma durumu da göz önünde bulundurulmalıdır.

⁴⁷¹ Keza Fransız Tüketici Yasası md. 132/1.'de, tüketicinin istismar edilmediği ve hakkını arama yollarının engellemediği ölçüde tahkime gidilebileceğini öngören hükümlerin mevcudiyetinden bahsedilmektedir. Uluocak, **Tahkim Şartı**, a.g.e., s. 523.

⁴⁷² Inae Yang, "A Comparative Review on Substantive Public Policy in International Commercial Arbitration", **Dispute Resolution Journal**, C. 70, S. 2, Temmuz, 2015, s. 67.

⁴⁷³ 93/13/EEC, Er.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:en:HTML>, E.T. 02.16.2016.

⁴⁷⁴ Case C-168/05, *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Movil Milenium SL*, 2006. Yang, a.g.e., s. 68'den naklen.

dayanılarak verilen hakem ya da mahkeme kararlarının da kamu düzenine aykırılık oluşturabileceği belirtilmektedir⁴⁷⁵. Ayrıca işyerinde başka bir işçiye karşı cinsel taciz, cinsel istismar ya da cinsel şiddet fiilini gerçekleştiren işverene/işçiye karşı verilen hakem kararlarında Amerikan mahkemeleri, sık sık kamu düzenine atıf yapmaktadır. Söz konusu durumlar, iş gücü barışı ve endüstriyel adalet gibi kavramlarla açıklanmaktadır⁴⁷⁶.

Yukarıdaki iki paragrafta açıklanan hususlar zayıf tarafın korunması ilkesinin uygulamadaki birer yansıması olup; tahkime elverişliliğin konusunu oluşturmadığı ölçüde hakemlerin de dikkate alması gereken uygulama ve düzenlemeleri ihtiva etmesi açısından örnek olarak verilmiştir. Bu açıklamalar ışığında hakemlerin, zayıf tarafın korunması ilkesini somut olayın özelliklerine göre değerlendirmesi gerektiği ifade edilebilir.

Kamu düzeni içerisinde mütalaa edilebilecek bir diğer husus da yüksek faiz oranlarıdır. Yüksek faiz oranları bazı ülkelerde ulusötesi kamu düzenine aykırı bulunmaktadır. Nitekim Amerikan, Mısır ve Avusturya mahkemeleri bazı davalarda fahiş miktardaki faiz oranlarını kamu düzenine aykırı bulmuştur. Mısır mahkemeleri, Mısır kanunlarının belirlediği yasal faiz oranlarının üzerindeki sözleşmeleri, bu oranı aşan faiz miktarı dışarıda kalmak üzere kısmi tenfiz etmektedir. Avusturya Mahkemesi, sözleşmenin ifa yeri Yugoslavya mevzuatına uygun olmasına rağmen yıllık yüzde 107 faiz oranını fahiş bularak kararın tenfizini reddetmiştir. Amerikan Mahkemeleri de, yıllık yasal faiz oranının yüzde 7 olduğu bir davada yüzde 15,5 olarak belirlenen faiz miktarını, zararı gidermekten ziyade cezalandırıcı nitelikte bularak kısmi tenfiz etmiştir⁴⁷⁷. 1980 yılında görülen *Laminoirs v. Southwire Co.* davasında⁴⁷⁸ Amerikan mahkemeleri, yüzde 9,5 ile 10,5 arasında değişen Fransız yasal faiz oranını kamu düzenine aykırı bularak tenfiz talebini reddetmiştir⁴⁷⁹. Amerikan mahkemeleri, hukuk firması *Russin & Vecchi v. Inter Maritime Management* davasında⁴⁸⁰ *Maritime Management* şirketinin vekili hukuk

⁴⁷⁵ Arthur Hamilton/Peter A. Veglahn, "Public Policy Exceptions to Arbitration Awards", **Labor Law Journal**, Haziran, 1991.

⁴⁷⁶ Kathleen L. Pereles/Edward A. Pereles, "Arbitral Finality: The Current Interpretation of the Public Policy Exception", **J. Collective Negotiations**, Baywood Publishing, C. 30, S. 3, 2003, s. 223.

⁴⁷⁷ Kronke vdi, a.g.e., s. 392-393'den naklen.

⁴⁷⁸ LAMINOIRS, ETC. v. Southwire Co., 484 F. Supp. 1063 (N.D. Ga. 1980) Er.: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/484/1063/1431481/>, E.T.: 20.04.2017.

⁴⁷⁹ Yang, a.g.e., s. 51'den naklen.

⁴⁸⁰ Yang, a.g.e., s. 51-53'den naklen.

firması *Russin & Vecchi* şirketine ödenmesi istenen ve asıl davada *Maritime M.*'nin aleyhine hükmedilen yaklaşık 500.000 dolarlık vekalet ücretini, davanın toplamda yüzde 30'u tutarına denk gelmesi sebebiyle fahiş bularak kamu düzenine aykırılığına hükmetmiştir.

Yüksek faiz oranı içeren sözleşmelerin, sözleşme taraflarından birini aşırı ve katlanılmaz derecede zayıf konumda bırakması durumunda ulusötesi kamu düzenine aykırı hale geleceğinden bahsedilebilir. Bu açıdan Avusturya Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın yerinde olduğu dile getirilmelidir. Yıllık yüzde 107 faiz miktarı, sözleşmenin ifa yeri öngörse bile taraflardan birisini mali açıdan oldukça zor durumda bırakabilecek sonuçlar yaratabilir. Bunun dışında yıllık faiz oranları arasındaki fahiş olmayan farklılıkların kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı söylenebilir.

8. Kumar Borcu

Sözleşme konusunun bir kumar borcuna ya da kumar oynatılmasına ilişkin aletlerin satımına ilişkin olması durumunda hakem kararı, iptal ya da tenfiz ülkesinin milli kamu düzeni ile karşı karşıya kalabilir. Hakemlerin de yargılama esnasında tahkim yeri ve muhtemel tenfiz ülkesinin bu konudaki mevzuatlarını ve yaklaşımlarını göz önünde bulundurması isabetli olacaktır. Yasadışı kumar oynanması ve oynatılması fiili, ulusötesi kamu düzeni anlayışı içerisinde mütalaa edilebilir; ancak sözleşmenin ifa yeri veya muhtemel tenfiz ülkesinin kumar borcuna ve kumar oynatılmasına ilişkin yasal düzenlemeleri mevcutsa hakemler, esasa yönelik hüküm tesis edebilecektir. Örneğin kumar oynatmanın belli izinlere tâbi tutularak yasal kabul edildiği Amerika'nın Nevada eyaletine ilişkin bir uyuşmazlıkta hakemler, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk nazarında kamu düzeninden sıyrılarak esasa ilişkin hüküm tesis edebilir.

Avusturya Yüksek Mahkemesi bir tenfiz davasında⁴⁸¹, kumar aletlerinin satımını konu edinen bir sözleşmede, hakem kararının tenfizini reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde sözleşmenin amacının kumar borcunun yasadışı yollardan teminine yönelik olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme aletlerin teslim edilmesi gereken tarihte teslim edilmediği ve sözleşmede kararlaştırılan miktarın düşüklüğünden hareketle sözleşmenin mal alım-satımından ziyade bir tarafın, diğer tarafa olan kumar borcunun ifasının

⁴⁸¹ OGH, SZ, 1983, 337 = Yearbook of Commercial Arbitration X (422-423), Kronke vdi., a.g.e., s. 392'den naklen.

gerçekleştirilmesi amacı taşıyabileceği gerekçesiyle dosyayı yeniden incelenmesi için bir alt mahkemeye göndermiştir⁴⁸².

9. Ticari Yaptırımlar, İthalat - İhracat Kısıtlamaları, Döviz Kontrol Kuralları, Ambargolar ve Benzeri Düzenlemeler

Tenfiz ya da tahkim yeri ülkesinde yürürlükte bulunan ticari yaptırım kararları, ithalat-ihracat kısıtlamaları, döviz kontrol kuralları, ambargolar gibi düzenlemelere aykırılık teşkil eden hakem kararları, birçok uyuşmazlıkta kamu düzenine aykırı kabul edilerek iptal edilmiş ya da tenfizi reddedilmiştir⁴⁸³. Dolayısıyla hakemler, karar tahsis ederken tahkim yeri ve tenfiz ülkesindeki bu tip düzenlemeleri de göz önünde bulundurarak karar vermek durumundadır.

Ancak söz konusu aykırılığın sözleşmede yer aldığı biçimiyle ve somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiği söylenebilir. Keza İtalyan Yüksek Mahkemesi bir kararında⁴⁸⁴ resmi olmayan bir döviz kuru üzerinden ödeneceğine hükmedilen hakem kararının İtalyan kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme gerekçesinde bu tip uygun kur oranlarının, resmi olmasa da kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini nitekim İtalyan kanunlarının da buna izin verdiğini belirtmiştir⁴⁸⁵.

10. Rekabet Kurallarına Aykırılık

Rekabete ilişkin kurallar, serbest piyasadaki rekabet eşitliğini, ekonomik güvenliği ve istikrarı sağlamaya yönelik getirilmiş düzenlemelerdir ve bu düzenlemelere aykırı sözleşmeler, özellikle ABKA md. 81 ve md. 82'ye aykırılık teşkil eden sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır. *Eco Swiss China v. Benetton International* davası⁴⁸⁶ ile birlikte ABAD, AB Hukuku'nun rekabete ilişkin düzenlemelerini kamu düzeninin bir parçası olarak kabul etmiş; bu tip düzenlemelere karşı tahkime gidilebileceğini ancak esasa uygulanacak hukuk öngörmese dahi söz konusu düzenlemelere aykırı anlaşmaların

⁴⁸² Kronke vdi., a.g.e., s. 392, dpn. 215.

⁴⁸³ Uyuşmazlıklara ilişkin kısa bilgiler için bkz. Born, **Arbitration**, a.g.e., s. 3674, dpn. 1411-1415. Yazar, Stokholm'de verilen ve Amerika'nın İran'a karşı yürürlüğe koyduğu yaptırım kararlarına aykırı bulunan hakem kararının tenfizinin reddedildiğini de ayrıca belirtmektedir.

⁴⁸⁴ *Vicere Livio v. Prodexport, Corte di Cassazione*, Yang, a.g.e., s. 70'den naklen.

⁴⁸⁵ Yang, a.g.e., s. 70'den naklen.

⁴⁸⁶ *Eco Swiss* davasına ilişkin önceki açıklamalar hakkında bkz. İkinci Bölüm, Başlık III/C-2-a, s. 60-61.

geçersiz sayılacağını belirtmiştir⁴⁸⁷. *Eco Swiss* davasıyla birlikte AB üye devlet mahkemelerinin, AB Rekabet Hukuku'na ilişkin düzenlemeleri birlik kamu düzeni içerisinde saymaya başladıkları da dile getirilmektedir⁴⁸⁸.

11. Milletlerarası Yükümlülükler ve Milletlerarası Nezaket İlkesi

Devletlerin, imzaladıkları anlaşmalar ve konvansiyonlar neticesinde birtakım milletlerarası sorumlulukları doğmaktadır. Bunun yanı sıra milletlerarası hukuk ve milletlerarası özel hukukta kabul edilen milletlerarası nezaket ilkesi uyarınca devletler, birbirleriyle olan ilişkilerinde diğer devletlerin egemenlik yetkilerine saygı göstermelidir. Milletlerarası yükümlülükler ve milletlerarası nezaket kuralları günümüzde ulusötesi kamu düzeninin bir parçası olarak görülmektedir. Dolayısıyla hakemlerin ya da mahkemelerin, bir devletin milletlerarası yükümlülüklerini ya da milletlerarası nezaket kurallarını ihlal eden sözleşmeleri ulusötesi kamu düzenine aykırı bulması gerektiği söylenebilir⁴⁸⁹.

Milletlerarası nezaket ilkesi, milletlerarası özel hukuk açısından yabancı mahkemede yapılan yargılamaların, diğer bir ülkede tanınması ve tenfizinin de güvencesini oluşturmakla birlikte mahkemelerin milletlerarası yetkisine saygıyı da içine almaktadır. Bunun yanı sıra ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinin, kendi vatandaşları ile yabancı vatandaşların hakları arasında ayırım yapmadan; adil ve hakkaniyetli olması gerektiği düşüncesi de milletlerarası nezaket ilkesi kapsamında kabul edilmektedir. Çok uluslu bir şirketin iflası durumunda kendi vatandaşı alacaklıları, yabancı alacaklılar karşısında üstün duruma getiren, daha genel bir tabir ile adil olmayan iflas düzenlemeleri milletlerarası nezaket ilkesi uyarınca irdelenmektedir. Ayrıca Amerikan mahkemelerinin, iç hukuk iflas hükümlerine aykırılık teşkil etmeyen yabancı iflas hukuku hükümlerinin uygulanabilirliği noktasında karar verdikleri görülmektedir⁴⁹⁰.

12. Çevrenin Korunması ve Doğal Kaynakların Tüketimi

Doğal kaynak yönetiminin devletler için ekonomik büyümenin temelini oluşturduğu ve milletlerarası pazarda istikrarın sağlanması açısından büyük önem taşıdığı belirtilmektedir. Bir ülkede bulunan doğal kaynakların, o devletin egemenlik yetkisi

⁴⁸⁷ Case C-126/97. Yang, a.g.e., s. 58'den naklen.

⁴⁸⁸ Yang, a.g.e., s. 62.

⁴⁸⁹ Yang, a.g.e., s. 79.

⁴⁹⁰ Yang, a.g.e., s. 82.

kapsamında olduğu; ancak bu kaynakların şirketler ya da devlet tarafından kullanılması sırasında çevredeki doğal yaşamı (insan yaşamı, bitki örtüsü, hayvan topluluğu) tehdit etmemesi; bu tip bir tehdidin ya da zararın milletlerarası hukuk ve ulusötesi kamu düzeni kapsamında önlenmesi gerektiğine yönelik açıklamalar mevcuttur⁴⁹¹.

İnsan sağlığına yönelik Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (*ILO*) 2017 yılında revize edilen Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politikalarla İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi'nde⁴⁹² (*Tripartite Declaration of Multinational Enterprises and Social Policy*) insan sağlığına ilişkin bazı standartlar dile getirilmektedir. Bunun dışında ulusötesi kamu düzeninin, devletlerin imzaladıkları sözleşmelerle doğal kaynakların araştırılması ya da toplanması sırasında meydana gelebilecek zararların önlenmesi noktasında söz sahibi olduğu yönünde kararlar mevcuttur⁴⁹³. Bunun yanı sıra hakemlerin çevrenin korunması, yatırımcılara yönelik olarak ise ticari tahribatın önlenmesine dayanan ilkeleri gözetmesi gerektiğine ilişkin kararlar da bulunmaktadır⁴⁹⁴.

13. Tazminatsız Kamulaştırma Yasağı

Etkilerini çoğunlukla yatırım tahkimi alanında göstermesine karşın devlet politikasının bir ürünü olan kamulaştırmanın uygun bir tazminat karşılığında yapılması; diğer bir deyişle devletin egemenlik yetkisinin, yabancı yatırımcıları ya da hak sahibini zarara uğratacak şekilde kullanmaması gerektiği belirtilmektedir. Mülkiyet hakkının yanı sıra kullanım hakkı bulursa dahi devlet; yabancı yatırımcının işletmesini zor durumda bırakacak, ticari itibarını zedeleyecek fiillerden uzak durmalıdır. Tazminatsız kamulaştırma yasağı, milletlerarası ticari alanda yatırımcıyı devlet karşısında korumayı ve devletlerin milletlerarası ticari hayata zarar verebilecek fiillerinin önüne geçilmesini amaçlamaktadır⁴⁹⁵.

14. Tarihi ve Kültürel Mirasın Korunması

Tarihi ve kültürel eserlerin milletlerarası alanda korunması fikri, Hitler Almanya'sının bu tip eserleri hedef alan yıkıcı politikasından kaynağını almış ve özellikle

⁴⁹¹ e Silva, a.g.e., s. 216-217.

⁴⁹² Er.: http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_094386/lang--en/index.htm, E.T.: 02.04.2017.

⁴⁹³ e Silva, a.g.e., s. 217, dpn. 638-640.

⁴⁹⁴ *S. D. Mayers v. Government of Canada*, e Silva, a.g.e., s. 218'den naklen.

⁴⁹⁵ ICSID kararlarına ilişkin bkz. e Silva, a.g.e., s. 222, dpn. 657.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra gündeme gelmiştir⁴⁹⁶. İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü'nün (UNESCO) 1970 yılında yayınladığı Konvansiyon⁴⁹⁷ hükümleri uyarınca her devlet, ülke toprakları içerisindeki kendisine ve diğer devletlerin tarihine ait olan tarihi ve kültürel mirasa karşı sorumlu kılınmıştır. Bu itibarla müzeler, kütüphaneler ve arşivler aracılığıyla her devlet, tarihi ve kültürel mirası milletlerarası ahlâk ilkeleri uyarınca korumakla yükümlüdür⁴⁹⁸. Kamu düzeninin bu bakımdan -ilgili ülkede müdahaleci normlarla düzenleme konusu yapılmamış olsa dahi- tarihi ve kültürel mirasın korunmasını kapsamına aldığı söylenebilir.

Milletlerarası ticari tahkim yargılamasında da hakemlerin, iptal ya da tenfiz hakimlerinin ulusötesi kamu düzeni içerisinde mütalaa ederek değerlendirmesi gereken bir diğer konu da tarihi ve kültürel mirasın korunması meselesidir. Mısır'daki piramitlerin yakınına ve piramitleri göreceğ şekilde bir turizm kompleksi inşa etmek üzere Mısır hükümetiyle özel bir şirket arasında yapılan sözleşmenin, siyasi nedenlerle⁴⁹⁹ sonradan hükümetçe iptal edilmesinin ardından hakemler önüne gelen uyuşmazlık, heyet tarafından tarihi ve kültürel mirasın korunması fikri ışığında değerlendirilmiştir. Heyet, projenin sürdürülemez olduğuna karar vermiş; gerekçesinde ise piramitlerin dünya kültürel miras listesinde olduğunu ve söz konusu projenin piramitler alanı içinde bulunduğunu dile getirmiştir⁵⁰⁰.

Tarihi ve kültürel eserlerin korunması kavramı, ulusötesi kamu düzeni içerisinde mütalaa edilebilir⁵⁰¹. Bu itibarla bu tip eserlerin yok edilmesi, zarar görmesine yönelik edimler ulusötesi kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Bu eserlerin aynı zamanda

⁴⁹⁶ Bununla birlikte tarihi ve kültürel mirasın korunmasına ilişkin düzenlemelerin 1874 Brüksel Konferansı'na kadar uzandığı da belirtilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, **Kültür Varlıkları**, a.g.e., s. 92-104.

⁴⁹⁷ Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. Er.: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, E.T.: 02.04.2017. 1970 Konvansiyonu ve yine UNESCO tarafından hazırlanan diğer konvansiyonlarla Avrupa Konvansiyonları ve AB düzenlemelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, **Kültür Varlıkları**, a.g.e., s. 105-132.

⁴⁹⁸ e Silva, a.g.e., s. 235.

⁴⁹⁹ Proje muhalifleri bölgede yer altında yatan çok sayıda tarihi eser olabileceğini, sözleşmede belirtilen vadiye kompleks inşa edilmesi halinde henüz gün yüzüne çıkarılmamış tarihi eserlerin araştırılmasının engelleneceğini öne sürmüşlerdir.

⁵⁰⁰ *Southern Pacific Properties v. Republic of Egypt (1992)*, e Silva, s. 235-236'dan naklen.

⁵⁰¹ Aynı yönde bkz. Özel, **Kültür Varlıkları**, a.g.e., s. 414-415.

yasadışı yollardan kaçakçılığının veya ticaretinin yapılması da, ulusötesi kamu düzeni ile bağdaşmayabilecektir.

SONUÇ

Milletlerarası ticari ilişkilerle sınırlı olmak üzere ve milletlerarası ticari hayatın gereklerine göre belirlenmeye çalışılan kamu düzeni kavramının içeriğine yönelik tartışmalar bundan sonraki yıllarda da sürmeye devam edecektir. Devletlerin iç hukuklarında benimsediği çekirdek hüküm niteliğindeki bazı ilke ve düzenlemelerin milletlerarası ticari ihtiyaçların gereklerine göre şekillenmesi yakın gelecekte mümkün görünmemektedir. Bunun dışında günümüzde milletlerarası nezaket kuralları çerçevesinde, milletlerarası yardımlaşma ve ahenk de göz önünde bulundurularak; iyi niyet, ahde vefa gibi milletlerarası hukukta benimsenen ilkelerin önderliğinde bazı ortak değerlerin oluştuğundan bahsedilebilir.

Bu değerler devletlerin siyasi, ekonomik ve ticari amaçlarını korumakla birlikte milletlerarası pazarın istikrarını da sağlamaya yöneliktir. Bunun yanı sıra milletlerarası ticarete hukuki güvenliğin sağlanması da; kamu düzeni gibi belirsiz kavramların milletlerarası ilkeler ve düzenlemeler ışığında somutlaşmasına bağlıdır.

Bu noktada önemli olan, bir yandan milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve gerekliliklerine ayak uydurabilmek iken; öte yandan sınırsız bir liberal anlayışla küçük şirketleri, büyük ya da çok uluslu şirketler karşısında savunmasız durumda bırakmamaktır. Bu noktada bir dengenin kurulması, Türk Tahkim Hukuku'nun gelişimi ve ülkenin milletlerarası ticaretteki rolü açısından büyük önem arz edecektir.

Bu çalışma, milletlerarası ticari ilişkilerde etkisi giderek artan ve *ulusötesi kamu düzeni* olarak da adlandırılan bu yeni kamu düzeni kavramının somutlaştırılması gayesinin bir ürünüdür. Bu itibarla kavramın içi mümkün olduğunda doldurulmaya çalışılmış; özellikle son bölümde geçmiş yıllardaki Yargıtay uygulamalarına da yer verilerek bu kararların ulusötesi kamu düzeni karşısındaki durumu inceleme konusu yapılmıştır. Şüphesiz ki söz konusu kavramın çehresi, ilerleyen yıllarda milletlerarası düzenlemeler, çalışmalar ve doktrin görüşleri ışığında daha da aydınlanacaktır.

KAYNAKÇA

- AKINCI Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, (Yetkili Hukuk)
- AKINCI Ziya, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, No: 44, Ankara, 1994, (Tenfiz)
- AKINCI Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, (Tahkim)
- AKİPEK Jale G./ AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku**, 11. Basıdan Tıpkı 12. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015
- ALTUĞ Yılmaz, **Devletler Hususi Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973
- ALTUĞ Yılmaz/YASAN Mustafa, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, İstanbul, 2003
- ANSAY Tuğrul, “Yabancı Şirketlerin Serbest Yerleşimi ve Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003
- ATAMAN FİGANMEŞE İnci, “Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrolle Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 31, S. 2, 2011, (Mükerrer Kontrol)
- AYBAY Rona, “Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004
- AYGÜL Musa, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, (Şirketler)

- AYGÜL Musa, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usûl Hukuku Problemleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Y. 31, S. 2, 2011, (Usûl Problemleri)
- AYGÜN Mesut, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı iptal Yolu”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi**, Legal Yayıncılık, 2007/3
- AYOĞLU Tolga, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria**, Birinci Baskıdan İkinci Tip Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011
- BALKAR BOZKURT Süheylâ, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü** , On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010
- BANIASSADI Mohammad Reza, “Do Mandatory Rules of Public Law Limit Choice of Law in International Commercial Arbitration”, **Berkeley Journal of International Law**, C. 10, S. 1, 1992
- BARRACLOUGH Andrew/ WAINCYMER Jeff, “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”, **Melbourne Journal of International Law**, C. 6, 2005
- BERMANN George A., “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, **Conflict of Laws in International Arbitration**, Ed.Franco Ferrari/Stefan Kröll, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011
- BİRSEL Mahmut Tevfik, “Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 7, 2005
- BORN Gary B., **International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing** 4. Baskı, Kluwer Law International, 2013, (Forum Selection)

- BORN Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, Kluwer Law International, C. 3, 2014, (Arbitration)
- BUCHANAN Mark A., “Public Policy and International Commercial Arbitration”, **American Business Law Journal**, C. 26, S. 3, 1988
- CAN Hacı/ TOKER Ali Gümrah, **Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016
- CHUCKWUMERIJE Okezie, **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, Greenwood Publishing Group, 1994
- ÇALIŞKAN Yusuf, “Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 24, S. 1-2, 2004
- ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 14. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016
- DAYINLARLI Kemal, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003, (UNIDROIT)
- DAYINLARLI Kemal, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, Tahkime Etkileri ve Sonuçları**, Gözden geçirilmiş, güncelleştirilmiş, genişletilmiş 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2011, (Tahkim ve Kamu Düzeni)
- DEMİRKOL Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014
- DOĞAN Vahit, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 15, S. 1-2, 1995, (Zayıf Taraf)

- DOĞAN Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, (Milletlerarası)
- E SILVA Gui Conde, **Transnational Public Policy in International Arbitration**, Master Thesis of Queen Mary University of London, 2005
- EBKE Werner F., "The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Uberseering, Inspire Art and Beyond", **European Business Law Review**, 2005
- EKŞİ Nuray, "Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003, (Değerlendirme)
- EKŞİ Nuray, **New York Konvansiyonu'na Göre İptal Edilmiş Hakem Kararlarının Tenfizi**, Beta Basım, İstanbul, 2009, (İptal Edilen Hakem Kararları)
- EKŞİ Nuray, "Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 1, 2009, (ICC Hakem Kararları)
- EKŞİ Nuray, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2010, (Milletlerarası Ticaret)
- EKŞİ Nuray, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Güncel İki Soruna Lex Mercatoria'da Çözüm Arayışları: Hakemlerce "Anti-Suit Injunction" ve "Punitive Damages" Kararı Verilmesi", **Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria**, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım/Serhat Eskiörük, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, (Özel Hukuk Cezası)
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013
- ERKAN Mustafa, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2011, (Doğrudan Uygulanan Kurallar)

- ERKAN Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, (Yetki)
- ERKAN Mustafa, “Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-2, 2013, (Ayrılabilirlik)
- ERTEN Rifat, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 25, S. 1-2, 2005-2006
- ESEN Emre, “Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 23, S. 1-2, 2003, (Yetkisiz Temsilci)
- ESEN Emre, “Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, 2008, (Tahkim Anlaşmalarının Şekli)
- ESEN Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, Beta Basım, İstanbul, 2008, (Teşmil)
- ESEN Emre, “Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü’nün Kurtarma Yardım Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, 2010, (Kıyı Emniyet)
- FARNSWORTH E. Allan, “Punitive Damages in Arbitration”, **Arbitration Insights Twenty Years of the Annual Lecture of The School of International Arbitration**, Kluwer Law International, Ed. Julian D. M. Lew/Loukas A. Mistelis, 2007
- GÖĞER Erdoğan, **Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı)**, 2. Bası, Şenyuva Matbaası, Ankara, 1971

- GÖKYAYLA Cemile Demir, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2001
- GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi, C. 2, Bursa, 2009, (İdare)
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Birinci Basıdan Tıpkı Üçüncü Bası, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2010, (Genel Esaslar)
- GÜL Mehmet Akif, **New York Sözleşmesi Bağlamında Usûli Tenfiz Engelleri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos, 2016
- GÜNGÖR Gülin, **Milletlerarası Özel Hukukta İflas**, Ankara, 1997, (İflas)
- GÜNGÖR Gülin, **Tâbiyet Hukuku**, Yetkin Yayınları, 3. Bası, 2015, (Tabiiyet)
- GÜRZUMAR Aydanur, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 14, S. 1-2, İstanbul, 1994
- GÜVEN Pelin, **Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi**, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003
- HAMILTON Arthur/ VEGLAHN Peter A., “Public Policy Exceptions to Arbitration Awards”, **Labor Law Journal**, Haziran, 1991
- HAY Peter/ BORCHERS Patrick J. / SYMENOIDES Symeon C., **Conflict of Laws**, Fifth Edition, West Publishing, 2010
- HUYSAL Burak, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010
- ICCA, **Yearbook of Commercial Arbitration XIX**, 1994
- KALPSÜZ Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Genişletilmiş İkinci Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

- KAPLAN Yavuz, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kesinleşme ve Bağlayıcılık Ölçütlerinin Değerlendirilmesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 5, S. 1-4, 2001, (Kesinleşme)
- KORAL Rabi, “Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay Hukuk Dairesinin 176 tarihli Kararının Eleştirisi”, **Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul, 1979
- KÖSOĞLU Mehmet, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanununun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 28, S. 1-2, İstanbul, 2008
- KRONKE Herbert/ NACIMIENTO Patricia/ OTTO Dirk/ PORT Nicola Christine, **Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention**, Kluwer Law International, Netherlands, 2010
- KURU Baki, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Legal Yayıncılık, Ekim, 2016
- LALIVE Pierre, “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration ICCA Congress Series**, S. 3, New York, 1986
- LEW Julian D. M./ MISTELIS Loukas A./ KRÖLL Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003
- MA Winnie (Jo-Mei), “Public Policy in the Hudical Enforcement of Arbitral Awards: Lessons for and From Australia”, **A Thesis From Bond University for the Degree of Doctor of Legal Science**, 2005
- MICHOUDI Theodora, “Cross Border Mobility of European Corporations”, **Master Thesis European Union Law, University of Amsterdam**, 2013
- MOROĞLU Erdoğan, “Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002

- NOMER Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 4, S. 1, 1984, (Hakem Bağımsızlığı)
- NOMER Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999-2000, (Tenfizde Kamu Düzeni)
- NOMER Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2015, (Devletler)
- NOMER Ergin/ EKŞİ Nuray/ ÖZTEKİN GELGEL Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, C. 1, 4. Bası, Beta Basım, İstanbul, Mart, 2013
- OĞUZ Arzu, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) - Unidroit İlkeleri'nin *Lex Mercatoria* Niteliği”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 49, S. 1, Ankara, 2000, (UNIDROIT)
- OĞUZ Arzu, “Devletlerin Uluslararası Uyuşmazlığa Bakışı ve Lex Mercatoria'nın Rolü”, **Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usûl, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu**, II. Oturum, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Ocak, 2009, (Lex Mercatoria)
- OĞUZMAN M. Kemal/ BARLAS Nami, **Medenî Hukuk**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014
- OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, C. 1, İstanbul, 2016
- OKAY TEKİNSOY Özge, “Avrupa Kamu Düzeni Kavramı”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011
- ONYEMA Emilia, **International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract**, Routledge, 2010

- ÖKÇÜN A. Gündüz, **Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1967
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kuralların Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, (Doğrudan Uygulanan Kurallar)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyeti ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S.2, 2002, (Muafiyet)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Milletlerarası Yetki Anlaşmalarının İflas Davası Üzerindeki Etkileri”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel S. 2014, (Yetki Anlaşmaları)
- ÖZEL Sibel, “Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağışıklığı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1991, (Yargı Bağışıklığı)
- ÖZEL Sibel, **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınları, 1998, (Kültür Varlıkları)
- ÖZEL Sibel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002, (Bağlama Kuralı)
- ÖZEL Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilâfı Meseleleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, (Tahkim)
- ÖZEL Sibel, “Milletlerarası Tahkimde Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İkinci Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Ed. Erol Ulusoy/ Aslı Yıldırım, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Şubat, 2009, (Esasa Uygulanacak Hukuk)

- ÖZTEKİN GELGEL Günseli, “New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002
- PANAYI Christina HJI, " Corporate Mobility in Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths", **Yearbook of European Law**, S. 28, Oxford, 2009
- PAVIC Vladimir, “Bribery and International Commercial Arbitration – The Role of Mandatory Rules and Public Policy”, **Victoria University Wellington Law Review**, S. 43
- PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014
- PERELES Kathleen L./ PERELES Edward A., “Arbitral Finality: The Current Interpretation of the Public Policy Exception”, **J. Collective Negotiations**, Baywood Publishng, C. 30, S. 3, 2003
- REINER Andreas, “Hakemin Bağımsız ve/veya Tarafsız Olmadığının veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararına Etkisi”, **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı**, II. Oturum, Çev. Müslüm Yılmaz, Beta Basım, İstanbul, 2008
- ROTH Wulf-Henning, “From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law and Community Law”, **Cambridge University Press, The International and Comparative Law Quarterly**, C. 52, S. 2, 2003
- RUHİ Ahmet Cemal/ KAPLAN Yavuz, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002

- SAKMAR Ata, **Devletler Hususi Hukukunda Boşanma**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976
- SARGIN Fügen, **İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005
- SARIOZ BÜYÜKALP İpek, “Uluslararası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması Kavramları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, 2015
- SEVİĞ Vedat Reşit, “Milletlerarası Tahkim Kanununun Özellikleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 22, S. 2, 2002
- SILVA-ROMERO Eduardo/ ESEN Emre, “MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 27, S. 1-2, 2007
- SOPHIE-PAPEIL Anne, “Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration”, **Conflict of Laws in International Arbitration**, Ed.Franco Ferrari/Stefan Kröll, Sellier European Law Publishers, Munich, 2011
- SÜRAL Ceyda, **Avrupa Birliği’nde Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2007, (AB’de Tenfiz)
- SÜRAL Ceyda, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2008, (UNIDROIT)
- SÜRAL Ceyda, “Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, İzmir, 2015, (İptal Davası)
- SÜRAL Ceyda, **Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, (Sınırlı Yargı Muafiyeti)
- Şanlı Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, (Tahkim)

- ŞANLI Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2016, (Ticari Akitler)
- ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN FİGANMEŞE İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016
- TANRIVER Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 17, S. 1-2, 1997-1998
- TEKİNALP Gülören, “AET’de Tüzel Kişilerin Tanınması” , **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, S. 1-4, 1976, (Tanınma)
- TEKİNALP Gülören, “Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriteri, AT hukuku ve MÖHUK”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 19, S. 1-2, 1999-2000, (Ortaklık Merkezi)
- TEKİNALP Gülören, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, (Bağlama Kuralları)
- ULUOCAK Nihal, **Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, (Kanunlar İhtilâfı)
- ULUOCAK Nihal, “Milletlerarası Tüketici ve İş Akitlerinde Tahkim Şartının Geçerliliğine Dair Fransız Yargıtayının ve Doktrininin Görüşleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, C. 17, S. 1-2, İstanbul, 1997-1998, (Tahkim Şartı)
- VARADY Tibor/ BARCELO III John J./ VON MERHEN Arthur T., **International Commercial Arbitration A Transnational Perspective**, American Casebook Series, Fourth Edition, 2009
- YANG Inae, “A Comparative Review on Substantive Public Policy in International Commercial Arbitration”, **Dispute Resolution Journal**, C. 70, S. 2, Temmuz, 2015

YAVUZ Cevdet, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”,
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İkinci Uluslararası Özel
Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Ed. Erol Ulusoy/Aslı Yıldırım, Tasarruf
Mevduatı Sigorta Fonu, Şubat, 2009

ZEVKLİLER Aydın/ ACABEY Beşir/ GÖKYAYLA K. Emre, **Medeni Hukuk**, Ankara,
1999

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

Yazar Adı Soyadı	Sinan Can KONYALI
Tez Adı	Milletlerarası Ticari Tahkimde Kamu Düzeni
Enstitü	Sosyal Bilimler
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Bilim Dalı	Milletlerarası Özel Hukuk
Tez Türü	Hukuk
Tez Danışmanı	Yrd. Doç. Dr. Zeynep ÖZGENÇ
Çoğaltma (Fotokopi Çekim) İzni	<input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimin sadece içindekiler, özet, kaynakça ve içeriğinin % 10 bölümünün fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input checked="" type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin vermiyorum
Yayımlama İzni	<input type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin veriyorum <input checked="" type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasının ertelenmesini istiyorum 1 yıl <input type="checkbox"/> 2 yıl <input type="checkbox"/> 3 yıl <input checked="" type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin vermiyorum

Hazırlamış olduğum tezimin yukarıda belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih: 05.09.2017

İmza: