

Tahkimde Kamu Düzenin Etkisi

Effects of Public Policy on Arbitration

Prof. Dr. Mustafa Topaloğlu (Beykent University, Turkey)

Abstract

Public policy is a ambiguous concept. Public policy can be defined as a set of rules which protecting the essential structure of society and its interests. Under New York Convention dated 1958, an arbitration verdict which breaching of public policy in the executing country can't be executed. Same provision valid under Turkish Act Related International Private Law and Procedure Law. An arbitration verdict can't be subject to appeal directly. But, it can be sued for annulment before court of first instance. The public policy is stipulated as a ground of annulment in the Turkish International Arbitration Act. New Turkish Civil Procedure Act accepted same solution about domestic arbitration. In this paper was tried to define the public policy concept and examined point of view of legal rules questioned above.

1 Giriş

Tahkim, mahkeme dışında alternatif bir ticari uyuşmazlık çözüm metodudur. Tahkim usulünde hakem denilen tahkim heyeti milletlerarası ticari uyuşmazlıkları bağlayıcı şekilde çözmektedirler.

Tahkimde yargısal bir faaliyet söz konusudur. Bu nedenle tahkim, bilirkişilikten, ekspertizlikten ve değerlendirme uzmanlığından farklıdır.

Milletlerarası ticaret hukukunda tahkim en uygun ve en yaygın bir uyuşmazlık çözüm metodu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tahkim, mahkemelere göre daha hızlı hareket etmektedir. Tahkimde yargılama masrafları ve avukatlık ücretleri devlet yargısına göre daha ucuzdur.

Tahkimde görev alan hakemler milletlerarası ticari uyuşmazlıklar konusunda uzman olduklarından uyuşmazlığın niteliğine uygun ve daha adil karar verebilmektedirler. Aynı zamanda hakemlerin uzmanlığı tahkim yargılamasının mahkemelere göre daha kısa sürmesine de neden olmaktadır.

Hakemler, mahkemeler kadar resmi yaklaşım göstermediklerinden dolayı daha esnek davranabilmektedirler. Hakemler yerine göre kanunlar veya içtihat hukuku yerine hakkaniyete ve ticari hayatın gereklerine özgü karar verebilmektedirler. Mahkemeler kanunların sıkı şekil şartları bağlı olmaları bazen adil olmayan karar verebilmelerine neden olabilmektedir.

Mahkemeler her ne kadar bağımsız da olsalar buldukları devletin siyasi, sosyal ve ekonomik politikalarından etkilenebilmektedirler. Tahkimde ise hakemler tavır ve davranışları ve verdikleri kararlar ile objektifliklerini ispatlamış kişiler arasından seçilmektedirler.

Buna karşılık tahkimde de hakemlerin özellikle hak ve nefasete göre karar vermeleri halinde adaletsiz ve hakkaniyete aykırı karar verdikleri görülmekte ve tahkim yargılaması sırasında adil yargılama ilkesine aykırı davrandıklarına rastlanmaktadır.

Hakem kararları mahkeme kararlarına göre ilgili ülkede daha yaygın ve kolay bir şekilde icra edilebilmektedir. Yabancı Hakem kararlarının Tanıma ve Tenfizine ilişkin 1958 tarihli New York Anlaşmasına çok fazla ülke taraftır. New York Anlaşmasına göre taraf ülkelerden birinde verilen hakem kararları diğer bir ülkede de uygulanabilmektedir.

Türk tahkim hukuku uygulamasında ister iç isterse milletlerarası hakem kararı olsun, kamu düzeni kavramı, hakem kararlarının mahkemeler tarafından iptali için anahtar bir kavram olarak kullanılmıştır.

2 Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni kavramı gerek iç hukukta gerekse milletlerarası hukukta kullanılan bir kavramdır. İç hukuk ve milletlerarası hukukun kamu düzeni yaklaşımı farklı olduğu görülmektedir. Buna rağmen ne iç hukukta ne de milletlerarası hukukta kamu düzeni herhangi bir hukuk metninde yasal olarak tanımlanmış değildir.

Anayasa'da temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında, kamu yararı, genel ahlak, genel sağlık gibi ölçülerle kamu düzenin korunması esas alınmış fakat kamu düzenin ne olduğu hususunda herhangi bir belirtme yer almamıştır. Zaman içinde kanun koyucu ve uygulayıcıların siyasi, sosyal, ekonomik ve ahlaki kriterlere atfettiği değere göre kamu düzeninin kapsamı ve içeriği belirlenecektir.

Kamu düzenini iç hukukta Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünü olarak görmek mümkündür. İç hukuktaki bu kurallar herkesin uymakla yükümlü olduğu kamu hukuku veya özel hukuk karakterli olabilir. Bu bağlamda Anayasal temel hak ve özgürlüklere aykırılık, Türk Kanunlarının esas

ilkelerini ihlal ve Türk adab ve ahlak anlayışına karşı gelme hallerinde kamu düzeni mülâhazasıyla iç hukukta müdahalede bulunmaktadır.

Kamu düzeni kavramı ülkeden ülkeye değişiklik gösterir. Aynı zamanda kamu düzeni, sabit bir kavram olmayıp, zaman ve mekana göre de değişen bir özelliğe sahiptir. Kamu düzeni kavramının bu değişken niteliği onu takdire bağlı bir kavram haline getirmektedir. Somut bir olayda kamu düzenine aykırılığın bulunup bulunmadığını hakim takdir yetkisine dayanarak belirleyecektir.

Bireylerin serbest iradelerinin dışında kalan emredici hükümler kamu düzeni amacıyla konulmuştur. Ancak her emredici kural kamu düzeninden sayılmaz. Bununla beraber 6098 sayılı Borçlar Kanununun 27.maddesinde “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” denilmektedir. BK m.27 hükmünde kamu düzeni kavramı, emredici hükümlerle birlikte irade özgürlüğünün bir sınırı olarak kanunen sayılmıştır. Buna göre gerek emredici hükümlere gerekse kamu düzenine aykırı tahkim sözleşmeleri geçersiz sayılır.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı içerik ve işlev bakımından iç hukuktan farklıdır. Milletlerarası kamu düzeni iç hukuka göre daha dar ve sınırlı kapsamdadır. İç hukukta kamu düzeninden sayılan bir husus, milletlerarası özel hukukta kamu düzeninden sayılmayabilir.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin içeriğini belirlemek çok zordur. Kamu düzeni kavramı zamana ve yere göre değiştiği gibi, ülkeden ülkeye de değişiklik gösterebilir. Kamu düzeni kavramıyla bir ülkedeki temel haklarla ilgili hükümler, anayasasının tüm ilkeleri kamu düzeninden sayılabilir. Her toplumun siyasi, ekonomik, sosyal ve hukuki yapısı o toplumun iç ve dış kamu düzeni anlayışını oluşturmaktadır.

Bütün bu açıklamalardan sonra kamu düzeni kavramını kısaca “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanımlamak mümkündür.

3 Hakem Kararlarının Uygulanmasında Kamu Düzeninin Etkisi

Hakem kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemez. Ancak iptal davası açılması mümkündür. Yabancı mahkeme kararı niteliğindeki kararların da uygulanabilmesi için Türk mahkemelerinde tenfiz davası açılarak tenfiz kararı alınması gerekir. Alınan tenfiz kararı Yargıtay’da temyiz konusu yapılabilir

3.1 Hakem Kararlarının Tenfizi Davasında Kamu Düzeni

Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1958 tarihli New York Anlaşması veya 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerine tabiidir.

1958 tarihli New York Anlaşması

New York Anlaşması 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla onaylandığı için bu tarihten itibaren Türkiye açısından da uygulama kabiliyeti kazanmıştır. Türkiye’nin koyduğu çekince uyarınca New York Anlaşması taraf olan bir devlette verilen hakem kararının Türkiye’de tanınması ve Tenfizinde uygulama alanı bulabilir.

Türkiye’nin tahkim yeri olduğu hakem kararları ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa tabiidir. Ancak Türkiye’de gerçekleşecek bir tahkim yargılamasının MTK’ya ve 6100 sayılı HMK’ya tabi olmayacağı taraf iradelerinden anlaşılacak yabancı unsurlu hakem kararlarına New York Anlaşmasının uygulanması söz konusu olabilir.

New York Anlaşmasının V.maddesinde yabancı hakem kararlarının tenfizi şartları sınırlı şekilde sayılmıştır. Bu şartlardan biri de tenfizi istenen hakem kararının tenfiz devleti hukukunun kamu düzenine aykırı olmamasıdır. Burada dikkate alınması gereken kamu düzeni, iç hukuktaki kamu düzeni değil, milletlerarası unsurlu hukuki ilişkiler bakımından geçerlilik taşıyan kamu düzenidir. Ayrıca, kamu düzenine aykırılığın değerlendirilmesi ise tenfiz devleti olan Türkiye’de tenfize karar verildiği andaki geçerli bulunan anlayışa göre gerçekleştirilecektir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni birçok bakımdan değerlendirmeye alınabilir. Bunlardan birincisinde, tenfizi istenen kararın, kumar veya rüşvet alacağı veya ithali veya ihracı yasak bir malın teslimi gibi Türk kanunlarına göre ifası yasak olan edimler içermesi ya da uyuşturucu veya beyaz kadın ticareti gibi genel ahlaka ters düşen sözleşmelerden kaynaklanan edimleri hüküm altına alıyor olması halinde kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz talebinin reddedilebilir.

New York Anlaşmasında revizyon sistemi reddedildiğinden tenfiz mahkemesi burada belirtilen şartların dışına çıkarak hakem kararını esastan inceleyemez. Ancak istisnai hallerde kamu düzenine aykırılık iddiasının incelenmesi amacıyla sınırlı olarak hakem kararının içeriğine dahil bazı vakıaların incelenmesi söz konusu olabilir.

New York Anlaşmasının V (2)(b)maddesi anlamında kamu düzenine aykırı sayılabilecek ikinci hal ise, özellikle bazı milletlerarası tahkim merkezlerinde yapılan tahkim yargılaması sırasında hakemlerin bağımsızlığı veya tarafsızlığı ilkelerinin ihlal edilmesidir. Hakemlerin bağımsızlığından kasıt, onların hiçbir makam, merci, organ veya kişiden emir, talimat, tavsiye veya telkin almamaları veya özellikle davanın tarafları ile objektif karar vermeyi engelleyecek ölçüde herhangi bir bağ içinde bulunmamalarıdır. Hakimler gibi adil, objektif ve tarafsız

karar vermeleri gereken hakemlerin bağımsızlığının taraflar için usuli güvence oluşturacağı tartışmadan uzaktır.

Hakemlerin bağımsız olmadıklarına karar verirken sadece şüphe yeterli olmayıp, söz konusu şüphenin kararın muhtevasına yansımaları gerekir. Ancak bu şekilde somutlaşmış hakem kararları kamu düzenine aykırı sayılarak tenfizi reddedilebilir. Bazı durumlarda da hakemlerin bağımsız olmadıklarına ilişkin iddialar taraflarla hakem arasındaki rüşvet veya çıkar ilişkileri ispatlanarak açıkça ortaya konabilir.

Üçüncü olarak, bazı usuli hatalar savunma hakkını ihlal ederek kamu düzenini bozabilir. New York Anlaşmasının V (1)(b)maddesi anlamında özellikle taraflardan birinin tahkim usulünden haberdar edilmemiş olması ve bu diğer sebeplerden dolayı savunmamasının alınmamış olması temel hakları ihlal ettiğinden kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfiz engeli oluşturur.

Kamu düzenine aykırı sayılan bir diğer durum da tenfizi istenen hakem kararının kesinleşmiş Türk mahkeme kararına aykırı hükümler içermesidir. Zira, birbirine aykırı hüküm içeren iki ayrı kararın Türkiye’de aynı anda icra edilebiliyor olması, hukuki güvenlik, toplumsal barış ve istikrarı bozacağından, kamu düzeni fikrini ihlal edeceğinde şüphe yoktur.

Son olarak, hakem kararlarının taraflarının anlaşması ile gerekçesiz olarak verilebileceğine ilişkin kuralların işlerlik kazandığı hakem kararları kamu düzeni engeliyle karşılaşır. Anayasanın 141.maddesine göre bütün mahkeme kararları gerekçeli olmak zorundadır. Emredici nitelikte bulunan Anayasa m.141 hükmü hakem kararları için dahi geçerlidir. Diğer taraftan ancak gerekçe taşıyan hakem kararları, tenfiz şartlarına sahip olunup olunmadığı yönünde yapılacak bir incelemeye imkan tanır.

5718 sayılı MÖHUK

New York Sözleşmesi birçok ülke tarafından onaylanmış olduğu için bu anlaşmaya taraf olmamış devlet kalmamış gibidir. 5718 sayılı MÖHÜK, tenfiz şartları bakımından New York anlaşmasından daha ağır hükümler taşıdığı için tarafların MÖHUK hükümlerini tercih etmeleri pek düşünülemez. Ancak New York Anlaşmasının uygulanmadığı çok sınırlı hallerde yabancı hakem kararların tenfizinde MÖHUK hükümlerinin uygulanması düşünülebilir.

5718 sayılı MÖHUK hükümleri kamu düzeni açısından New York Anlaşması ile benzer hükümler içerdiği için New York Anlaşması için söylenenler burada da geçerlidir.

3.2 Hakem Kararlarının İptalinde Kamu Düzeni

Hakem kararlarının iptali tahkimin iç tahkim veya milletlerarası tahkim olmasına göre değişmektedir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

4686 sayılı MTK, sadece yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar veya hakem kurulu tarafından seçildiği uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadır.

Türk Hukukunda hakem kararlarına karşı asliye hukuk mahkemelerinde iptal davası açma usulünü ilk defa MTK getirmiştir. İptal kararına karşı Yargıtay’da temyiz yoluna başvurmak mümkündür. Esasa girme yasağını öngören MTK’ya göre, mahkemeler ancak iptal sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında hakem kararlarını inceleyebilir.

MTK’ya göre hakem kararının kamu düzenine aykırı olması açık bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme New York Anlaşmasına paraleldir. Her ne kadar tahkim yargılaması Türkiye’de gerçekleşse de yabancılık unsurundan dolayı kamu düzenine aykırılık kavramı belirlenirken milletlerarası kamu düzeni yaklaşımı esas alınmalıdır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Genellikle iç tahkim, hukuk muhakemeleri kanunlarında düzenlenir. Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu iç tahkime ilişkin hükümler içermekteydi. Mülga HUMK, hakem kararlarına karşı temyiz yoluna başvurma imkanı tanımaktaydı. Kamu düzeni Mülga HUMK’da temyiz sebepleri arasında gösterilmese de, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre kamu düzenine aykırılık temyiz incelemesi sırasında resen gözetilebilmekteydi. Mülga HUMK döneminde hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık nedenine dayalı olarak çok fazla Yargıtay kararı verilmişti.

6100 sayılı yeni HMK ise hakem kararlarına karşı mülga HUMK’dan farklı olarak temyiz yolunu kaldırmış ve MTK’daki düzenlemeye paralel olarak iptal prosedürü öngörmüştür. Buna göre hakem karardan hoşnut olmayan taraf, asliye hukuk mahkemelerinde iptal davası açabilir. Asliye mahkemesinin iptal davasındaki kararına karşı da Yargıtay’da temyiz yolu açıktır.

HMK, mülga HUMK’dan farklı olarak kamu düzenine aykırılığı özel bir iptal sebebi olarak düzenlemiştir. Bu düzenleme New York Anlaşması ve MTK’yla neredeyse aynıdır. Ancak, HMK’da düzenlenen tahkimin iç tahkim olduğu ve bu nedenle kamu düzeni kavramının da Türkiye’ye özgü bir yargılama olduğu dikkate alınarak yorumlanmalı ve değerlendirilmelidir.

4 Sonuç

Son yasal düzenlemelerden sonra Türkiye’de hakem kararlarının kamu düzenine aykırılığı New York Anlaşmasına paralel düzenlemeye kavuşmuştur. Ancak HMK, öngörülen kamu düzeni kavramının bir iç tahkim olduğu hususu gözden uzak tutulmamalıdır.

Kamu düzeni kavramı muğlak bir kavram olup tanımlanması zor bir kavramdır. Ancak bu belirsizlik kamu düzenine aykırılık nedeniyle hakem kararlarının içeriğine müdahale imkanı vermez. Tahkim yargılamasını tercih eden taraflar Devlet yargılamasından vazgeçerek hakemlerin hukuk anlayışı ve yaklaşımına razı olmuşlardır. Özellikle milletlerarası tahkimde esasa girme yasağına aykırı yargısal yorum ve uygulamalardan özellikle kaçınılmalıdır.

Kaynakça

- Akıncı, Z., 2007. *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayınları, Ankara, 798 s.
- Dayınlarlı, K., 2004. *HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 342 s.
- Goode,R., 2004. *Commercial Law*, Penguin Books, 1265 s.
- Kalpsüz, T., 2007. *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, Ankara, 171 s.
- Nomer, E.,Ekşi, N. ve Öztekin Gelgel, G., 2013. *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 168 s.
- Pekcanitez, H. ve Atalay, O. ve Özeker, M., 2011. *Hukuk Muhakemeleri Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 775 s.
- Sözer, B., 2001. *Legal Environment of Business*, Beta Yayınları, İstanbul, 482 s.
- Şanlı, C. ve Esen, E. ve Ataman Figenmeşe, İ., 2013. *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul,666 s.
- Tanrıver, S., 1988. Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, Ankara , s. 567 vd.
- Yılmaz, E., 2012. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1794 s.