

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TAHKİMDE İDDİA VE SAVUNMA
HAKKININ İHLALİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ferda Nur GÜVENALP

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ziya AKINCI

TEMMUZ 2016

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI TAHKİMDE İDDİA VE SAVUNMA
HAKKININ İHLALİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ferda Nur GÜVENALP

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ziya AKINCI

TEMMUZ 2016

ÖNSÖZ

Bu çalışma, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans programı kapsamında hazırlanmıştır. Çalışmanın konusu, Türk mahkemeleri önünde görülmekte olan bir tenfiz davasında tartışılan konulardan esinlenerek belirlenmiştir.

Tez konusu “Milletlerarası Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı” şeklinde belirlenmekle birlikte bu çalışma kapsamında danışmanlık yaparak beni onurlandıran ve tezin hazırlanması sırasında her türlü desteğini, anlayışını, yardımını ve yol göstericiliğini esirgemeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı’nın tavsiyeleriyle tez başlığı “Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali” olarak belirlenmiştir. Tezin bu şekilde ortaya çıkmasındaki ve sonrasındaki yardımları nedeniyle kendisine müteşekkirim.

Tez planının belirlenmesi aşamasında yardımını ve yol göstericiliğini esirgemeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal’a da teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Tezimin savunmasında jüri üyesi olmayı kabul ederek beni onurlandıran, Sayın Prof. Dr. Ali Cem Budak ve Sayın Doç. Dr. Sıtkı Anlam Altay’a içten teşekkür ve saygılarımı sunarım.

Yurtdışından sağladığı kaynak desteği ile bu tezin zenginleşmesine büyük katkıda bulunan Ar. Gör. Seda Palanduz’a, yine yurtdışından kaynak desteği sağlamanın yanında tez sürecine ilişkin her türlü sorumda bana yol gösteren Av. Ozan Mert Öndeş’e ve Ar. Gör. Arzu Hacıoğlu’na ve tezimi bir bütün olarak okuyarak değerli görüşlerini benimle paylaşan ve gözümünden kaçan her türlü hatayı tespit etmemde bana yardımcı olan Av. Fatih Işık’a en içten teşekkürlerimi sunarım.

Bu tezin yazım sürecinde kimi zaman yaşadığım zorluklar karşısında varlıkları, deneyimleri ve nasihatleriyle bana güç veren ve aramızda kilometrelerce mesafe olsa da her an yanımda olduklarını bildiğim ve kızları olmaktan gurur duyduğum Sevgili annem Zühal Güvenalp ve Sevgili babam İrfan Güvenalp’e teşekkürlerin en büyüğünü borçluyum. Ve tabii ki bu tezin yazım sürecinde en stresli anlarımın en yakın şahidi olan ve bununla başa çıkabildiği gibi esprileriyle benim de başa çıkmama yardımcı olan, bu süreçte kimi zaman maalesef kendisiyle yeterince ilgilenemediğim canım kardeşim Mehmet Ziya Güvenalp’ten öncelikle kendisinden çalmak zorunda kaldığım zamanlar için özür diliyor ve kendisine teşekkür ediyorum. Gelecekte çok başarılı bir ekonomist olduğunda beni daha iyi anlayacağını biliyorum.

Bu tezi yazmak benim için ruhumun her zerresini katarak bir beste yapmak gibiydi. Tez planımın her bir ögesi ise bu besteyi icra edecek orkestranın vazgeçilmez birer parçası. Bu orkestranın bir ahenk içinde bu besteyi icra etmesini ve

akademik yolun daha çok başındayken hazırladığım bu eserin içerdiği konular hakkında karşılaşılan sorunlara çözüm olmasını temenni ederim.

Ferda Nur Güvenalp
İstanbul, Temmuz 2016



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	viii
RESUME	ix
ABSTRACT	xiii
ÖZET	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İDDİA VE SAVUNMA HAKKI KAVRAMI

§1. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	3
§2. ADİL YARGILANMA HAKKIYLA İLİŞKİSİ.....	8
§3. TÜRK HUKUKUNDA KAVRAMIN FARKLI HUKUK DALLARINDAKİ DÜZENLENİŞİ	12
A. Anayasa Hukukunda	12
B. Medeni Usûl Hukukunda	15
C. Milletlerarası Özel Hukukta.....	19
§4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İDDİA VE SAVUNMA HAKKI KAVRAMI VE BU HAKKIN İHLALİNE BAĞLANAN SONUÇLAR	21

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ UNSURLARI

§1. HAKEMİN TAYİNİNDEN VE HAKEMLİK PROSEDÜRÜNDEN USULÜ DAİRESİNDE HABERDAR EDİLME HAKKI.....	28
A. Hakkın Konusu, İçeriği ve Sınırları	28
B. Milletlerarası Tahkimde Usûlüne Uygun Tebligat Kavramı	31

I. Tebligat Şekli.....	33
II. Tebligat Dili.....	37
III. Süreler	39
IV. Tebligatın Yöneltilmesi Kişi.....	42
§2. İDDİA VE SAVUNMA VASITALARINI İLERİ SÜREBİLME HAKKI.....	44
A. Hakkın İçeriği ve Konusu	44
I. İddia ve Savunmaların İleri Sürülmesi	46
II. Delillerin Sunulması	49
1. Belgeler	50
2. Tanıklar	52
3. Bilirkişi.....	55
4. Keşif	58
III. Belge İbrazi Talebinde Bulunma Hakkı.....	58
IV. Cevap Hakkı.....	62
V. Görüş Bildirme Hakkı.....	64
1. Hakemlerce Tespit Edilen Deliller Hakkında Görüş Bildirme Hakkı	65
2. Hakemlerce Karara Esas Alınacak Hukuki Sebepler Hakkında Görüş Bildirme Hakkı	67
B. İddia ve Savunma Vasıtalarının İleri Sürülmesi Hakkının Sınırları	72
C. Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Vasıtalarının İleri Sürülmesi Hakkının İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı Açısından Değerlendirilmesi	74
§3. İDDİA VE SAVUNMALARIN DİKKATE ALINMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKI	79
A. Sulh Görüşmelerinin Hakemlerce Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu	86
B. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Hakemlerce Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu	89
§4. TARAFLARA EŞİT MUAMELEDE BULUNULMASI İLKESİ.....	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MİLLETLERARASI TAHKİMDE İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ
İHLALİNİN SONUÇLARI

§1. TENFİZ ENGELİ OLARAK İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ İHLALİ..	106
A. Genel Olarak	106
B. New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) Maddesi	109
C. İddia ve Savunma Hakkının İhlalinin Diğer Tenfiz Engelleriyle İlişkisi .	112
I. İddia ve Savunma Hakkı ve Kamu Düzeni.....	112
II. İddia ve Savunma Hakkının İhlali ve Usûle Uygulanacak Kurallara	
Aykırlık	116
D. Tenfiz Talebinin Reddedilebilmesi için Gerekli Şartlar	119
I. İddia ve Savunma Hakkının İhlali ile Hakem Kararı Arasındaki	
Nedensellik İlişkisi.....	119
II. İhlalin İspatı	123
III. Feragat Teşkil Eden Bir Davranışın Yokluğu.....	125
E. Tenfiz Davasında İddia ve Savunma Hakkı İhlallerinin Tespit Edilmesinde	
Uygulanacak Hukuk.....	129
I. Genel Olarak	129
II. Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Görüşler.....	130
1. Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk (<i>Lex arbitri</i>)	130
2. Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.....	135
3. Tenfiz Ülkesi Hukuku	135
4. Milletlerarası Kabul Görmüş Standartlar	137
III. Değerlendirme.....	138
§2. İPTAL SEBEBİ OLARAK İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ İHLALİ.....	139
A. 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Hakemliğe İlişkin Avrupa Sözleşmesi	139
B. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)	140
I. Genel Olarak	140
II. İptal Talebinin Kabul Edilmesi İçin Gerekli Şartlar	144
1. İddia ve Savunma Hakkının İhlali ile Hakem Kararı Arasındaki	
Nedensellik İlişkisi	144
2. İhlalin İspatı	147
3. Hakkın Kullanılmasından Feragat Edilmemiş Olması.....	148

C. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım	
Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID).....	149
§3. DEVLET MAHKEMELERİNİN TENFİZ VE İPTALE İLİŞKİN	
KARARLARINA KARŞI AİHM'E BAŞVURULUP	
BAŞVURULAMAYACAĞI SORUNU	153
SONUÇ	157
KAYNAKÇA.....	162



KISALTMALAR

AAA	American Arbitration Association-Amerika Tahkim Kurumu
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Avrupa Sözleşmesi	1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa Sözleşmesi
Batıder	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
Bkz.	Bakınız
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration-Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu
DIAC	Dubai International Arbitration Centre-Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi
dn.	Dipnot
HD	Hukuk Dairesi
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IBA	International Bar Association-Uluslararası Barolar Birliği
ICC	International Chamber of Commerce-Milletlerarası Ticaret Odası
İSTAC	İstanbul Arbitration Centre-İstanbul Tahkim Merkezi
LCIA	London Court of International Arbitration-Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi
m.	Madde
MÖHUK	5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	4186 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
s.	Sayfa
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
vd.	Ve devamı
Yarg.	Yargıtay
YBCA	Yearbook of Commercial Arbitration

RESUME

En vertu des conventions internationales et des lois nationales, la violation du principe de la contradiction au cours des procédures d'arbitrage international constitue un motif pour lequel l'exécution de la sentence arbitrale peut être refusée et un motif d'annulation pour la sentence. La défense d'une violation du principe de la contradiction bénéficie d'une cote de popularité élevée parmi les motifs de refus d'exécution d'une sentence arbitrale alléguée par la partie contre laquelle la sentence est invoquée. Il est également l'un des motifs les plus populaires pour l'annulation d'une sentence arbitrale. Par conséquent, elle est souvent discutée dans les décisions des cours nationales. Une décision arbitrale est rendue à l'issue d'un processus d'arbitrage coûteux et après de longues heures de travaux par les arbitres et les parties. Refus de l'exécution ou de l'annulation d'une sentence arbitrale, qui est le produit d'un tel processus, par les tribunaux nationaux est une sanction sévère. Par conséquent, il paraît nécessaire de déterminer les circonstances dans lesquelles une violation alléguée du principe de la contradiction pendant le déroulement de l'arbitrage entraînerait-elle ce résultat ayant des effets sévères.

Même si le sujet de cette étude a été déterminée comme étant «Le droit à un procès équitable dans l'arbitrage international», les recherches ont montré que le droit à un procès équitable est plus étendu que le principe de la contradiction et, par conséquent, il a été décidé de limiter le titre de cette étude à «La violation du principe de la contradiction dans l'arbitrage international». Les termes utilisés dans les dispositions connexes de la Convention de New York, le Code de droit international privé et de la procédure civile et le Code de l'arbitrage international correspondent aussi au principe de la contradiction.

Les recherches effectuées dans le cadre de cette étude ont commencé avec trois questions principales visées à être répondues : 1- Quels sont les éléments du principe de la contradiction dans l'arbitrage internationale? 2- Quelles sont les conditions qui doivent être remplies pour qu'une violation alléguée du principe de la contradiction pendant la procédure arbitrale cause le refus d'exécution ou l'annulation d'une sentence arbitrale? 3- Quel est le droit applicable par les tribunaux nationaux au cours de décider si ce droit avait été violé pendant la procédure arbitrale? Au fur et à mesure que la recherche a continué sur le fondement de ces trois questions, il a été établi que, bien que la défense d'une violation du principe de la contradiction a été fréquemment utilisé dans les procédures d'exécution et d'annulation d'une sentence arbitrale, cette défense a rarement été couronnée de succès, parce que les tribunaux nationaux ont la tendance à accepter une violation du principe de la contradiction que dans des cas très graves, qui ont affecté la sentence arbitrale.

La disposition internationale qui énonce la violation du principe de la contradiction comme un motif de refus de l'exécution d'une sentence arbitrale est l'Article V(1)(b) de la Convention pour la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales, Convention de New York, qui est entrée en vigueur en Turquie

le 1er Octobre 1992. La violation de ce principe est stipulée comme un motif d'annulation pour les sentences arbitrales dans l'Article IX(b) de la Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial Internationale de 1961, qui a été ratifiée par la Turquie en 1991. Étant donné que la majorité des États sont parties à ces conventions, les lois nationales sont également en harmonie avec les dispositions de ces deux conventions internationales. En droit turc, des dispositions similaires se trouvent dans l'Article 62 (1)(ç)-(d) du Code de droit international privé et de la procédure civile et dans les articles 8/B et 15A/1-g du Code de l'arbitrage international.

Dans cette étude, le contenu du principe de la contradiction et les résultats de sa violation dans l'arbitrage international sont examinés par un examen détaillé des dispositions relatives des Conventions de New York et Européenne et celles des codes turcs.

Le principe du respect du principe de la contradiction, qui vise à protéger la dignité humaine et l'égalité entre les parties, est fondamentalement un principe qui doit être respecté pendant les procédures devant les cours nationales. Toutefois, ce principe est également applicable à la procédure d'arbitrage. En outre, ce droit, appartenant à la fois au demandeur et au défendeur, doit être respecté dans l'arbitrage international, ainsi que dans l'arbitrage interne.

Le respect du principe de la contradiction est un droit procédural fondamental et ne garantit pas un droit substantiel. En d'autres termes, le respect du principe de la contradiction est un droit formel et assure la matérialisation du droit substantiel, qui est relié à elle. De cette manière, il vise à déterminer les faits matériels.

Il existe un lien étroit entre le principe de la contradiction dans l'arbitrage international et l'ordre public. Les procédures de l'exécution et l'annulation des sentences arbitrales montrent que les tribunaux nationaux considèrent généralement les violations du principe de la contradiction contraire à l'ordre public de ce pays.

Droit à un procès équitable et le principe de la contradiction ne se chevauchent pas complètement. Droit à un procès équitable est plus étendu que le principe de la contradiction. En outre, le principe de la contradiction et "der Anspruch auf Rechtliches Gehör", eux non plus, ne sont pas des termes équivalents. Il semble que les expressions utilisées dans les textes anglais, français et allemand de l'article V (1) (b) de la Convention de New York, qui sont «*right to present his case*», "*droit de faire valoir ses moyens*" et "*Angriffs oder Verteidigungsmittel geltend machen*", correspondent au principe de la contradiction.

Les éléments du principe de la contradiction dans l'arbitrage international sont principalement les suivants: le droit d'être dûment informé de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, le droit de présenter ses arguments et ses preuves à l'appui, le droit d'avoir ses moyens considérés et examinés et la garantie de l'égalité de traitement des parties au cours de la procédure d'arbitrage.

Droit d'être informé de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage exige que chaque partie soit notifiée du début de l'arbitrage, des arguments de l'autre partie et des preuves à l'appui de ces arguments, des stades particulières de l'arbitrage, et des audiences. Ce droit inclut d'être informé des arguments juridiques

apportés par les arbitres. En outre, les parties doivent être informées de la nomination de l'arbitre afin qu'ils puissent utiliser leur droit de contester les arbitres. Afin de se conformer à cette exigence, les parties doivent être dûment informées. Les circonstances dans lesquelles la notice doit être jugée insuffisante, ne sont pas précisées dans la doctrine. Cependant, il existe plusieurs décisions des cours nationales à cet égard. Dans ces décisions, la violation du principe de la contradiction dans la procédure arbitrale est déterminée par un examen en ce qui concerne la forme et la langue de notice, le temps que la notice a été donné et la personne à qui la notice a été adressée. Les circonstances dans lesquelles la notice doit être jugée suffisante sont déterminés prenant en considération tous les faits et les circonstances du cas concret. Il n'y a pas d'obligation formelle pour les notices en matière d'arbitrage international.

Pour que le droit de présenter ses arguments et ses preuves à l'appui soit respecté, les parties doivent avoir la possibilité de présenter leurs arguments juridiques et factuels et leurs preuves à l'appui, répondre aux arguments et preuves de l'autre partie et faire une demande de production de documents. Ce droit comprend également le droit de commenter toutes les circonstances factuelles et juridiques qui peuvent être pertinents pour la sentence arbitrale.

Le troisième élément du principe de la contradiction est le droit d'avoir ses moyens considérés et examinés par les arbitres. Dans l'arbitrage international, ce droit ne nécessite pas des décisions motivées.

Le principe de la contradiction, qui doit être respecté à tous les stades de la procédure d'arbitrage et le principe de l'égalité de traitement des parties ne peuvent pas être considérés séparément l'un de l'autre. Tant que la procédure se poursuit, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté pour assurer le respect du principe de la contradiction et aucune partie ne doit être traitée de manière moins favorable que l'autre. Le principe de l'égalité de traitement doit également être respecté par les parties au cours de la procédure arbitrale. En outre, le principe de l'égalité de traitement des parties exige l'indépendance et l'impartialité des arbitres lors de la procédure. Dans cette étude, le principe de l'égalité de traitement est examiné en mettant l'accent sur l'utilisation impropre du terme, son contenu et si ça veut dire une égalité mathématique entre les parties ainsi que sa relation avec le principe de la contradiction.

Articles 8/B et 15A/1-g du Code de l'arbitrage international sont erronées en plusieurs respects. Ces articles donnent l'impression que le principe de la contradiction et le principe de l'égalité de traitement des parties sont complètement indépendants les uns des autres. Par conséquent, Articles 8/B et 15A/1-g du Code de l'arbitrage international devraient être modifiés.

Divers Cours nationales ont tendance à accepter l'existence d'une violation du principe de la contradiction seulement dans des cas très graves, qui ont un effet sur la sentence arbitrale, interprétant ainsi l'article V (1) (b) de la Convention de New York en appliquant la règle générale d'interprétation que les motifs de refus d'exécution doivent être interprétés de manière restrictive et indépendamment des lois nationales. Les tribunaux turcs n'examinent pas si la sentence arbitrale a été affectée par la violation du principe de la contradiction. Compte tenu de la pratique des autres juridictions nationales, les tribunaux turcs devraient reconsidérer cette question.

Les parties peuvent convenir de renoncer à leurs droits procéduraux. En outre, la conduite des parties au cours de l'arbitrage peut constituer une renonciation d'apporter la défense d'une violation du principe de la contradiction dans les procédures d'exécution et d'annulation. Cela est particulièrement vrai si une partie n'a pas opposé à la violation au cours de la procédure d'arbitrage ou n'a pas utilisé son droit à cause de sa propre faute ou n'a pas apporté cette défense dans une procédure d'annulation ultérieure.

En conséquence du fait que le concept et le contenu du principe de la contradiction diffèrent d'une juridiction à l'autre, la question de la loi applicable par les juridictions nationales pour déterminer si ce droit a été violé au cours de la procédure d'arbitrage, devient importante. Selon la conclusion de cette étude, dans un premier temps, le tribunal doit déterminer si les parties se sont entendues sur des règles, autre qu'une loi nationale, à être appliquées à la procédure d'arbitrage. Si un tel accord existe, les règles convenues par les parties doivent être appliquées. Après cela, dans un second temps, le tribunal doit déterminer si l'intervention de l'ordre public est nécessaire.

Un autre résultat de la violation du principe de la contradiction dans l'arbitrage international est que dans le cas où une telle sentence arbitrale n'est pas annulée ou est exécutée par une juridiction nationale, la Cour Européenne des Droits de l'Homme peut être saisie d'une requête contre l'État de cette juridiction nationale. Toutefois, les autres conditions pour pouvoir saisir la Cour devraient également être remplies.

ABSTRACT

Violation of the right to present one's case during international arbitration proceedings constitutes a ground for which enforcement of the arbitral award may be refused as well as a ground for annulling an award under international conventions and national laws. The defence of a violation of the right to present one's case enjoys a high popularity rating amongst the grounds for refusal of enforcement of an arbitral award asserted by the party against whom the award is invoked. It is also one of the most popular grounds for annulment of an award and consequently, it is frequently discussed in national court decisions. An arbitral award is rendered at the end of a costly arbitral process and after long hours spent by arbitrators and the parties. Refusal of enforcement or annulment of an arbitral award, which is the product of such a process, by national courts is a severe sanction. Therefore, it is important to determine the circumstances under which an alleged violation of the right to present one's case may cause such a sanction in respect of the arbitral award.

Whereas the subject of this study was determined as "The Right to Fair Trial in International Arbitration", researches showed that the right to fair trial is broader than the right to present one's case and as a result, it was decided to limit the title of this study to "Violation of the Right to Present One's Case in International Arbitration". The term used in the related provisions of the New York Convention, the Code on Private International Law and International Civil Procedure and the Code on International Arbitration also corresponds to the right to present one's case.

Research conducted within the framework of this study started with three fundamental questions. The aim of this study is to find an answer to these three questions: 1- What are the elements of the right to present one's case in international arbitration? 2- Which conditions should be fulfilled so that an allegation of violation of this right may cause refusal of enforcement or annulment of an arbitral award? 3- Under which law national courts should make their decisions on whether or not this right has been violated during arbitral proceedings? As long as the researches proceeded, it was established that although the defence of a violation of the right to present one's case is frequently used in enforcement and annulment proceedings, this defence has rarely been successful. That is most importantly because national courts are in a tendency to accept a violation of the right to present one's case only in very serious cases, which have affected the arbitral award.

Article V(1)(b) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards -New York Convention-, which has entered into force in Turkey on 1 October 1992 is the international provision which sets forth violation of the right to present one's case as a ground for refusal of enforcement. Violation of this right is provided as a ground for annulment in Article IX(b) of the European Convention on International Commercial Arbitration dated 1961, which was ratified by Turkey in 1991. Since the majority of States became party to these Conventions, national laws are also in harmony with the provisions of these two international

conventions. In Turkish Law, similar provisions exist in Articles 62(1)(ç)-(d) of the Code on Private International Law and International Civil Procedure and Articles 8/B and 15A/1-g of the Code on International Arbitration.

In this study, the scope of the right to present one's case in international arbitration and the results of its violation are examined through detailed examination of the related provisions of the New York and European Conventions and Turkish Codes.

The principle of respecting the right to present one's case, which seeks to protect human dignity and equality of the parties is fundamentally a principle to be respected during national court proceedings. However, this principle is also applicable in arbitration proceedings. Furthermore, the right to present one's case, which belongs to both the claimant and the respondent, should be respected in international arbitration as well as in domestic arbitration.

Right to present one's case is a procedural fundamental right and does not guarantee a substantial right. In other words, right to present one's case is a formal right and ensures materialization of the substantial right, which is connected to it. In this manner, it aims establishment of the material facts.

There is a close link between the right to present one's case in international arbitration and public policy. Enforcement and annulment proceedings show that national courts generally consider violations of the right to present one's case contrary to the public policy of that country.

Right to fair trial and right to present one's case do not overlap completely. Scope of the right to fair trial is broader than the scope of the right to present one's case. Right to present one's case and "der Anspruch auf rechtliches Gehör" are neither equivalent terms. It appears that the expressions used in English, French and German texts of Article V(1)(b) of the New York Convention, which are "*right to present his case*", "*droit de faire valoir ses moyens*" and "*Angriffs oder Verteidigungsmittel geltend machen*", correspond to the right to present one's case.

The elements of the right to present one's case in international arbitration are mainly as follows: Right to be properly notified of the appointment of the arbitrator and of the arbitration proceedings, right to submit its arguments and the supporting evidence, right to have submissions considered and guarantee of equal treatment during the arbitration proceedings.

Right to be notified of the appointment of the arbitrator and of the arbitration proceedings requires that each party is notified of the commencement of arbitration, counter party's arguments and evidence supporting these arguments, particular steps of the arbitration, and the hearings. This right includes being notified of the legal arguments introduced by the arbitrators. Furthermore, the parties should be notified of the appointment of the arbitrator so that they can use their right to challenge the arbitrators. In order to comply with this requirement, the notice should be "proper". The circumstances under which the notice should be deemed inadequate, are not specified in the doctrine. However, there are various court decisions in this respect. In these decisions, whether or not the right to present one's case was violated during arbitral proceedings is decided through an examination with regards to the form and

language of the notice, the time that the notice was given and the person to whom the notice was addressed. The circumstances under which the notice should be deemed adequate are determined according to all the facts and circumstances of the present case. There is no formal requirement for the notices in international arbitration.

So that the right to submit its arguments and the supporting evidence is respected, the parties should be given opportunity to put forward their legal and factual submissions, submit their evidence supporting their arguments, reply to the evidence and arguments of the counter party and make a request for production of documents. This right includes also right to comment on all factual and legal circumstances that may be relevant to the arbitrators' decision-making.

The third element of the right to present one's case is the right to have submissions considered and evaluated by the arbitrators. In international arbitration, this right does not require reasoned decisions.

Right to present one's case, which should be respected at all stages of arbitration proceedings and the principle of equal treatment of the parties cannot be considered separately. As long as the proceedings continue, the principle of equal treatment should be respected in ensuring the parties' rights to present their case and each party should be treated no less favorably than its counter party. The principle of equal treatment should also be respected by the parties during arbitral proceedings. Additionally, this principle requires independence and impartiality of the arbitrators during the proceedings. In this study, the principle of equal treatment is examined through emphasis on its notional misusages, its scope and whether or not it requires a mathematical equality between the parties as well as its relation with the right to present one's case.

Articles 8/B and 15A/1-g of the Code on International Arbitration are erroneous in many respects. These Articles give an impression that the right to present one's case and the principle of equal treatment of the parties are completely independent of each other. Articles 8/B and 15A/1-g of the Code on International Arbitration should be amended accordingly.

Various national courts appear to accept a violation of the right to present one's case in very serious cases only, which affects arbitral award, thereby interpreting Article V(1)(b) of the New York Convention applying the general rule of interpretation that the grounds for refusal of enforcement are to be construed narrowly and independent from national laws. Turkish Courts do not investigate whether the arbitral award has been affected by the violation of the right to present one's case. Considering the practice of other national courts, Turkish courts should reconsider this matter.

Parties may agree to waive their procedural rights. Furthermore, the parties' conduct during the arbitration may constitute waiver of asserting the defence of a violation of the right to present one's case in enforcement and annulment proceedings. This is particularly so if a party has failed to object to the violation during the arbitration process or failed to use the right to present its case due to its own fault or failed to raise the violation in subsequent annulment proceedings.

As a result of the fact that the right to present one's case differs conceptually and substantially among jurisdictions, the question of what law applies by national courts to determining whether this right has been violated during the arbitral proceedings, becomes important. According to the conclusion reached in this study, at first, enforcement courts should determine whether or not the parties have agreed on some rules, other than a national law, to be applied to arbitration proceedings. If there is such an agreement, the rules agreed on by the parties should be applied. After this, in a second step, the court should investigate whether the intervention of public policy is required.

Another result of the violation of the right to present one's case in international arbitration is that in the event that such an arbitral award is not annulled or is enforced by a national court, an application to the European Court of Human Rights against the State of this national court may be made. However, the other conditions to be able to apply to the Court should also be met.



ÖZET

Milletlerarası tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkına riayet edilmemiş olması milletlerarası sözleşmeler ve milli hukuklar uyarınca hakem kararları açısından bir tenfiz engeli ve iptal sebebi teşkil etmektedir. Bir milletlerarası tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği iddiası, kendisine karşı hakem kararının tenfizi istenen tarafça ileri sürülen tenfiz engelleri arasında oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. İddia ve savunma hakkı ihlalleri bir hakem kararının iptal edilmesi için de en çok ileri sürülen sebeplerden birisidir. Dolayısıyla bu tür ihlaller sık sık kararlara konu olmaktadır. Tarafların ve hakemlerin oldukça fazla mesai harcayarak ve masraf yaparak tamamlamış oldukları bir tahkim yargılamasının ürünü olan hakem kararının devlet mahkemelerince iptal edilmesi veya tenfizinin reddedilmesi oldukça ağır bir yaptırımdır. Dolayısıyla, tahkim yargılaması sırasında gerçekleştiği iddia edilen iddia ve savunma hakkı ihlallerinin hangi durumlarda hakem kararları açısından bu ağır yaptırıma yol açacağı tespit edilmesi gereken bir konudur.

Tez konusu “Milletlerarası Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı” olarak belirlenmiş olmakla birlikte, yapılan çalışmalar sonucunda adil yargılanma hakkının kapsamının iddia ve savunma hakkından daha geniş olduğu tespit edilmiş ve tezin başlığının “Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali” olarak sınırlanmasına karar verilmiştir. New York Sözleşmesi ile MÖHUK ve MTK’nın ilgili maddelerinde kullanılan ifadeler de iddia ve savunma hakkını karşılamaktadır.

Bu çalışma kapsamında araştırmalar yapılırken üç temel sorudan yola çıkılmış ve bu soruların cevaplanması amaçlanmıştır: 1- Milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının unsurları nelerdir? 2- Tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği iddiasının hakem kararının tenfizinin reddi veya iptali sonucunu doğurması için hangi şartların sağlanması gerekir? 3- Tahkim yargılamasında bu hakkın ihlal edilip edilmediğine karar verilirken devlet mahkemelerince hangi hukuk uygulanmalıdır? Bu üç temel sorudan yola çıkılarak yapılan araştırmalar devam ettikçe, birçok tenfiz ve iptal davasında hakem kararının tenfizini engellemek veya iptalini sağlamak için iddia ve savunma hakkının ihlaline dayanılmış olsa da, bu iddianın başarıya ulaştığı dava sayısının oldukça az olduğu görülmüştür. Bunun en önemli nedeni, devlet mahkemelerinin yalnızca hakem kararını etkileyen çok ciddi vakıaları iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görme eğiliminde olmalarıdır.

İddia ve savunma hakkının ihlalini bir tenfiz engeli olarak öngören milletlerarası düzenleme 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe giren Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin V(1)(b) maddesidir. Bu hakkın ihlali, Türkiye’nin 1991 yılında onayladığı 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemliğe İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin IX. maddesinin (b) bendinde ise bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Her iki sözleşmeye de taraf olan devletlerin sayısının oldukça fazla

olması sonucunda, milli hukuklardaki düzenlemeler de genellikle bu iki sözleşmeyle uyum içindedir. Türk hukukunda MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) maddeleri ile MTK'nın 8/B ve 15A/1-g maddesinin (g) bendinde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu çalışmada New York ve Avrupa Sözleşmeleri ile MÖHUK ve MTK'nın ilgili hükümleri detaylı bir şekilde ele alınarak, bir milletlerarası tahkim yargılaması sırasında tarafların iddia ve savunma hakkının kapsamı ve bu hakkın ihlal edilmesinin sonuçları incelenmiştir.

İnsan onurunu ve taraflar arasındaki eşitliği korumayı amaçlayan iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi ilkesi temel olarak devlet yargısının önemli bir prensibi olmakla birlikte, tahkim yargılamasında da geçerlidir. Ayrıca, iç tahkimde olduğu gibi, milletlerarası tahkimde de yargılama boyunca hem davacının hem de davalının iddia ve savunma hakkına riayet edilmelidir.

İddia ve savunma hakkı usulî bir temel hak olma özelliği taşımaktadır ve maddi bir hak garanti etmemektedir. Başka bir deyişle, bu hak şekli bir hak olup buna bağlı maddi hakkın gerçekleşmesini sağlamaktadır. İddia ve savunma hakkı bu şekilde maddi gerçeğin tespit edilebilmesini amaçlar.

Milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkı kamu düzeniyle de yakın ilişki içindedir. Devlet mahkemelerince görülen tenfiz ve iptal davalarında tahkim yargılamasındaki iddia ve savunma hakkı ihlalleri genellikle aynı zamanda ilgili devletin kamu düzenine aykırılık olarak da görülmektedir.

Adil yargılanma hakkı ile iddia ve savunma hakkı birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. Adil yargılanma hakkı iddia ve savunma hakkından daha geniştir. İddia ve savunma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkı kavramları da eşdeğer kavramlar değildir. New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin İngilizce, Fransızca ve Almanca metinlerinde kullanılan "*right to present his case*", "*droit de faire valoir ses moyens*" ve "*Angriffs oder Verteidigungsmittel geltend machen*" ifadelerinin iddia ve savunma hakkını karşıladığı görülmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılaması açısından iddia ve savunma hakkı kapsamında yer alan haklar hakemin tayininden ve hakemlik prosedüründen usûlî dairesinde haberdar edilme hakkı, iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkı, iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi hakkı ile bütün bu hakların kullanılmasının sağlanmasında gözetilmesi gereken, taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesidir.

Hakemin tayininden ve hakemlik prosedüründen usûlî dairesinde haberdar edilme hakkı, davadan, karşılıklı iddia ve savunmalardan, bunları destekleyen delillerden, karşı tarafın açıklamalarından, yargılamanın seyrinden, aşamalarından ve duruşmalardan haberdar olmayı içerir. Bu hak, hukuki sebepler hakkında haberdar edilmeyi de kapsar. Ayrıca, hakemlerden birinin değiştirilecek olması halinde, tarafların gerektiğinde hakemin reddi isteminde bulunma haklarını kullanabilmeleri için, hakem heyetinin oluşumu hakkında da tarafların bilgilendirilmesi şarttır. Haberdar etme yükümlülüğünün gerçekleştirildiğinin söylenebilmesi için yapılan tebligatın usûlüne uygun olması gerekir. Doktrinde hangi hallerde usûlsüz tebligattan bahsedileceği tek tek belirtilmemiştir. Bununla birlikte, usûlsüz tebligat kapsamına

nelerin girip nelerin girmediği konusunda uygulamada birçok mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu kararlarda tebligat şekli, tebligat dili, süreler ve tebliğin yöneltildiği taraf açısından inceleme yapılarak tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediği hakkında sonuca ulaşılmıştır. Tebligatın hangi hallerde yeterli olacağı somut olayın şartlarına göre değerlendirilecektir. Tahkim yargılamasında tebligatın resmi bir şekle uygun olarak yapılması gerekmez.

İddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkına riayet edildiğinden bahsedilebilmesi için ise, karardan önce taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı olan vakıaları bildirmeleri, bunların doğruluğunu açıklayabilmeleri, delillerini sunabilmeleri, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıa ve deliller hakkında karşı beyanda bulunabilmeleri ve diğer tarafın elindeki belgelerin ibrazını isteyebilmeleri için imkan tanınmış olması gerekir. İddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkı, taraflara hakem kararını etkileyebilecek tüm maddi ve hukuki konular hakkında görüş bildirme imkanının tanınmasını da içermektedir.

İddia ve savunma hakkının kapsamında yer alan üçüncü ana hak ise, ileri sürülen iddia ve savunmaların dikkate alınıp değerlendirilmesi ve buna göre kararın verilmesidir. Bu hakka riayet edildiğinin söylenebilmesi için hakem kararının gerekçeli olması gerekmez.

Tahkim yargılamasının tüm aşamalarında riayet edilmesi gereken iddia ve savunma hakkı ile taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi de birbirinden ayrı olarak ele alınamazlar. Yargılama devam ettiği sürece iddia ve savunma hakkının sağlanmasında taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi gözetilmeli ve taraflardan biri diğerine göre daha avantajlı duruma getirilmemelidir. Taraflar da yargılama boyunca bu ilkeyi gözetmelidirler. Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi, yargılamayı yürüten tüm hakemlerin yargılama boyunca bağımsız olmalarını ve tarafsız bir şekilde hareket etmelerini de gerektirmektedir. Bu çalışmada, milletlerarası tahkim yargılamasında taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi incelenirken, bu ilkenin iddia ve savunma hakkıyla ilişkisinin yanında, kavramsal olarak yanlış kullanımları, kapsamı ve taraflara gösterilmesi gereken eşit muamelenin matematiksel bir eşitlik anlamına gelip gelmediği konularının da üzerinde durulmaktadır.

Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin düzenlendiği MTK'nın 8/B ve 15A/1-g maddeleri birçok bakımdan hatalıdır. Bu maddeler özellikle iddia ve savunma hakkı ile taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin birbirinden tamamen bağımsız olduğu izlenimini yaratmaktadır. MTK'nın 8/B maddesi ile 15A/1-g maddelerinde değişiklik yapılması gerekmektedir.

Çeşitli devlet mahkemeleri yalnızca hakem kararını etkileyen çok ciddi vakıaları iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görme ve New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesini dar ve milli hukuklardan bağımsız olarak yorumlama eğilimindedirler. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin Türk mahkeme kararlarında ise iddia ve savunma hakkının ihlalinin hakem kararını etkilemiş olmasının aranmadığı görülmektedir. Diğer devlet mahkemelerindeki uygulama karşısında, Türk mahkemelerince bu konu yeniden ele alınmalıdır.

Tarafların anlaşma yoluyla tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkından feragat edebilmesinin yanında, tahkim yargılaması sırasındaki bazı davranışları da

hakem kararının tenfizi aşamasında bu hakkın ileri sürülmesinden feragat edildiği anlamını taşıyabilmektedir. Feragat anlamına gelen bu davranışlar, iddia ve savunma hakkının ihlaline tahkim yargılaması sırasında itiraz edilmemiş olması, hakem kararı aleyhine olan tarafın tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkını kendi kusuru sonucunda kullanamamış olması veya söz konusu ihlalin iptal davasında gündeme getirilmemiş olmasıdır.

İddia ve savunma hakkının farklı devlet hukuklarında farklı kavramları karşılayan ve içeriği de ülkeden ülkeye farklılık gösterebilen bir kavram olması sonucunda, tahkim yargılamasında bu hakkın ihlal edilip edilmediği incelenirken devlet mahkemelerince hangi hukukun uygulanacağı konusu da önem kazanmaktadır. Bu çalışmada varılan sonuca göre, tenfiz davasında öncelikle tahkim yeri hukukuna veya başka bir milli hukuk sistemine dahil olmayan kuralların tahkime uygulanacak usûl kuralları olarak seçilmiş olup olmadığı tespit edilmeli, eğer böyle bir seçim yapılmışsa bu kurallar uygulanmalıdır. Bu kuralların uygulanmasından sonra kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir husus varsa bu açıdan da inceleme yapılarak sonuca varılmalıdır.

Bir milletlerarası tahkim yargılamasında tarafların iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinin hakem kararının iptal edilmesi veya tenfizinin reddedilmesi dışındaki bir sonucu da, böyle bir hakem kararının devlet mahkemesince iptal edilmemesi veya tenfiz edilmesi halinde o devlete karşı AİHM'e başvuru yapılabilecek olmasıdır. Bunun için AİHM'e başvuru yapılabilmesi için diğer şartların da sağlanması gerekir.

GİRİŞ

Bu çalışmanın yapılması fikri, tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği iddiasının hakem kararının iptal edilmesini sağlamak veya kararın tenfiz edilmesine engel olmak için devlet mahkemeleri önünde taraflarca en çok ileri sürülen iptal sebebi ve tenfiz engeli olduğunun tespit edilmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Araştırmalar yapılırken üç temel sorudan yola çıkılmış ve bu soruların cevaplanması amaçlanmıştır: 1- Milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının unsurları nelerdir? 2- Tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği iddiasının haklı görülmesi için hangi şartların sağlanması gerekir? 3- Tahkim yargılamasında bu hakkın ihlal edilip edilmediğine karar verilirken devlet mahkemelerince hangi hukuk uygulanmalıdır? Bu üç temel sorudan yola çıkılarak yapılan araştırmalar devam ettikçe yeni detaylarla karşılaşılmış ve cevaplanması gereken yeni sorular tespit edilmiştir. Bu çalışmada bu sorulara cevap verilmeye çalışılmıştır.

Tez konusu “Milletlerarası Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı” olarak belirlenmiş olmakla birlikte, yapılan çalışmalar sonucunda adil yargılanma hakkının kapsamının iddia ve savunma hakkından daha geniş olduğu tespit edilince tezin başlığının “Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali” olarak sınırlandırılmasına karar verilmiştir. Bu nedenle Birinci Bölüm §1’de iddia ve savunma hakkı kavramı ve hukuki niteliği açıklandıktan sonra, §2’de bu hakkın adil yargılanma hakkıyla ilişkisi ele alınmış ve çalışmanın başlığının “Milletlerarası Tahkimde Adil Yargılanma Hakkı” yerine “Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali” olarak belirlenmesinin sebebi gösterilmeye çalışılmıştır.

Birinci Bölüm’de Türk hukukunda iddia ve savunma hakkının Anayasa Hukuku, Medeni Usûl Hukuku ve Milletlerarası Özel Hukuk’taki görünüşleri de ele alınmıştır. Bunun yapılmasının nedeni, milletlerarası tahkimde bu hakkın kapsamının

belirlenmesi için alt yapının hazırlanmasıdır. Birinci Bölüm’de son olarak milletlerarası tahkim yargılamasında bu hakkın ihlal edilmesine bağlanan sonuçların düzenleniş biçimi konusunda bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi de yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının unsurlarına ayrılmıştır. Tespit edilen bu unsurların ana başlıkları hakemin tayininden ve hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilme hakkı, iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkı, iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi hakkı ve tahkim yargılaması boyunca taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin gözetilmesidir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinin sonuçları “Tenfiz Engeli olarak İddia ve Savunma Hakkının İhlali”, “İptal Sebebi Olarak İddia ve Savunma Hakkının İhlali” ve “Devlet Mahkemelerinin Tenfiz ve İptale İlişkin Kararlarına Karşı AİHM’e Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu” olarak üç ana başlık altında incelenmiştir.

İddia ve savunma hakkının ihlalini bir tenfiz engeli olarak öngören milletlerarası düzenleme 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe giren Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin V(1)(b) maddesidir. Bu hakkın ihlali, Türkiye’nin 1991 yılında onayladığı 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemliğe İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin IX. maddesinin (b) bendinde ise bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Her iki sözleşmeye de taraf olan devletlerin sayısının oldukça fazla olması sonucunda, milli hukuklardaki düzenlemeler de genellikle bu iki sözleşmeyle uyum içindedir.

İddia ve savunma hakkının ihlalinin başta kamu düzenine aykırılık olmak üzere diğer iptal sebepleri ve tenfiz engelleriyle ilişkisi, bir milletlerarası tahkim yargılamasında karşılaşılan her türlü iddia ve savunma hakkı ihlalinin hakem kararının iptaline veya tenfizinin reddine yol açıp açmayacağı, böyle bir ihlal gerçekleştiği konusunda ispat yükünün hangi taraf üzerinde olduğu ve iddia ve savunma hakkının ihlalinin tenfiz ve iptal davalarında ileri sürülmesinden feragat edilip edilemeyeceği sorunları da üçüncü bölüm altında ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İDDİA VE SAVUNMA HAKKI KAVRAMI

§1. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Çağdaş anayasaların neredeyse tamamında mevcut olan ve hukuk devleti ilkesinin özünde yer alan bir hak¹ olan iddia ve savunma hakkı, yargı mercileri önünde davacı ve davalının sahip oldukları temel haklardan biridir. Davanın her iki tarafının da sahip olduğu bu hakkın temel amacı davanın tarafları arasında eşitliğin sağlanması ve insan onurunun korunmasıdır. Türk hukukunda iddia ve savunma hakkı, Anayasa'nın temel haklarla ilgili ikinci kısmında "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

İddia ve savunma hakkı Alman Anayasası'nın 103(1) maddesinde, İsviçre Anayasası'nın 29. maddesinde, Amerikan Anayasası'nın ise 14. değişikliğinde yer almaktadır. Bu hak düzenlenirken, Alman Anayasası'nda *"rechtlisches Gehör"*, İsviçre Anayasası'nda *"droit d'être entendu"*, Amerikan Anayasası'nda ise *"due process"* kavramları kullanılmıştır. Bu kavramların içerik olarak iddia ve savunma hakkını birebir karşılayıp karşılamadığı tartışılabilir olmakla birlikte, iddia ve savunma hakkının bu kavramların kapsamının en azından bir bölümünü oluşturduğu konusunda şüphe yoktur².

¹ Yavuz Kaplan, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002, s. 116.

² Örneğin *"due process"* kavramının milletlerarası anlaşmalarda, UNCITRAL Model Kanunu'nda, mahkeme kararlarında ve doktrinde farklı tanımları bulunmaktadır. Bu tanımlardan birine göre, *"due process"* yargılamada hukuki usûllere uygunluk esasıdır ve bu yönüyle iddia ve savunma hakkından daha geniştir. Bu tanıma göre *"due process"*, yargılamada sadece iddia ve savunma hakkına riayet edilmesini değil, tüm usulî kriterlere uyulmasını ifade eder. Bkz. Matti S. Kurkela/Santtu Turunen, **Due Process in International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, New York: Oxford University

Özellikle ceza yargılamasının en önemli prensiplerinden biri olan tarafların iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi ilkesi, medeni yargıyı da ilgilendirir³. Ayrıca, bu ilke temel olarak devlet yargısının önemli bir prensibi olmakla birlikte, kişilere, uyuşmazlıklarını devlet yargısı yerine kendi özgür iradeleriyle seçtikleri bir yargı organı önünde ve kendi belirleyecekleri maddi hukuk ve usûl hukuku kurallarına göre çözme imkanı tanıyan tahkim yargılamasında da geçerlidir⁴. Zira, tahkim yargılaması devlet yargısından farklı olmakla birlikte, devlet yargısındaki birçok usulî kurum ve yargılama ilkeleri bazen aynen, bazen de bir uyarılama sonucunda burada da uygulanmaktadır⁵. İnsan onurunu ve taraflar arasındaki eşitliği korumayı amaçlayan iddia ve savunma hakkı da bu ilkelerden biridir. Uyuşmazlığın devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesi temel anayasal ilkelerden, eşitlik ve insan onurundan vazgeçilebileceği anlamına gelmemelidir. Bu durum iddia ve savunma hakkının tahkim yargılamasında da uygulanmasını gerektirir⁶. Bu nedenle, tahkim yargılamasında da taraflar iddia ve savunma hakkından tam olarak yararlanabilmek için her türlü talepte bulunmakta serbesttirler⁷.

İç tahkimde olduğu gibi, sınırları aşan özel hukuka ait uyuşmazlıkların çözülmesi için devletçe kabul edilmiş ve düzenlenmiş özel bir tahkim yargılaması olan milletlerarası tahkimde de iddia ve savunma hakkına riayet edilmelidir. İddia ve savunma hakkı, hakemlerin tayininden kararın verilmesine kadar, yani tahkim yargılaması boyunca riayet edilmesi gereken bir haktır⁸. Milletlerarası tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkına riayet edilmemiş olması uluslararası

Press, 2010, s. 3-4, 15; Banu Şit, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2005, s. 209.

³ Kurkela/Turunen, s. 1; Ali Cem Budak, **Medeni Usul Hukuku Ders Malzemesi**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 3.

⁴ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, **Medeni Usûl Hukuku Temel Bilgiler**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015, s. 658-659; Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 220. Bkz. Yarg. 21. HD, 30.12.2013 T., 2013/22022 E., 2014/25102 K. (Çalışma ve Toplum, Yıl: 2014, Sayı: 3, s. 443-445); Yarg. 20. HD, 7.2.2012 T., 2011/15852 E., 2012/1321 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 658-659; Özekes, s. 220.

⁶ Özekes, s. 220-221.

⁷ Kaplan, s. 116.

⁸ Kurkela/Turunen, s. 1; Georgios Petrochilos, **Procedural Law in International Arbitration**, İngiltere: Oxford University Press, 2004, s. 145, para. 4.86; Kaplan, s. 116.

sözleşmeler ve milli hukuklar uyarınca hakem kararları açısından bir tenfiz engeli ve iptal sebebi teşkil etmektedir.

Kurkela, genellikle bir uyuşmazlığın taraflarını devlet mahkemelerinin uygulamalarına, dolayısıyla devlete karşı korumayı amaçlayan bir ilke olarak görülen tarafların iddia ve savunma hakkına riayet edilmesinin tahkim yargılamasında da geçerli olması gerektiğini açıklarken iki gerekçeye dayanmaktadır: 1- Devlet mahkemelerinin yetkilerini hakemlere devretmesi (*“delegation of power argument”*), 2- AİHS’in adil yargılamaya ilişkin 6. maddesinin belli istisnalarla tahkimde de uygulanabilir olması gerektiği. *Kurkela*’ya göre, tahkimde hakemlerin yetkisinin devletten değil, tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi yönündeki iradelerinden doğması ilk bakışta tarafların iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi ilkesinin tahkimde uygulanmayacağı izlenimini verebilir. Ancak, tahkimin en temel özelliklerinden biri hakem kararlarının devlet mahkemeleri ve organlarınca icra edilebilir olmasıdır. İcra edilebilir bir karar vermek hakemlerin en önemli görevlerindendir. İcra edilebilir bir karar verilebilmesi için ise tahkim yargılamasının belli usulî standartlara uygun şekilde yürütülmesi gerekir. Dolayısıyla, devletlerin, taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi yoluyla, dolaylı olarak yetkilerini hakemlere devrettiği ve bu yetki devriyle, devlet yargılamasında uygulanacak standartların da hakemlere bir nevi ödünç verildiği söylenebilir. Ayrıca, AİHS’in adil yargılamaya ilişkin 6. maddesi belli istisnalarla tahkim yargılamasında da uygulanabilir olmalıdır⁹.

Milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi temel olarak, tarafların hakemlerin tayininden ve tahkimden zamanında haberdar edilmeleri, makul bir süre öncesinden duruşmaya davet edilmeleri, böylece taraflara yargılamaya katılabilme imkanının sağlanması, seçtikleri yetkili kişi tarafından temsil edilebilme ve iddia ve savunmaları ile delillerini ileri sürme imkanının tanınması ile mümkündür¹⁰. Bütün bunlar yapılırken taraflara eşit muamelede bulunulması da

⁹ Kurkela/Turunen, s. 1-2.

¹⁰ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s. 561; Kemal Dayınlı, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara: Dayınlı Hukuk Yayınları, 1994, s. 92; Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010, s. 237-238; Ekin Hacıbekiroğlu, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2012, s. 49.

gerekir¹¹. Ayrıca, tarafların tahkim yargılamasının usûlüne uygulanacak hukuktan da haberdar edilmeleri gerekir¹². İddia ve savunma hakkına riayet edilmesi ilkesi, tarafların ileri sürdükleri iddia, savunma ve delillerinin usûlüne uygun olarak değerlendirilmesini de gerektirir¹³.

İddia ve savunma hakkı usulî bir temel hak olma özelliği taşımaktadır ve maddi bir hak garanti etmemektedir¹⁴. Başka bir deyişle, bu hak şekli bir hak olup buna bağlı maddi hakkın gerçekleşmesini sağlamaktadır. İddia ve savunma hakkı bu şekilde maddi gerçeğin tespit edilebilmesini amaçlar¹⁵. Zira, maddi gerçeğe ulaşılması ancak tarafların gereği gibi iddia ve savunmalarını yapabilmeleri ve bunları tartışabilmeleriyle mümkün olur.

İddia ve savunma hakkı insan onurunun korunmasını da amaçlar. Zira insan onuru, kişiye dava sırasında maddi ve hukuki anlamda savunma yapabilme imkanının tanınmasını, taraflar arasında gerçek bir tartışma ortamı yaratılması ve bu ortamın korunmasını ve tarafların yargının bir objesi olarak değil süjesi olarak görülmesini gerektirir¹⁶. İddia ve savunma hakkının bu amacı göz önünde bulundurulduğunda, tarafların söylediklerinin ve savunduklarının doğru olması bu hakkın kullanılabilmesi için bir ön şart olmamalıdır¹⁷. Tarafların söylediklerinde haklılık payı olmasa dahi iddia ve savunma hakkı korunmalıdır. Bu durum, iddia ve savunma hakkının maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet etme fonksiyonuyla

¹¹ Kalpsüz, s. 237.

¹² Hacıbekiroğlu, s. 49.

¹³ Hacıbekiroğlu, s. 49.

¹⁴ Hakan Pekcanitez, “**Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti**”, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1995, Cilt: 12, s. 274; Hakan Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000, s. 754-755; Özekes, s. 60; Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 200.

¹⁵ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 755-756.

¹⁶ Pekcanitez, “**Anayasa Şikayeti**”, s. 270; Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 756; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 200-201.

¹⁷ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 756.

çelişmemektedir. Zira, ancak taraflar arasında oluşturulacak sağlıklı bir tartışma ortamı vasıtasıyla maddi gerçeğe ulaşılabilir¹⁸.

İddia ve savunma hakkı çağdaş Anayasaların çoğunda dayanağını bulmakla birlikte, aslında devletleri de aşan üst bir norm, bir doğal hukuk kuralıdır. Bu özelliği ve niteliği gereği yargılamada mutlak bir şekilde doğrudan uygulama alanı bulur. Bu nedenle, ilgili yargılama kuralları iddia ve savunma hakkına hiç değinmemiş olsa bile, taraflara iddia ve savunma hakkının sağlanmasının gerektiği ifade edilmektedir¹⁹.

Ayrıca, iddia ve savunma hakkının taraflar için getirilmiş bir yükümlülük değil, bir hak olduğu vurgulanması gereken bir husustur²⁰. Taraflar bu haklarını diledikleri takdirde kullanırlar²¹. Bu nedenle, taraflar bu hakkı kullanmaya zorlanamaz veya sırf bu hakkın kullanılmaması hakkını kullanmayan tarafın aleyhine karar verilmesi sonucunu doğurmaz²². İddia ve savunma hakkı, bir temel hak ve yargılama ilkesi olması nedeniyle hakem heyeti için ise bir yükümlülüktür²³. Ayrıca, tahkim kurumları da yetkileri dahilinde olan işlerde hakemler gibi tarafların iddia ve savunma haklarına riayet etmelidir²⁴. Dolayısıyla, milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gereken durum, hakemlerce veya kendi yetkileri dahilinde olan konularda tahkim kurumlarınca taraflara bu hakkı kullanma imkanının sunulmamış olmasıdır. Bu imkanın sunulmuş olması karşısında, tarafların bilerek veya kusurlu olarak bunu kullanmamaları halinde ihlalden bahsedilemez.

¹⁸ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 756.

¹⁹ Özekes, s. 63.

²⁰ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 780; Özekes, s. 64-65; Musa Aygöl, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2014, s. 119.

²¹ Ancak, taraflardan birinin önceden bu haktan vazgeçmesi geçersizdir. (Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 781; Özekes, s. 149).

²² Özekes, s. 65.

²³ Özekes, s. 64.

²⁴ Örneğin, henüz hakem heyeti oluşmamışken ek süre tahkim kurumundan istenebilir. Tahkim kurumu ek süre verilmesine ilişkin karar verirken tarafların iddia ve savunma hakkını gözetmelidir.

§2. ADİL YARGILANMA HAKKIYLA İLİŞKİSİ

Adil yargılanma hakkı ile iddia ve savunma hakkı ilk bakışta aynı kavramlar gibi görünse de, bu iki hak birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. Adil yargılanma hakkı aşağıda anlatılacağı üzere iddia ve savunma hakkından daha geniştir²⁵.

Adil yargılanma hakkı, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan, 4 Kasım 1950’de imzaya açılarak 1953’te yürürlüğe giren AİHS’in 6. maddesinde düzenlenmiştir²⁶. AİHS’in 6. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.”*

AİHS’in en önemli kurallarından biri olan adil yargılanma hakkı, maddenin lafzından da anlaşıldığı üzere, medeni yargıda da geçerli olan bir ilkedir²⁷. Bu hak genel olarak dört unsuru içermektedir. Bu unsurlar kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul süre içinde, aleni surette ve hakkaniyete uygun olarak yargılanmadır²⁸.

²⁵ Hakan Pekcanıtez, “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 1997, Sayı: 2, s. 38; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 198.

²⁶ Türkiye Sözleşme’yi 04.11.1950 tarihinde imzalamış, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı Kanun ile onaylamıştır. Kanunun ve Sözleşme’nin Resmi Gazete’de yayım tarihi 19.03.1954’tür. Onay belgesi 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmiştir. Bu tarih Sözleşme’nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği tarihtir.

²⁷ Pekcanıtez, “Adil Yargılama”, s. 36.

²⁸ Pekcanıtez, “Adil Yargılama”, s. 39-51.

Hakkaniyet, taraflar arasında yargılama boyunca usulî anlamda eşitliğin olmasını gerektirir. Usulî anlamdaki bu eşitlik ise birçok diğer uygulamanın yanında, taraflara, karar için gerekli malzemelerin getirilmesinde, karara etkide ve karşı tarafın iddialarına karşı savunmada da eşit imkan tanınmasıyla sağlanır²⁹. Dolayısıyla, iddia ve savunma hakkı, adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri olan hakkaniyete uygun olarak yargılanma içinde ele alınmaktadır³⁰.

Hem davacıya, hem de davalıya ait bir hak olan adil yargılanma hakkı temel olarak devlet yargısının önemli bir prensibidir³¹. Bununla birlikte, *Kurkela*'nın, iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi ilkesinin tahkim yargılamasında da geçerli olması gerektiğini açıklarken kullandığı gerekçelerden biri AİHS'in adil yargılamaya ilişkin 6(1) maddesinin belli istisnalarla tahkimde de uygulanabilir olması gerektiğidir³². Ancak bu konu tartışmalıdır.

AİHS'in 6(1) maddesinin tahkim yargılamasında doğrudan uygulanabilir olup olmadığı konusunda doktrinde, mahkeme kararlarında ve AİHM kararlarında iki farklı görüş bulunmaktadır³³. Birinci görüşe göre, bu madde tahkim yargılamasında

²⁹ Pekcanitez, “Adil Yargılama”, s. 47; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 198.

³⁰ Pekcanitez, “Adil Yargılama”, s. 45-51; Jeffrey Waincymer, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2012, s. 16.

³¹ Pekcanitez, “Adil Yargılama”, s. 38.

³² Kurkela/Turunen, s. 1-2.

³³ AİHS'in 6. maddesinin milletlerarası tahkim yargılamasında da uygulanabilir olup olmadığına ilişkin tartışmalar için bkz. Petrochilos, s. 151-158; Jean Hubert Moitry, “**Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights: Some Remarks on the République de Guinée Case**”, *Journal of International Arbitration*, Yıl: 1989, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 115-122; Charles Jarrosson, “**L'Arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme**”, *Revue de l'Arbitrage*, Yıl: 1989, Sayı: 4, s. 573-607; Dragica Wedam-Lukic, “**Arbitration and Art. 6 of the European Convention on Human Rights**”, *Arbitration-Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Yıl: 1998, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 16-21; Pierre Lalive, “**Note-Cour d'appel de Paris 15 septembre 1998-Société Cubic Defense Systems Inc v. Chambre de commerce internationale**”, *Revue de l'Arbitrage*, Yıl: 1999, Sayı: 1, s. 113-120; Franz Matscher, “**L'Arbitrage et la Convention**”, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. L.E.Pettiti/E.Decaux/P.H.Imbert, Economica: Paris, 1999, s. 281-292; Robert Briner/Fabian von Schlabrendorff, “**Article 6 of the European Convention on Human Rights and its bearing upon international arbitration**”, *Law of International Dispute Settlement in the 21st Century*, Ed. R.Briner/Y.Fortier/K.P.Berger/J.Bredow, Carl Heymanns: Köln, 2001, s. 89-109; Marius Emberland, “**The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration: A Comment on Arbitration and Human Rights by Aleksandar Jaksic**”, *Journal of International Arbitration*, Yıl: 2003, Cilt: 20, Sayı: 4, s. 355-363; Neil McDonald, “**More Harm than Good? Human Rights Considerations in**

doğrudan uygulanamaz³⁴. Bunun için üç farklı sebep ileri sürülmektedir. Öncelikle, tarafların tahkim sözleşmesi yapmakla, yani ortaya çıkacak uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözülmeyeceğini kararlaştırmakla AİHS'in 6(1) maddesindeki haklarından, dolayısıyla iddia ve savunma hakkından da feragat etmiş olacakları düşünülmektedir. AİHM'in *Deweere v. Belçika* kararı bu yöndedir³⁵. Ayrıca, tahkim yargılamasında karar verecek olan hakem heyetinin AİHS'in 6(1) maddesi anlamında kanunla kurulmuş bir mahkeme olmadığı ifade edilmektedir. Son olarak, AİHS'in sadece devletleri, dolayısıyla devlet mahkemelerini bağlayacağı, bu nedenle hakemlerin tahkim yargılamasını bu maddeye göre yürütme yükümlülüklerinin olmadığı belirtilmektedir³⁶.

İkinci görüşe göre ise, AİHS'in 6(1) maddesi tahkim yargılamasında doğrudan uygulanabilmelidir³⁷. Zira, tahkim sözleşmesi yapmakla taraflar sadece kanunla kurulmuş bir mahkeme tarafından ve aleni surette yargılanma haklarından feragat ederler. Tahkim sözleşmesi yapılmasıyla bu iki unsurdan feragat edilmesi adil yargılanma hakkının diğer unsurlarından da feragat edildiği anlamına gelmez³⁸.

International Commercial Arbitration", Journal of International Arbitration, Yıl: 2003, Cilt: 20, Sayı: 6, s. 523-538; Adam Samuel, "Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights", Journal of International Arbitration, Yıl: 2004, Cilt: 21, Sayı: 5, s. 415-437; Martin Kuijer, **The Blindfold of Lady Justice-Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR**, Doktora Tezi, Hollanda: Wolf Legal Publishers, 2004, Bölüm 4.7; Fredrik Ringquist, **Do Procedural Human Rights Requirements Apply to Arbitration-a Study of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon Arbitration**, Yüksek Lisans Tezi, University of Lund Faculty of Law, 2005, s. 36-53; Sébastien Besson, "Arbitration and Human Rights", 24 ASA Bulletin 2006, s. 395-416; Aleksandar Jaksic, "Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings", Journal of International Arbitration, Yıl: 2007, Cilt: 24, Sayı:2, s. 159-171; Jean François Poudret/ Sébastien Besson, **Comparative Law of International Arbitration**, Çeviren: Stephen V. Berti ve Annette Ponti, Londra: Sweet & Maxwell, 2. Baskı, 2007, s. 64-66; Klara Svobodová, "Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration", s. 108-121 (dfk-online.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll_%C3%A9s_jog_alap_%C3%A9rt%C3%A9kei_2010/2.%20k%C3%B6t/kl%C3%A1ra.pdf).

³⁴ Bu görüş için bkz. Jarroson, s. 573-607; Matscher, s. 281-292; Briner/Von Schlabrendorff, s. 108.

³⁵ AİHM'in *Deweere v. Belçika* kararı, Başvuru No: 6903/75, T: 27 Şubat 1980.

³⁶ Besson, s. 401.

³⁷ Bu görüş için bkz. Wedam-Lukic, s. 21; Lalive, s. 120; Besson, s. 402; Alan Redfern/J. Martin Hunter/Nigel Blackaby/Constantine Partasides, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. Baskı, İngiltere: Oxford University Press, 2015, para. 10.58-10.59; Petrochilos, s. 130, para. 4.51; Kurkela/Turunen, s. 2.

³⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, para. 10.58-10.59; Petrochilos, s. 130, para. 4.51; Kurkela/Turunen, s. 2.

Tarafların AİHS'in 6(1) maddesindeki diğer haklarından feragat etmeleri için ayrıca açık veya zımni bir feragat gerekir, tahkim sözleşmesinin yapılması bu haklardan feragat edilmesi için yeterli değildir. AİHM kararlarında da kısmi feragatten bahsedilmektedir³⁹. Bu görüşe göre, madde 6(1)'de yer alan “*kanunla kurulmuş bir mahkeme*” ifadesi de sadece klasik anlamdaki mahkemeleri kasteder şekilde anlaşılmamalıdır⁴⁰. Ayrıca, eğer madde 6(1)'deki haklar bir devletin kamu düzenine ait kabul ediliyorsa ve hakem kararının tenfizi veya iptali davasında devlet mahkemeleri AİHS'i uygulamak zorundaysa hakemler de uygulamalıdır⁴¹.

AİHS'in 6(1) maddesinin tahkim yargılamasında doğrudan uygulanabilir olması halinde, devletlerin tahkimi buna uygun olarak organize etme yükümlülüğü doğacaktır ve bu yükümlülüğe uygun hareket etmeyen devlete karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açılabilir⁴².

AİHS'in 6(1) maddesinin tahkim yargılamasında doğrudan uygulanabilirliği konusunda AİHM henüz açık bir karar vermemiştir⁴³. Her iki ihtimale ilişkin de kararlar ve gerekçeler bulunmaktadır. Ancak madde 6(1)'in tahkimde doğrudan uygulanmayacağı görüşü kabul edilse bile, bu durum tahkimde iddia ve savunma hakkına riayet edilmeyeceği anlamına gelmez. Çünkü, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi gerektiği tahkime ilişkin kanunlarda ve tahkim kurallarında düzenlenmektedir⁴⁴. Nitekim, İsviçre ve Fransa Mahkemeleri de, feragat sebebiyle AİHS'in 6(1) maddesinin tahkimde uygulanamayacağını belirtmekle

³⁹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun *Jon Axelsson ve diğerleri v. İsveç* kararı, Başvuru No: 11960/86, T: 13 Temmuz 1990; AİHM'in *Osmo Suovaniemi ve diğerleri v. Finlandiya* kararı, Başvuru No: 31737/96, T: 23 Şubat 1999.

⁴⁰ Besson, s. 402; AİHM'in *Transado-Transporters Fluviaux Do Sado, S.A. v. Portekiz* kararı, Başvuru No: 35943/02, T: 16 Aralık 2003; AİHM'in *Lithgow ve diğerleri v. UK* kararı, Başvuru No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, T: 24 Haziran 1986.

⁴¹ Besson, s. 402. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, §3.

⁴² Briner/Von Schlabrendorff, s. 89; Jarroson, s. 591.

⁴³ Ancak, bu tartışmanın ortaya çıktığı tarih olan 1980'lerin sonundan itibaren AİHM'in pozisyonunda doğrudan uygulanabilirlik yönünde bir değişim meydana geldiği açıkça görülmektedir (Jaksic, s. 160).

⁴⁴ McDonald, s. 526. Çeşitli tahkim kanunlarında ve tahkim kurallarında yer alan iddia ve savunma hakkına ilişkin düzenlemeler için bkz. Birinci Bölüm §3/C, §4.

birlikte hakem heyetinin adil yargılanmanın temel prensiplerine uygun davranması gerektiğini de ifade etmişlerdir⁴⁵.

AİHS'in 6(1) maddesinin hakemlerce doğrudan uygulanması tahkim yargılamasına zarar vermez. Hatta, dünyanın farklı yerlerinde ve farklı kültürlerden gelen hakemler tarafından yürütülen tahkim yargılamalarının iddia ve savunma hakkının gereklilikleri konusunda uyumlaştırılmasını sağlayabilir⁴⁶. Bununla birlikte, 6(1) maddesinin tahkim yargılamasında doğrudan uygulanması halinde de tahkimin kendine has özelliklerini göz ardı etmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, bu maddenin tahkimdeki uygulanışı devlet mahkemelerindeki uygulanışına göre farklılıklar arz edebilir⁴⁷.

§3. TÜRK HUKUKUNDA KAVRAMIN FARKLI HUKUK DALLARINDAKİ DÜZENLENİŞİ

A. Anayasa Hukukunda

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Hak Arama Hürriyeti" kenar başlıklı 36 (1) hükmüne göre, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*"⁴⁸.

Medeni yargıyı da kapsamına alan hak arama hürriyetinin yargıya ulaşılabilirliğin sağlanması ve yargılamada ilgililere söz hakkının tanınması olmak üzere iki yönü bulunmaktadır⁴⁹.

⁴⁵ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Haziran 2001 tarihli *A. v. L'Union des associations européennes de Football (UEFA)* kararı, **19 ASA Bulletin 2001**, s. 566-574; Paris İstinaf Mahkemesi'nin 15 Eylül 1998 tarihli *Société Cubic Defense Systems Inc. v. Chambre de Commerce Internationale* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1999, Sayı: 1, s. 103-112. Fransa Yüksek Mahkemesi'nin 20 Şubat 2001 tarihli *Société Cubic Defense Systems Inc. v. Chambre de Commerce Internationale* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2001, Sayı: 3, s. 511-527.

⁴⁶ Jaksic, s. 171; Svobodová, s. 120.

⁴⁷ Besson, s. 402; Svobodová, s. 120.

⁴⁸ Bu maddedeki "*ile adil yargılanma*" ibaresi "*savunma*" ibaresinden sonra gelmek üzere 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun 14. maddesiyle eklenmiştir.

⁴⁹ Budak, **Medeni Usul Hukuku Ders Malzemesi**, s. 3.

Danışma Meclisi'nin Gerekçesi'nde de, maddenin bu fıkrasında hak arama hürriyetinin ilk şartı olan yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve hürriyetinin hüküm altına alındığı ve bunun tabii sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma ve “adil ve hakkaniyete uygun” yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir⁵⁰.

Maddede, yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olunduğunun belirtilmesi, adil yargılanma hakkının hak arama özgürlüğünün kullanılmasından, yani hak arama yoluna başvurulmasından sonra ortaya çıkan başka bir hak olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğünün etkililiğini sağlamaya yarayan haklardandır⁵¹. İddia ve savunma hakkı ise adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Zira, adil yargılanma hakkı özü itibariyle, eşitlik temeline dayalı bir biçimde hem davacıya hem de davalıya aktif olarak yargılamaya katılma, karşılıklı olarak iddia ve savunmalarda bulunma, alınacak kararda da etkili olabilme olanağının tanınmasını içermektedir⁵².

Anayasa'nın 36. maddesi temel hak ve hürriyetler arasında “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde yer almaktadır ve bu yönüyle sosyal ve ekonomik haklar ve şekli anlamdaki kurallara göre daha üstün bir norm niteliğindedir⁵³.

Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında 36. maddede yer alan iddia ve savunma hakkına ilişkin birtakım tespitler bulunmaktadır. Bu çalışmada bu tespitlere tek tek ve kronolojik olarak yer vermenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Anayasa Mahkemesi'nin 29 Ocak 1980 tarihli bir kararına göre, “*Hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan “iddia” ve “savunma” haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanılmasını engelleyecek yasa hükümlerinin*

⁵⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Madde Gerekçeli), Ankara: TBMM Kütüphanesi, Haziran 2011, s. 68.

⁵¹ İsmail Köküsarı, “**Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri**”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2011, Cilt: XV, Sayı: 1, s. 165.

⁵² Süha Tanrıver, “**Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı**”, TBB Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 53, s. 192.

⁵³ Budak, **Medeni Usul Hukuku Ders Malzemesi**, s. 3-4.

*Anayasaya, özellikle Anayasanın 31 inci maddesinin birinci fıkrası hükmüne aykırılığı tartışmasız kabul edilmelidir. Gerçekten “iddia ve savunma hakkı”nın her türlü etkiden uzak kullanılması asıldır. Bu ilke gereği ceza davalarında da **tarafların, yargı yerlerinde, iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerekir**. Serbestliğin, davanın aydınlığa kavuşmasına, başka bir deyişle hakkın ve adaletin gerçekleşmesine yol açma amacına yönelik bir serbestliği içerdiği kuşkusuzdur.*⁵⁴

19 Eylül 1991 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, “iddia ve savunma hakkı”nın birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temeli olduğunu ifade etmiştir⁵⁵.

14 Temmuz 1998 tarihli bir kararda ise savunmanın hak arama özgürlüğünün ve adil yargılamanın vazgeçilemez bir koşulu olduğu belirtilerek şu ifadeler kullanılmıştır: “Savunma hakkı, Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri"ni belirleyen ikinci bölümünde yer alan, temel haklardandır. Hukuk öğretisinde olduğu kadar uygulamada da, önemi ve erdemi tartışılmaz yüceliktedir. Evrensel konumu nedeniyle, insanlığın ortak değerlerinden sayılmaktadır. Felsefi ve hukuksal nitelikleri ve içerikleriyle adalet kavramı ve yargılama işlevi, birbirini tümleyen, birbirinden ayrılamaz sav, savunma, karar üçlüsünden oluşan yargıyla yaşama geçmektedir...savunma, hak arama özgürlüğünün ve adil yargılamanın vazgeçilemez bir koşuludur.”⁵⁶

Bu kararlarda, tarafların yargı yerlerinde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan serbestçe yapmaları gerektiği, iddia ve savunma hakkının birbirini tümleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temeli olduğu ve bu hakkın hak arama özgürlüğünün ve adil yargılamanın vazgeçilemez bir koşulu olduğu ifade edilmektedir. Ancak, iddia ve savunma hakkının taraflara ne tür hakları sağladığı, özellikle iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi ile gerekçe hakkının bu hak kapsamında olup olmadığı konusunda bir tespit bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 36.

⁵⁴ AYM 29.1.1980 T., 1979/38 E., 1980/11 K. (AMKD., Sayı: 18, s. 91).

⁵⁵ AYM 19.9.1991 T., 1991/2 E., 1991/30 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁵⁶ AYM 14.07.1998 T., 1997/41 E., 1998/47 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

maddesinde yer alan düzenleme ve buna ilişkin belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarından “iddia ve savunma hakkı”nın içerik ve unsurları kolaylıkla ve tam olarak tespit edilebilir bir kavram olmadığı sonucu çıkmaktadır.

Kanaatimizce, 36. maddedeki iddia ve savunma hakkı ifadesinin yanına “ile adil yargılanma hakkı” ifadesinin 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun 14. maddesiyle eklenmiş olması da iddia ve savunma hakkının kapsamının çok açık olmaması nedeniyle, madde içeriğinin daha net hale getirilmesi için böyle bir değişikliğin yapıldığını göstermektedir. Zira, adil yargılanma hakkının kapsamı ve sınırları AİHS’in 6. maddesine belirlenmiştir; adil yargılanma hakkının unsurları yasa ile belirlenen, yargısal işleve ve karar verme yeteneğine sahip, doğal-yasal hakim ilke ve esaslarına göre yargıçları belirlenmiş bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin varlığı, yargılamanın makul süre içinde tamamlanması, yargılamanın açık yapılması, yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yapılması ve kararın gerekçeli olmasıdır⁵⁷. Bu Anayasa değişikliği ile 36. maddeye adil yargılanma hakkının da dahil edilmesi sonucu AİHS madde 6’nın da gereği yerine getirilmiştir.

B. Medeni Usûl Hukukunda

Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümünün hukuki dinlenilme hakkı olduğu ifade edilmiştir⁵⁸. 1086 sayılı HUMK’ta bulunmayan⁵⁹, ancak o dönemde de doktrinde kullanılan bir kavram olan hukuki dinlenilme hakkı 6100 sayılı HMK ile Türk mevzuatına girmiştir. HMK’nın 27. maddesine göre;

“(1) Davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptirler.

(2) Bu hak;

a) Yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını,

⁵⁷ Yahya Zabunoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, s. 314 vd.

⁵⁸ Pekcanitez, “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, s. 754.

⁵⁹ HUMK’un 73. maddesine göre, “Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez.”

- b) Açıklama ve ispat hakkını,
 c) Mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini, içerir.”

Hukuki dinlenilme hakkının HMK’da genel olarak yargılamaya hakim olan ilkeler arasında düzenlenmiş olmasının yanında tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkı için özel bir hüküm de bulunmaktadır. “Tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkı” kenar başlıklı m. 423’e göre, “*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkanı tanınır.*” Bu maddeye göre, hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde uygulayacakları yargılama usulünü ve süreleri belirlerken hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmemeleri gerekir⁶⁰.

Tahkim yargılamasında hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi ise m. 439(2)’de hakem kararının iptaline neden olabilecek sebepler arasında gösterilmiştir. HMK’da iptal sebepleri arasında tarafların ileri sürmesi gereken sebepler ve hakemin re’sen dikkate alabileceği sebepler şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. Bunun sonucu olarak hukuki dinlenilme hakkının ihlali de dahil olmak üzere her türlü iptal sebebinin re’sen dikkate alınabileceği, bu durumun ise hakem kararlarının iptalinin istisnai niteliğiyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir⁶¹. Budak’a göre, HMK’da iptal sebepleri arasında tarafların ileri sürmesi gereken sebepler ve hakemin re’sen dikkate alabileceği sebepler şeklinde bir ayırım yapılmamış olsa da, karara konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olması dışındaki iptal sebeplerinin sadece tarafların ileri sürmesi halinde dikkate alınabileceği kabul edilmelidir. Zira, tahkime elverişlilik ve kamu düzeni dışındaki sebepler taraf menfaatleriyle ilgili ve tarafların hakkında serbestçe sözleşme yapabileceği konulara ilişkindir⁶². Bu görüşe göre, tahkim yargılamasında

⁶⁰ İzzet Karadaş, **6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013, s. 227.

⁶¹ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016, s. 33.

⁶² Budak, “**Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri**”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 55.

hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesinin de taraflarca ileri sürülmesi gereken iptal sebeplerinden biri olduğu kabul edilmelidir.

Madde 423 ile 439'un da içinde yer aldığı HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır⁶³. Dolayısıyla, HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri milletlerarası tahkimi değil, milli tahkimi ilgilendirmektedir.

Yargıtay'ın 30 Aralık 2013 tarihli kararında hukuki dinlenilme hakkının kapsamı, unsurları ve iddia ve savunma hakkı ile karşılaştırılması konusunda şu tespitlerde bulunulmuştur: *“6100 sayılı HMK'nın 27. maddesinde yer bulan hukuki dinlenilme hakkı gereğince davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahip olup, bu hakkın yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermektedir. Bu hakka, tarafın hakime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukuki dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama sahiptir.”*⁶⁴

30 Aralık 2013 tarihli kararda olduğu gibi, Yargıtay'ın 7 Şubat 2012 ve 7 Haziran 2012 tarihli kararlarında da hukuki dinlenilme hakkının iddia ve savunma hakkına göre daha geniş olduğu vurgulanmaktadır⁶⁵. Böylece Yargıtay kararlarında iddia ve savunma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkının eşdeğer kavramlar olmadığı ifade edilmektedir.

HMK'nın 27. maddesinin gerekçesinde de Yargıtay kararlarındakine benzer bir ifade kullanılmaktadır. Gerekçe'ye göre, *“Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira, insan onurunun*

⁶³ Budak, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri”, s. 34.

⁶⁴ Yarg. 21. HD, 30.12.2013 T., 2013/22022 E., 2014/25102 K. (Çalışma ve Toplum, Yıl: 2014, Sayı: 3, s. 443-445).

⁶⁵ Yarg. 20. HD, 7.2.2012 T., 2011/15852 E., 2012/1321 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 3. HD, 7.6.2012 T., 2012/11403 E., 2012/14612 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

*yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, yargılamada  eklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gereklidir. **Hukukî dinlenilme hakkı olarak maddede ifade edilen ve uluslararası metinlerde de yer bulan bu hak, çoğunlukla “iddia ve savunma hakkı” olarak bilinmektedir. Ancak, hukuk  dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.***

Medeni Usul Hukuku doktrininde iddia ve savunma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkı arasındaki ilişki konusunda iki görüş bulunmaktadır:

Birinci görüş HMK’nın 27. maddesi ve Yargıtay kararlarıyla aynı yöndedir. Bu g r    göre, iddia ve savunma hakkı hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından sadece açıklama hakkıyla ilgilidir⁶⁶. Açıklama hakkı ise yargılamada iddia ve savunmaların ileri sürülebilmesi ve bunları destekleyen delillerin sunulabilmesini içerir. Bu nedenle iddia ve savunma hakkı yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunması hakkını ve mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesi ile kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içermemektedir. Birinci görüş iddia ve savunma hakkının bu açıdan hukuki dinlenilme hakkına göre daha sınırlı olduğu sonucuna varmaktadır.

 kinci g r    göre ise, iddia ve savunma hakkı hukuki dinlenilme hakkı dışında daha geniş bir anlamı ta ımaktadır⁶⁷. Kanaatimizce bu görüşün çıkış noktası, iddia ve savunma hakkını düzenleyen Anayasa’nın 36. maddesinin kenar ba lı ının “hak arama hürriyeti” olarak oldukça geniş bir şekilde ifade edilmiş olmasıdır.

Sonuc olarak her iki görüş de iddia ve savunma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkı kavramlarının birbiriyle tam olarak  rt  medi i sonucuna varmaktadır.

⁶⁶  zekes, s. 35.

⁶⁷ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 754.

C. Milletlerarası Özel Hukukta

Milletlerarası Özel Hukuk'ta iddia ve savunma hakkının önemi, yabancı mahkeme ve yabancı hakem kararlarının tenfizinde ve hakem kararlarının iptalinde ortaya çıkmaktadır. Milletlerarası tahkim açısından, yargılama sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesi hakem kararlarının tenfizinin reddine veya hakem kararlarının iptaline sebep olabilmektedir.

MÖHUK'un 62. maddesinin (d) bendine göre, hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın hakem seçiminden usûlen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkanından mahrum bırakılmış olması hakem kararının tenfizini engelleyebilecek hallerden biridir. MTK'nın 8/B maddesine göre de taraflar tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler ve taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır. MTK'nın 8/B maddesi 15A maddesinin 1. fıkrasının (g) bendiyle birlikte değerlendirildiğinde, tahkim yargılaması sırasında taraflara iddia ve savunma imkanının tanınmamasının hakem kararının iptaline yol açabileceği sonucu çıkmaktadır⁶⁸.

1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe giren Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde de iddia ve savunma hakkına yer verilmiş; aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkanını elde edememiş bulunduğu ispatlanırsa hakem kararının tenfizi talebinin reddedilebileceği belirtilmiştir. New York Sözleşmesi'nin İngilizce, Fransızca ve Almanca metinlerinde kullanılan “*right to present his case*”, “*droit de faire valoir ses moyens*” ve “*Angriffs oder Verteidigungsmittel geltend machen*” ifadeleri de iddia ve savunma hakkını karşılamaktadır. Türkiye'nin 1991 yılında onayladığı Avrupa Sözleşmesi'nin IX.

⁶⁸ MTK'nın 15A maddesinin 1.fıkrasının (g) bendi şu şekildedir:

“Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir:

1. Başvuruyu yapan taraf;

(...)

g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini ispat ederse,

(...)”

maddesi (b) bendinde de iddia ve savunma hakkının ihlali New York Sözleşmesi'nin lafzına benzer şekilde hakem kararları için bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

Anayasal bir ilke olan iddiada bulunma ve savunma yapabilme hakkı, Milletlerarası Özel Hukuk'ta genellikle Anayasa'da kullanıldığı şekliyle "iddia ve savunma hakkı"⁶⁹ veya sadece "savunma hakkı"⁷⁰ olarak kullanılmaktadır. Yargıtay kararlarında da "savunma hakkı" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir⁷¹. Hukuki dinlenilme hakkının HMK'ya girmesinden sonra, Milletlerarası Özel Hukuk'ta da "iddia ve savunma hakkı" veya "savunma hakkı" yerine "hukuki dinlenilme hakkı" ifadesini kullanan yazarlar bulunmaktadır⁷². Ancak, hukuki dinlenilme hakkı ile iddia ve savunma hakkının birbiriyle örtüşüp örtüşmediği konusunda yukarıda yer verdiğimiz tartışmalar ve MTK'nın 8/B maddesiyle New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi göz önünde bulundurulduğunda milletlerarası tahkimde "iddia ve savunma hakkı" ifadesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁹ Bu kullanım için bkz. Nomer, s. 561-562; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012, s. 697; Şit, s. 209-212.

⁷⁰ Bu kullanım için bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1994, s.122-123; Günseli Öztekin Gelgel, "New York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 22, Sayı: 2, Yıl: 2002, s. 1145-1149; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013, s. 367-371; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 52-54 ve 198-218; Ebru Mercangöz, "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyuma Şartı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Yıl: 2002, Sayı: 1, s. 827-835. "İddia ve savunma hakkı" ile "savunma hakkı" ifadelerinin birlikte kullanımı için bkz. Kaplan, s. 116 vd.

⁷¹ Yarg. 19. HD, 17.12.1998 T., 1998/6099 E., 1998/7735 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD, 9.11.2000 T., 2000/7171 E., 2000/7602 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD, 19.11.2001 T., 2001/6144 E., 2001/9045 K. (Nuray Ekşi, **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2007, s. 488-489); Yarg. 19. HD, 7.3.2002 T., 2001/6576 E., 2002/1513 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 11. HD, 02.06.2003 T., 2002/13265 E., 2003/5759 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 19. HD, 03.03.2011 T., 2010/7983 E., 2011/2784 K. (Bülent Çiçekli, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 366-367); Yarg. 11. HD, 08.04.2013 T., 2820 E., 7002 K. (Muktedir Lale, **Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 623-625).

⁷² Bkz. Aygöl, s. 119-126; Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazı**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014, s. 240-245. *Gökyayla*, MÖHUK'un 62. maddesinin (d) bendinde ve MTK'nın 8/B maddesinde iddia ve savunma hakkı ifadesi kullanılıyor olsa da, bu düzenlemelerde kast edilenin aslında hukuki dinlenilme hakkı olduğunu ifade etmektedir. (Demir Gökyayla, **Belge İbrazı**, s. 241).

§4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İDDİA VE SAVUNMA HAKKI KAVRAMI VE BU HAKKIN İHLALİNE BAĞLANAN SONUÇLAR

Türk hukukunda ve milletlerarası sözleşmelerde olduğu gibi, birçok devletin milletlerarası tahkime ilişkin kanunlarında ve çeşitli milletlerarası tahkim kurallarında da iddia ve savunma hakkına yer verilmiş; böylece, bu hak devlet yargısında olduğu gibi milletlerarası tahkimde de uygulanmak üzere usûl hukukunun milletlerarası asgari standardı haline gelmiştir⁷³.

Milletlerarası tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlalinin Türk hukuku dışındaki milli hukuklarda da hakem kararı açısından bir tenfiz engeli ve iptal sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir.

Örneğin, Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 1059. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, hakem kararının iptalini talep eden taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlû dairesinde haberdar edilmemiş olduğunu, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve savunma vasıtalarını ikame etme imkanını elde edememiş bulunduğunu ispatladığı takdirde hakem kararı iptal edilebilir⁷⁴. Madde 1061(1) hükmü ise yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenlemekte ve tenfizin ne şekilde yapılacağı ile tenfiz engelleri konusunda New York Sözleşmesi'ne atıf yapmaktadır.

İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu'nun 182 (3) maddesi uyarınca ise, seçilen usûl kuralları ne olursa olsun hakemler taraflara eşit muamelede bulunmalı ve iddia ve savunma hakkına riayet etmelidirler⁷⁵. Aynı kanunun 190/2-d maddesinde eşitlik ilkesinin veya iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesi hakem kararları için bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

⁷³ Aygül, s. 113.

⁷⁴ Alman Medeni Usûl Kanunu m. 1059(2)(b): "Ein Schiedsspruch kann nur aufgehoben werden, wenn der Antragsteller begründet geltend macht, dass ... er von der Bestellung eines Schiedsrichters oder von dem schiedsrichterlichen Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt worden ist oder dass er aus einem anderen Grund seine Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht hat geltend machen können."

⁷⁵ İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu m. 182 (3): "Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire. »

Fransız Medeni Usûl Kanunu madde 1520(4)⁷⁶ uyarınca hakem kararlarının iptal sebeplerinden biri “*Principe de la contradiction*”, yani “*çelişme ilkesi*”⁷⁷ nin ihlal edilmesidir⁷⁸. Tahkim yargılaması sırasında bu ilkenin ihlal edilmesi aynı kanunun 1525. maddesine göre aynı zamanda bir tenfiz engelidir. Çelişme ilkesi, muhakeme sürecinde, yargılamanın bütün süjelerinin birbirlerinin fikirlerini öğrenmesini, bunlara cevaplar üretebilmesini ve böylece hep birlikte düşünebilmelerini sağlamaya yönelik temel bir yargılama ilkesi olarak kabul edilmektedir⁷⁹. Fransız hukukunda bu prensip, yargılama süresince tarafların dava konusu vakıalar hakkında karşılıklı olarak tartışabilmesi ve hakem kararının dayanağı olan her hususun da yine taraflarca karşılıklı olarak tartışılabilmesi şeklinde tanımlanmakta ve iddia ve savunma hakkını karşılamaktadır⁸⁰.

1996 tarihli İngiliz Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 33. maddesi hakem heyetinin taraflara iddia ve savunma vasıtalarını ikame etme imkanını sunarak taraflar karşısında adil ve tarafsız davranma yükümlülüğünü düzenlemektedir⁸¹. Hakemlerin bu yükümlülüğe aykırı davranması 68. maddeye göre hakem kararının iptal edilebileceği sebeplerden biridir. Ayrıca, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 103/2-c hükmüne göre, New York Sözleşmesi’nin uygulama alanına giren hakem kararları açısından aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu, yahut da

⁷⁶ Fransız Medeni Usûl Kanunu m. 1520(4) : « *Le recours en annulation n'est ouvert que si: (...) Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou (...)* »

⁷⁷ “*Principe de la contradiction*” ifadesinin Türkçede “*çelişme ilkesi*” şeklinde kullanımı için bkz. Özen Ülgen, “**Anayasaya Uygunluk Denetiminde Çelişme İlkesi**”, TBB Dergisi, Yıl: 2014, Sayı: 111, s. 297-324; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010, s. 65-66. Yeğengil ise bu prensibin iddia ve savunmaların karşılıklı olarak ve yüzyüze yapılması anlamına geldiğini ifade etmektedir. (Rasih Yeğengil, **Tahkim (L’Arbitrage)**, İstanbul, 1974, s. 279).

⁷⁸ 13 Ocak 2011 tarihli ve 2011-48 No’lu Kararname ile Fransız hukukunda iç ve milletlerarası tahkim alanında bir reform yapılmıştır. Ancak, Medeni Usul Kanunu’nun 1520 (4) maddesi bu reformdan etkilenmemiş ve bu düzenleme aynı şekilde korunmuştur (Beatrice Castellane, “**The New French Law on International Arbitration**”, Journal of International Arbitration, Yıl: 2011, Cilt: 28, Sayı: 4, s. 379).

⁷⁹ Kunter/Yenisey, s. 65-66.

⁸⁰ Laurent Jaeger, “**La Production de Documents non Traduits dans la langue de l’Arbitrage Peut Violier le Principe de la Contradiction**”, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 2014, Sayı: 1, s. 115.

⁸¹ İngiliz Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 33: “(1) *The tribunal shall— (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and (...)*”

diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkanını elde edememiş bulunduğu ispatlanırsa hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan milli hukukların ilgili düzenlemelerinde, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde yer alan “*right to present its case*” ifadesinin kullanılmadığı hallerde, iddia ve savunma hakkının genellikle “*rechtliches Gehör*”, “*droit d’être entendu*”, “*right to be heard*”, “*égalité des parties*”⁸² veya “*principe de la contradiction*” şeklinde ifade edildiği görülmektedir.

Ortak hukuk sistemine dahil olan devletlerde ise tahkim yargılamasında tarafların iddia ve savunma hakkını karşılayan kavram olarak “*right to due process*”⁸³, “*fundamental fairness*” veya “*natural justice*” ifadeleri kullanılmaktadır⁸⁴.

Hakemlerin tarafların iddia ve savunma hakkına riayet etme yükümlülüğü milletlerarası tahkim kurallarında da yer almaktadır:

ICC Tahkim Kuralları m.22(4)’e (1998 ICC Tahkim Kuralları m. 15(2)) göre, hakem heyeti her durumda adil ve tarafsız şekilde hareket eder ve taraflara iddia ve savunma vasıtalarının ikamesi için yeterli imkanı verir⁸⁵. Taraflara verilmesi gereken bu imkan maddede “*reasonable opportunity to present its case*” olarak ifade edilmiştir. Maddede kullanılan “*reasonable opportunity*” (makul imkan) ifadesi, ICC Tahkim Kuralları’nın tahkime ilişkin bazı kanun ve kurallardan farklı bir yönü

⁸² Tarafların eşitliği.

⁸³ Kurkela ise “*due process*” kavramını hakem kararının tenfiz edilebilir olmasını sağlayacak tüm usulî kriterlere uygunluk olarak daha geniş bir şekilde ele almaktadır. Bkz. Kurkela/Turunen, s. 3-4, 15.

⁸⁴ Herman Verbist, “**Challenges on Grounds of Due Process Pursuant to Article V(1)(B) of the New York Convention**”, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice, Ed. Emmanuel Gaillard/Domenico di Pietro, İngiltere: Cameron May Ltd, 2008, s. 679.

⁸⁵ ICC Tahkim Kuralları m. 22(4) hükmü şu şekildedir: “*In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.*”

olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Zira bazı kanun ve tahkim kurallarında “*reasonable opportunity*” yerine “*full opportunity*” (tam imkan) ifadesi kullanılmıştır⁸⁷. ICC Tahkim Kuralları Şerhi’nde m. 22(4)’ün bu şekilde yazılmış olmasının sebebi belirtilmektedir. Taraflara iddia ve savunma vasıtalarının ikamesinde tam imkan verilmesi, hakem heyetinin tarafların usûle ilişkin her türlü talebine olumlu cevap vermesi gerektiği gibi yanlış bir izlenim yaratabileceğinden, tarafların usûli taleplerine cevap verilirken tarafların menfaatleri arasında dengenin ve tahkim yargılamasının süratli ve en az masraflı bir şekilde yürütülmesinin de gözetilerek taraflara bu konuda makul imkan verilmesinin daha uygun olduğu belirtilmiştir⁸⁸. Makul imkanın hangi durumlarda sağlanmış olacağı konusunda kurallarda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu konu somut olayın şartlarına göre hakemlerce takdir edilecektir⁸⁹.

UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 17(1)’e göre ise hakem, taraflara eşit muamelede bulunulması ve iddia ve savunma vasıtalarının ikamesinde makul imkanın verilmesi şartıyla tahkim yargılamasını uygun gördüğü şekilde yürütecektir⁹⁰. Burada iddia ve savunma hakkı hakemin davayı yürütmedeki takdir yetkisinin sınırını belirlemektedir⁹¹. Burada dikkati çeken husus, eski UNCITRAL Kuralları’nın 15(1) hükmünde taraflara iddia ve savunma vasıtalarının ikamesinde

⁸⁶ 2013 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 17(1), 1998 ve 2014 tarihli LCIA Kuralları, 2010 tarihli Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kuralları m. 19 da iddia ve savunma vasıtalarının ikamesinde taraflara makul imkanın verilmesini öngörmektedir.

⁸⁷ 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 15(1), 2007 tarihli DIAC Tahkim Kuralları m. 17(2), 1998 tarihli Alman Tahkim Kurumu Tahkim Kuralları m. 26 iddia ve savunma vasıtalarının ikamesinde taraflara tam imkanın verilmesini öngörmektedir.

⁸⁸ Jason Fry/Simon Greenberg/Francesca Mazza, **The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration**, Paris: International Chamber of Commerce, 2012, s. 238.

⁸⁹ Maxi Scherer/Lisa Richman/Rémy Gerbay, **Arbitrating Under the 2014 LCIA Rules: A User’s Guide**, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 208.

⁹⁰ 2013 UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 17(1) şu şekildedir:

“Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute.”

⁹¹ Stewart Abercrombie Baker/Mark David Davis, **The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice**, Hollanda: Kluwer Law International, 1992, s. 76.

tam imkanın verileceği öngörülmüşken, yeni kurallarda taraflara bu konuda makul imkanın verileceğinin düzenlenmiş olmasıdır.

İddia ve savunma hakkı, AAA Tahkim Kuralları'nda R-32(a)'da düzenlenmektedir. Bu maddede öncelikle tahkim yargılamasında uygulanacak klasik prosedür belirtilmiştir. Buna göre, davacı iddialarını destekleyen delillerini sunacak, davalı savunmalarını destekleyen delilleri sunacak ve her iki tarafın tanıkları hakemlerce ve karşı tarafça sorgulanacaktır. Bu klasik prosedürün hakemlerce değiştirilebileceği, ancak bu yapılırken taraflara eşit muamelede bulunma ve iddia ve savunma vasıtalarını ikame etme imkanının taraflara adil bir şekilde tanınması prensiplerine uygun hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁹². Tahkim yargılaması yürütülürken gözetilecek olan bu prensipler ayrı ayrı belirtilmiş olsalar da aslında hepsi iddia ve savunma hakkını ifade etmektedir.

1994 tarihli DIAC Kuralları'nın m. 35 hükmüne göre, hakem heyeti yargılamanın temel prensiplerine riayet etmelidir. Bu prensiplerin en önemlileri hakem kararından önce taraflara iddia ve savunmaları ile delillerini sunmaları için imkan verilmesi, taraflardan her birinin diğer tarafın sunmuş olduğu belgeleri inceleyebilmesinin sağlanması ve taraflara eşit bir şekilde muamele edilmesidir. 2007 tarihli DIAC Kuralları'nın m. 17(2) hükmüne göre ise hakem heyeti her durumda adil ve tarafsız şekilde hareket eder ve taraflara iddia ve savunma vasıtalarının ikamesi için tam imkan verir. Kanaatimizce bu iki düzenleme arasındaki temel fark, eski kurallarda iddia ve savunma hakkına riayet etmek için hakemin uyması gereken önemli prensipler örnekleme biçiminde sayılmışken, yeni kurallarda böyle bir örnekleme yoluna gidilmemiş olmasıdır. Ancak, eski kurallarda yer alan önemli prensiplerin yeni kurallar için de geçerli olduğunda şüphe bulunmamalıdır. Ayrıca, 2007 DIAC Kuralları'ndaki m. 17(2) hükmünün ICC Tahkim Kuralları'ndan bir yönüyle ayrıldığı dikkat çekmektedir. Bu hükümde taraflara makul imkanın verilmesinden değil, tam imkanın verilmesinden bahsedilmektedir.

⁹² AAA Milletlerarası Tahkim Kuralları'nın R-32(a) hükmü şu şekildedir:

"The claimant shall present evidence to support its claim. The respondent shall then present evidence to support its defense. Witnesses for each party shall also submit to questions from the arbitrator and the adverse party. The arbitrator has the discretion to vary this procedure, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case."

İddia ve savunma hakkı farklı devlet hukuklarında farklı kavramları karşılayan ve içeriği de ülkeden ülkeye farklılık gösterebilen bir kavramdır⁹³. Milli hukuklarda örneğin, tanıklara ilişkin yargılama usûlü, tarafların bizzat kendilerinin tanık olarak dinlenip dinlenemeyeceği, tarafların tanık olarak gösterdikleri kişilerle tanıklıkları öncesinde görüşüp görüşemeyecekleri, bilirkişinin belirlenme şekli, uyuşmazlığın çözümlenmesinde uygulanacak hukuk kurallarının tespitinde tarafların rolü veya hakem kararlarının gerekçeli olmasının gerekip gerekmediği konusunda farklı yaklaşımlar benimsenebilmektedir. Özellikle Kıta Avrupası sistemine dahil olan devletlerle Ortak hukuk sistemine dahil olan devletler arasında görülen bu farklılıklar, bu çalışmada yeri geldikçe ele alınacaktır. Bu durum, hakemlerin ve tarafların farklı hukuk sistemlerinden olabileceği milletlerarası tahkim yargılamasının yürütülmesinde zorluklar yaratabilir. Bununla birlikte, iddia ve savunma hakkı konusunda tüm hukuk sistemlerinin üzerinde uzlaştığı ortak standartlar da bulunmaktadır. Yargılama sırasında taraflara eşit muamelede bulunulması ile iddia ve savunma vasıtalarının ikamesi için yeterli imkanın sağlanması tüm devletlerce kabul edilen temel yargılama ilkeleridir. Nitekim bu ilkeler UNCITRAL Model Kanunu'nun 18. maddesine de yansımış ve bu kanunu model olarak kullanan devletlerin iç hukuklarına da aktarılmıştır⁹⁴. Ayrıca, çeşitli

⁹³ Maxi Scherer, **“Violation of Due Process, Article V(1)(b)”**, New York Convention: Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary, Ed. Reinmar Wolff, Almanya: Verlag C.H. Beck, 2012, s. 283. Milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının farklı devlet hukuklarındaki görünümü için bkz. Lucy Reed/James Freda, **“Narrow Exceptions: A Review of Recent U.S. Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 6, s. 650-652; Ramona Martinez, **“Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The “Refusal” Provisions”**, The International Lawyer, Yıl: 1990, Cilt: 24, Sayı: 2, s. 499-501; May Lu, **“The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England”**, Arizona Journal of International & Comparative Law, Yıl: 2006, Cilt: 23, Sayı: 1, s. 762-769; Bernard Hanotiau/Olivier Caprasse, **“Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention-Belgian and French Perspectives”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 6, s. 727-729; Matti Kurkela, **“Due Process in Arbitration: A Finnish Perspective”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2004, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 223-224; Judith O'Hare, **“The Denial of Due Process and the Enforceability of CIETAC Awards under the New York Convention-The Hong Kong Experience”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 1996, Cilt: 13, Sayı: 4, s. 183-195; Barbara Steindl, **“Watch Out and Act! Recent Case Law on Due Process in Light of Austrian Law and the 1958 New York Convention”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 4, s. 513-520; Ilya Nikiforov, **“Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian Courts-Due Process, Arbitrability, and Public Policy Grounds for Non-Enforcement”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 6, s. 795-798.

⁹⁴ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2014, s. 3506.

tahkim kurumları nezdindeki milletlerarası tahkim kuralları da iddia ve savunma hakkı konusunda asgarî milletlerarası standartlar olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu milletlerarası standartlar göz önünde bulundurulduğunda, milletlerarası tahkim yargılaması açısından iddia ve savunma hakkı kapsamında yer alan haklar dört ana başlık altında toplanabilir. Bunlar, hakemin tayininden ve hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilme hakkı, iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkı, iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi hakkı ile bütün bu hakların sağlanmasında gözetilmesi gereken, taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesidir. Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin iddia ve savunma hakkı kapsamında yer aldığı sonucuna nasıl ulaşıldığı da aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır⁹⁵. Bununla birlikte hakemlerin amacının, sadece bu milletlerarası standartlara uygun bir biçimde yargılamayı yürütmek değil, yargılamanın taraflarına olabildiğince hakkaniyete uygun bir şekilde muamele etmek olması gerektiğini belirtmek gerekir⁹⁶.

⁹⁵ Bkz. İkinci Bölüm, §4.

⁹⁶ Kurkela/Turunen, s. 14.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ UNSURLARI

Ş1. HAKEMİN TAYİNİNDEN VE HAKEMLİK PROSEDÜRÜNDEN USULÜ DAİRESİNDE HABERDAR EDİLME HAKKI

A. Hakkın Konusu, İçeriği ve Sınırları

Milletlerarası tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkına riayet edildiğinden bahsedilebilmesi için öncelikle tarafların açılmış olan davadan, hakem tayininden ve tahkim prosedüründen usûlüne uygun bir şekilde haberdar edilmeleri gerekir. Yargılamanın başından sonuçlanmasına kadar sahip olunan bu hak, davadan, karşılıklı iddia ve savunmalardan, bunları destekleyen delillerden, karşı tarafın açıklamalarından, yargılamanın seyrinden, aşamalarından ve duruşmalardan haberdar olmayı içerir⁹⁷. Bu hak, hukuki sebepler hakkında haberdar edilmeyi de kapsar⁹⁸. Ayrıca, hakemlerden birinin değiştirilecek olması halinde, tarafların gerektiğinde hakemin reddi isteminde bulunma haklarını kullanabilmeleri için, hakem heyetinin oluşumu hakkında da tarafların bilgilendirilmesi şarttır⁹⁹.

Tarafların haberdar edilmeleri tebligat yoluyla sağlanır. Bu kapsamda dava dilekçesi davalıya usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmelidir. Ancak, bu hakkın tam olarak yerine getirilebilmesi için davalının tahkim prosedürü ve dava dilekçesinden haberdar edilmesi yeterli değildir. Ayrıca yargılama boyunca her iki tarafın

⁹⁷ Özekes, s. 87; Ziya Akıncı, *Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure*, New York: JurisNet, 2011, s. 185.

⁹⁸ Aygöl, s. 120.

⁹⁹ Kaplan, s. 91.

dayandığı delillerin ve sundukları dilekçelerin de karşı tarafa bildirilmesi gerekir. Bu, tarafların birbirlerinin iddia ve savunmalarına karşı koyabilmeleri için gereklidir¹⁰⁰.

Tarafların davadan ve karşılıklı iddia ve savunmalardan haberdar edildiğinin söylenebilmesi için tarafların, diğer tarafın iddia ettiği veya savunma konusu yaptığı hususlarda tam bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Bu hususlarda tam bilgi sahibi olunması ise üç unsurun karşı tarafça açık, somut ve tam bir şekilde ortaya konulması ile mümkündür: dava konusu, talebi destekleyen vakıalar ve talep sonucu. Bu üç unsurun gerektiği şekilde ortaya konmamış olması durumunda, hakem öncelikle iddia ve somutlaştırma yükünün kimin üzerinde olduğunu tespit ederek bu unsurların somutlaştırılmasını sağlamalı, bu somutlaştırmanın sağlanmasının ardından da karşı tarafın tam olarak bilgi sahibi olmasını sağlamalıdır¹⁰¹. Ancak bunun yapılmasının ardından, karşı taraftan iddia ve savunma hakkının gereği olarak bir cevap vermesi beklenebilir. İleri sürülen vakıanın malum ve maruf bir vakıa olması veya hakemlerin bu konuda doğrudan bilgi sahibi bulunması da önemli değildir. İspatı gerekme de karşı tarafın görüş bildirmek isteyebileceği bu tür vakıalar hakkında da taraflar bilgilendirilmelidir¹⁰².

Tarafların iddia ve savunmaları destekleyen delillerden haberdar edilmesi ise, bir tarafın dayandığı delillerle birlikte hakemlerce başvuru delilleri de kapsar. Örneğin, hakemlerce atanan bir bilirkişi tarafından hazırlanan rapor da öncelikle taraflara bildirilmeli ve tarafların bu rapor hakkında görüşleri alınmalıdır. Böyle bir bilirkişi raporunun bu prosedür izlenmeden bir karara esas alınması iddia ve savunma hakkına aykırılık teşkil eder¹⁰³.

¹⁰⁰ Kaplan, s. 144; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 203. Örnek olarak bkz. Alman İlk Derece Mahkemesi'nin 20 Ocak 1983 tarihli *Portuguese Company A v. Trustee in bankruptcy of German company X* kararı, **XII YBCA 1987**, s. 486-487; Hollanda İstinaf Mahkemesi'nin 16 Temmuz 1992 tarihli *G.W.L Kersten & Co. BV v. Société Commerciale Raoul-Duval et Cie.* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 708-709.

¹⁰¹ Özekes, s. 91-92.

¹⁰² Özekes, s. 92.

¹⁰³ Emmanuel Gaillard/John Savage, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 1999, s. 705, para. 1294; Julian D.M. Lew/Loukas A. Mistelis/Stefan Michael Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2003, s. 713, para. 26-88; Margaret L. Moses, **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, USA: Cambridge University Press, 2012, s. 186.

Tahkim kurumları ve hakemlerce taraflara bilgilendirilme konusunda yeterli imkanın tanınması, bu hakka riayet edildiğinin söylenebilmesi için yeterlidir. Bu imkanın sağlanmasına rağmen, taraf, kendi kusuruyla bilgilendirilme hakkını kullanmamışsa iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemez. Tarafın kendi kusuruyla tebligatları almamış olması veya mazereti olmaksızın duruşmaya gelmemiş olması bu hallere örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁴. Ayrıca, tahkim yargılaması hakkında kendisine gerekli bilgilendirme yapılmayan taraf da, bu konuda bir itirazda bulunmamış ve tahkim yargılamasına katılmışsa iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini daha sonraki aşamalarda ileri süremez¹⁰⁵.

Taraflardan biri, yapması gereken bir işlemi haberdar olmadığı bir işlem sebebiyle yapmamışsa, yapmadığı işlemde doğan sonuçlara katlanması beklenmemelidir¹⁰⁶. Örneğin, karşı tarafın ileri sürdüğü bir iddia veya savunma veya dayandığı bir delil konusunda haberdar edilmemişse bunlara itiraz etmemiş olmasından dolayı söz konusu iddia, savunma veya delilleri kabul etmiş olduğu sonucu çıkarılamaz. Aynı şekilde, bir işlemde haberdar edilmeyen tarafın ona karşı başvurabileceği hukuki yollara ilişkin süreyi kaçırmamasından da söz edilemez¹⁰⁷. Örneğin, hakem kararı kendisine bildirilmedikçe, bu karara karşı iptal davası açma süresi işlemeye başlamaz¹⁰⁸.

Kanaatimizce, hakem kararı verildikten sonra, yargılama süresince tarafların haberdar edilmediği her türlü bilgi, belge veya işlem o kararın tenfizini engellememeli veya iptaline yol açmamalıdır. Önemli olan, o bilgi, belge veya işlemin yargılamada esas alınıp alınmadığı olmalıdır. Bu çerçevede, sadece tarafların

¹⁰⁴ Özkes, s. 88. Floransa İstinaf Mahkemesi önündeki bir tenfiz davasında davalı, tahkim yargılamasından Amerikan Tahkim Kurumu Kuralları'nın 39. Bölümüne uygun bir şekilde haberdar edilmediğini ileri sürmüş, mahkeme ise Amerikan Tahkim Kurumu'nun yeterli bilgilendirmeyi yapmasına rağmen davalının açıkça tahkim yargılamasına katılmayı reddettiği sonucuna varmış ve davalının itirazını reddetmiştir. (Floransa İstinaf Mahkemesi'nin 8 Ekim 1977 tarihli *Bobbie Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci s.a.s.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 289-291).

¹⁰⁵ **Request for the Recognition and Enforcement of an Arbitral Award**, ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, International Council for Commercial Arbitration, 2011, s. 90.

¹⁰⁶ Özkes, s. 90.

¹⁰⁷ Özkes, s. 90.

¹⁰⁸ Kaplan, s. 89-90.

bilgi sahibi olmadığı ve yargılamada esas alınan bilgi, belge veya işlemler tenfiz engeli teşkil edebilir veya iptale yol açabilir. *Pekcanitez*, tarafların bilgi sahibi olmadığı işlem, belge ve bilgilerin yargılamada esas alınamayacağını ifade etmiştir¹⁰⁹. Bu durumda böyle bir belge yargılamada esas alınmamışsa, yargılama sonucunda alınan kararın akıbetini etkilememelidir. Bu konu aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır¹¹⁰.

Devlet yargısında, mahkeme tarafından gerçekleştirilecek bilgilendirmenin yanında ilgili kişinin dava dosyasını inceleyerek doğrudan bilgi sahibi olması da bu hak kapsamında görülmektedir¹¹¹. Dava dosyasını inceleyerek doğrudan bilgi sahibi olunması; tutanakların görülmesini, bilirkişinin inceleme yerinin bildirilmesini, dava dosyalarının taraflarca ve vekillerince incelenebilmesini, fotokopi alınabilmesini ve duruşma tutanaklarının suretlerinin talep edilebilmesini ifade eder¹¹². Milletlerarası tahkimde tarafların doğrudan bilgi sahibi olabilecekleri ortak bir dava dosyası bulunmamaktadır. Bununla birlikte, tarafların bilgi sahibi olması konusunda devlet yargısından daha ötede bir güvence bulunmaktadır. Zira, milletlerarası tahkimde en temel prensip taraflarda olmayan bir şeyin asla dosyada olamaması, hakeme sunulan her belgenin taraflarca da görülebiliyor olmasıdır. Bu, dava dosyasının her zaman tarafların önünde olması gerektiği anlamına gelir ve taraflarca dosyanın incelenebilmesinin ötesinde bir korumadır.

B. Milletlerarası Tahkimde Usûlüne Uygun Tebligat Kavramı

Milletlerarası tahkimde tarafların hakem tayininden ve tahkim prosedüründen haberdar edilmesi tebligat yoluyla olur. Haberdar etme yükümlülüğünün gerçekleştirildiğinin söylenebilmesi için, yapılan tebligatın usûlüne uygun olması gerekir. New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde de, aleyhine hakem hükmü dermeyan olunan tarafın hakemin tayininden veya tahkim prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemesi bir tenfiz engeli olarak sayılmıştır. Usûlüne uygun

¹⁰⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 236.

¹¹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm.

¹¹¹ Bkz. Pekcanitez, “**Anayasa Şikayeti**”, s. 272; Özekes, s. 92-95; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 203.

¹¹² Hakan Pekcanitez, “**Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**”, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 1999, s. 21-22; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 203.

tebligat, New York Sözleşmesi'nin İngilizce metninde yer alan “*proper notice*” kavramının karşılığıdır. New York Sözleşmesi'ne taraf olan birçok devlete ait milli hukuk sisteminde hakem kararlarının tenfizini veya iptalini düzenleyen hükümlerde doğrudan usûlüne uygun tebligat kavramına yer verilmemiştir¹¹³. Kurumsal veya ad hoc milletlerarası tahkim kurallarında da bu kavram yer almamaktadır¹¹⁴. Ancak bu durum milletlerarası tahkimde tebligatın usûlüne uygun bir şekilde yapılması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Tebligatın usulüne uygun olması milletlerarası tahkimin temel prensiplerindendir.

New York Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına bakıldığında, “*proper*” ifadesinin Norveç delegesinin önerisi sonucu V(1)(b) maddesinde yer aldığı görülmektedir. Norveç delegesinin önerisinin sebebi ise ilginçtir. 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin 2 (b) maddesinde iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olmasının yanında tarafların tahkim yargılamasında usûlüne göre temsil edilmemiş olması da bir tenfiz engeli olarak öngörülmüştür. New York Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları sırasında ise tarafların usûlüne göre temsil edilmemiş olmasının uygulamada az görülmesi nedeniyle tenfiz engelleri arasında yer almamasına karar verilmiştir. Bu karar üzerine, Norveç delegesi usûlüne göre temsil edilmemenin her ne kadar uygulamada az görülen bir durum olsa da maddede üstü kapalı bir şekilde yer alması gerektiğini, bunun da “*proper*” ifadesinin maddede yer almasıyla sağlanabileceğini ifade etmiştir. Böylece New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde “*proper*” ve “*notice*” ifadeleri bir araya gelmiş ve usûlüne uygun tebligat kavramı ortaya çıkmıştır¹¹⁵.

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde yer alan usûlüne uygun tebligat kavramı Norveç delegesinin önerisinden bağımsız olarak tarafların hakem tayininden

¹¹³ Örneğin İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu m. 190(2)(d), Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1520 ile m. 1525, Amerikan Federal Tahkim Kanunu m. 10(a), İngiliz Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 33. Alman Medeni Usul Kanunu m. 1059(2)(b) ise New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin Almancasıyla aynıdır; dolayısıyla usulüne uygun tebligat kavramını içermektedir. MÖHUK'un 62(1)(d) maddesinde de tarafların hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş olması açıkça tenfiz engelleri arasında sayılmıştır.

¹¹⁴ Örneğin, UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 17(1), ICC Tahkim Kuralları m. 22(4), LCIA Kuralları m. 14(4), Amerikan Tahkim Kurumu Kuralları m. R-32(a), DIAC Kuralları m. 17.2.

¹¹⁵ Albert Jan van den Berg, **The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation**, Hollanda: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, s. 303; UN DOC E/CONF. 26/SR. 17, s. 9.

ve tahkim prosedüründen yeterli bir biçimde haberdar edilmesi şeklinde yorumlanmaktadır¹¹⁶. Tebligatın hangi hallerde yeterli olacağı somut olayın şartlarına göre değerlendirilmekle birlikte, tahkim yargılamasında tebligatın resmi bir şekle uygun olarak yapılmasının gerekmediği söylenebilir¹¹⁷. Doktrinde tebligatın hangi hallerde usûlsüz olacağı tek tek belirtilmemiştir. Bununla birlikte, usûlsüz tebligat kapsamına nelerin girip nelerin girmediği konusunda uygulamada birçok mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu kararlarda tebligat şekli, tebligat dili, süreler ve tebliğin yöneltildiği taraf açısından inceleme yapılarak tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediği hakkında sonuca ulaşılmıştır.

I. Tebligat Şekli

1958 tarihli New York Sözleşmesi'nde ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nde hakem kararının tenfizinin reddolunması veya iptal edilmesi için, aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın, hakemlerin tayininden veya tahkim prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olması aranmış, ancak tebligatın usûlüne uygun yapıp yapılmadığının hangi hukuka göre tespit edileceği belirtilmemiş ve tebligata ilişkin belirli bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bununla birlikte, tebligatın alınmadığına yönelik itirazlar ile karşılaşılması için tahkimde tebligatın ispata elverişli vasıtalarla yapılmasının amaca uygun düşeceği belirtilmektedir¹¹⁸.

Tahkimin taraf iradelerine dayanan özel bir yargılama usûlü olmasından dolayı tahkim yargılamasında tebligat için herhangi bir resmi usûle gerek olmadığı ifade edilmektedir¹¹⁹. Tarafların hakemlerin seçiminden ve tahkim prosedüründen haberdar edilmiş sayılabilmesi için tebligatın tenfiz ülkesi hukukuna veya kararın verildiği ülke ile tenfiz ülkesi arasındaki ikili ve çok taraflı tebligat anlaşmalarına uygun olması gerekmez.

Tahkimin taraf iradelerine dayanan özel bir yargılama usûlü olması tarafların tahkim yargılamasının kurumsal tahkim kurallarına uygun olarak veya ad hoc bir

¹¹⁶ Van den Berg, *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, s. 303.

¹¹⁷ Van den Berg, *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, s. 303.

¹¹⁸ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 369.

¹¹⁹ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 368; Akıncı, *Arbitration Law of Turkey*, s. 185; Şit, s. 209.

biçimde yürütülmesini kabul edebilmelerinde kendini göstermektedir. Kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarında genellikle hakemlerin tayini ve tahkim prosedürüne ilişkin bildirimlerin taraflara nasıl yapılacağına ilişkin hükümler bulunmaktadır¹²⁰. Taraflar kurumsal tahkimi kabul etmekle buradaki kuralların uygulanması konusunda anlaşmış olacaklarından tebligatın bu kurallara uygun olarak yapılması gerekir¹²¹. Ad hoc tahkimde ise tebligatın yine taraf anlaşmalarına uygun olarak yapılması, taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde ise hakem heyetinin belirleyeceği usûle göre gerçekleştirilmesi gerekir¹²².

Milletlerarası tahkimde tebligat şekline ilişkin bu prensipler birçok mahkeme kararına da yansımıştır. Örneğin, Meksika Mahkemelerince verilen iki karara göre, taraflar Amerikan Tahkim Örgütü'nün kurallarının tahkim yargılamasında uygulanmasını kabul etmekle Meksika usûl hukukunun bildirimlere ilişkin hükümlerinden feragat etmişlerdir. Bu nedenle, Amerikan Tahkim Örgütü kurallarına uygun olarak e-mail yoluyla yapılan davet ve bildirimler yeterli görülmüştür¹²³.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de bir kararında tahkimde tebligatın mahkemelerde öngörülen tebligat kurallarına göre yapılmasının gerekmediğini vurgulamıştır: *“Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi üyesi Frank Rehder’in yeminli ifadesinden, hakem tayini kararının ve yargılama sürecinin davalı tarafa faks ve posta yolu ile tebliğ edildiği anlaşılmaktadır. Hakem kararı da davalıya aynı yolla tebliğ edilmiştir. Faksların ise davalı tarafından itiraz edilmeyen 90.212.253.96.87 numaralı faksa gönderildiği teyid belgelerinde yazılıdır. Buradaki tebligatların, mahkemelerde öngörülen tebligat kurallarına göre yapılması gerekmemektedir. Ayrıca, İngiltere ile Türkiye arasında imzalanan Müzahareti Adliye*

¹²⁰ 2012 tarihli ICC Tahkim Kuralları madde 3/2'ye göre “Sekretarya ve hakem kurulu tarafından yapılan tüm tebligat veya yazışmalar, tarafın veya temsilcinin kendisi veya diğer tarafça bildirilen en son bilinen adresine gönderilir. Bu tür tebligat veya yazışmalar alındı mukabili elden teslim, taahhütlü posta, kurye servisi, e-posta veya gönderildiğine dair bir kayıt verebilen diğer iletişim araçlarıyla yapılabilir.” İSTAC Kuralları'nın 5. maddesinde de aynı düzenleme bulunmaktadır. Burada sadece tebligat ve yazışmaların yapılabileceği iletişim araçlarına faks da eklenmiştir.

¹²¹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 369.

¹²² Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 369.

¹²³ Meksika Yüksek Mahkemesi'nin 24 Şubat 1977 tarihli *Presse Office S.A. v. Centro Editorial Hoy S.A.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 301; Meksika Yüksek Mahkemesi'nin 1 Ağustos 1977 tarihli *Malden Mills Inc. v. Hilaturas Lourdes S.A.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 302 – 304. Kararlar için ayrıca bkz. Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 303.

Mukavelenamesi'nin ise adli tebligat konusunda düzenleme taşıyor olması nedeniyle somut olaya uygulanması mümkün değildir."¹²⁴

Köln İstinaf Mahkemesi'nin bir kararı ise, tebligatın tarafların üzerinde anlaşmış oldukları tahkim kurallarına uygun olarak yapılması kuralı için bir istisna öngörmüştür. Söz konusu karara göre, tarafların tahkimi yürütmek üzere kararlaştırmış oldukları tahkim kurumunun kuralları uyuşmazlığı çözmek üzere tayin edilen hakemlerin isimlerinin taraflara bildirilmesinin gerekmediğini öngörmüş olsa da, hakemlerin tayinine ilişkin bir tebligatın usûlüne uygun olabilmesi için tayin edilen hakemlerin isimlerinin taraflara bildirilmiş olması gerekir¹²⁵. Köln İstinaf Mahkemesi'nin kararına konu olan hakem kararı Kopenhag Hububat ve Yem Ticareti Tahkim Komitesi Kurallarına tabi olan bir tahkim yargılaması sonunda verilmiştir ve bu tahkim yargılamasında başhakem dışındaki diğer hakemlerin isimleri davalıya bildirilmemiştir. Kopenhag Tahkim Komitesi'nin kurallarına göre hakemler tarafların haberi olmadan atanabilmektedir. Köln Mahkemesi'ne göre, davayı yürütmekte olan hakemlerin isimleri kendisine bildirilmeyen davalı, davayı yürütmesini uygun görmediği hakemlerin gerçekte yargılamaya katılıp katılmadıklarını tespit edemeyeceğinden iddia ve savunma hakkı ihlal edilmiştir¹²⁶.

MTK'nın 17. maddesinde, *"Bu kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz"* ifadesi yer almaktadır. Bu hükme göre, tahkim usulüne Türk hukukunun uygulandığı durumlarda, MTK'da düzenlenmeyen, dolayısıyla MTK'da boşluk bulunan konularda HMK hükümleri uygulama alanı bulabilir¹²⁷. Ancak, MTK'daki bu ifade, tahkim yargılamasında tebligatın HMK'nın 438. maddesi gereğince 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılması gerektiği yönünde bir

¹²⁴ Yarg. 11. HD, 19.11.2001 T., 2001/6144 E., 2001/9045 K. (Ekşi, **Mahkeme Kararları**, s. 488-489).

¹²⁵ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 305; Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 123.

¹²⁶ Köln İstinaf Mahkemesi'nin 10 Haziran 1976 tarihli *Danish buyer v. German (F.R.) seller* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 258 – 260.

¹²⁷ Akıncı, **Tahkim**, s. 23.

kanaat yaratmamalıdır¹²⁸. Zira, kanaatimizce tebligatın şekli konusunda MTK’da boşluk bulunmamaktadır. MTK’nın 14/C maddesi tebligatın ne şekilde yapılması gerektiğini düzenlemektedir ve bu maddeye göre taahhütlü mektupla veya teslim teşebbüsünün belgelendiği herhangi bir başka vasıta ile bir yazılı bildirim gönderilmesi yeterlidir.

Ayrıca, MTK’da bu konuda boşluk bulunsa dahi MTK’ya tabi bir tahkim yargılamasında Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılamayacağı kanaatindeyiz. Zira, bir tahkim sözleşmesinin yapılması, tarafların bazı resmi hukuk kuralları ile buna ilişkin formalitelerden vazgeçmek arzusunda olduklarını gösterir¹²⁹. Bu anlamda, HMK’nın tahkime ilişkin 438. maddesinde Tebligat Kanunu’na atıf yapılması tahkim müessesesiyle bağdaşmamaktadır¹³⁰. Milli veya milletlerarası bir tahkim yargılamasında yapılacak tebligatlarda hakemlerin Tebligat Kanunu’nun hangi hükümlerini ne şekilde uygulayacakları ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre nasıl tebligat yapacakları da açık değildir¹³¹. Üstelik HMK’nın 438. maddesi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir ve emredici bir hüküm niteliğinde değildir. Bu nedenle, tarafların tebligatın ne şekilde yapılacağına ilişkin düzenlemeler içeren tahkim kurallarının uygulanmasını, örneğin İSTAC Kuralları’nın uygulanmasını kararlaştırmış olmaları halinde, tebligat konusunda bu kuralların uygulanması kararlaştırılmış olacaktır ve hakemin Tebligat Kanunu’na göre tebligat yapması zorunluluğu söz konusu olmayacaktır.

MTK’nın 17. maddesinde yer alan “*Bu kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz*” ifadesi, bu kanun kapsamındaki tahkimlerde kanunda açıkça HMK’ya atıf yapılan hallerde HMK’nın uygulanabileceği şeklinde de anlaşılabilir. Maddenin bu şekilde anlaşılması halinde de hakemin Tebligat Kanunu’na göre tebligat yapması

¹²⁸ HMK’nın 438. maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tebligat, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır.

¹²⁹ Kaplan, s. 91-92.

¹³⁰ Ejder Yılmaz, “**Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar**”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V-Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007, s. 197.

¹³¹ Bkz. Budak, “**Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri**”, s. 53-54.

zorunluluğunun olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira, MTK’da tebligat konusunda HMK’ya atıf yapılmamaktadır.

II. Tebligat Dili

Tebliğatın usûlüne uygun bir şekilde yapıldığından bahsedilebilmesi için hangi dilde yapılması gerektiği konusu doktrinde iki ayrı durum ele alınarak incelenmektedir. Birinci durum, tarafların tahkim dili konusunda anlaşmış olmalarıdır. İkinci durum ise taraflar arasında tahkim dili konusunda böyle bir anlaşmanın mevcut olmamasıdır.

Taraflar tahkim dili konusunda anlaşmışlarsa, taraflardan birince anlaşılamayacak olsa da tahkim dilinde yapılan tebligatın iddia ve savunma hakkını ihlal ettiği söylenemez¹³². Zira, tebligat taraflar arasındaki anlaşmaya uygun bir biçimde yapılmıştır. Kararlaştırılan tahkim dili dışında bir dilde yapılan tebligat ise taraflardan birince anlaşılamıyor olmadıkça yine iddia ve savunma hakkını ihlal etmez¹³³.

Tarafların tahkim dili konusunda bir anlaşmalarının bulunmadığı ve tahkim dilinin hakemlerce veya tahkim kurumlarınca belirlendiği ikinci durumda tarafların anlamadığı bir dilde yapılan tebligatın iddia ve savunma hakkını ihlal edip etmediği konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır.

Birinci görüşe göre, böyle bir tebligat iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğinin söylenebilmesi için yeterli değildir¹³⁴. Mahkemeler de genellikle birinci görüş doğrultusunda karar vermekte ve tarafların anlamadığı bir dilde yapılan tebligatı tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğinin söylenebilmesi için yeterli görmemektedir. Tebliğatın İngilizce veya başka bir dilde yapılmış olmasının da bir önemi yoktur¹³⁵.

¹³² Scherer, s. 295.

¹³³ Ulrich Haas, “**The New York Convention**”, Practitioner’s Handbook on International Arbitration, Ed. F.B. Weigand, Münih: C.H. Beck, 2002, Bölüm 3, Madde 5, para. 32 (Scherer, s. 290’dan naklen).

¹³⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3515; Scherer, s. 295.

¹³⁵ Köln İstinaf Mahkemesi’nin 16 Aralık 1992 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXI YBCA 1996**, s. 535-541; İspanya Yüksek Mahkemesi’nin 14 Ekim 2003 tarihli *Fashion Ribbon Company Inc. v.*

İsviçre İstinaf Mahkemesi önündeki bir tenfiz davasında davacı Romanya'da yürütülen tahkim yargılamasına katılması için gelen ilk davetin Rumence olduğunu, anlayabileceği bir dildeki bildirimi ancak tahkim yargılamasının başlamasından 4-5 gün önce alabildiğini, bu şekilde iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, tahkim prosedürüne ilişkin bildirimin taraflardan birinin anlayamayacağı bir şekilde tahkim yeri dilinde yapılmış olmasının iddia ve savunma hakkını ihlal etmediğine hükmetmiştir¹³⁶.

İkinci görüşe göre ise, tebligatta kullanılacak dil, onu alacak olanın anlayabilmesine elverişli olmalıdır. Dolayısıyla, tarafların lisanında veya asıl sözleşmenin yapıldığı lisanda veya daha önceden kararlaştırılan müzakere dilinde yapılmayan tebligat geçerli olmamalıdır¹³⁷.

Kanaatimizce, tahkim dilinde yapıldığı sürece taraflardan herhangi birince anlaşılabilen bir tebligat usûlsüz bir tebligat olarak görülmemelidir. Zira, tahkim yargılamasında tarafların tahkim dilini bilen bir avukat tarafından temsil edilme veya tercüman yoluyla ilgili belgelerin çevirisini yaptırarak iddia ve savunma haklarını gereği gibi kullanma imkanları bulunmaktadır. Sadece, tahkim dilinde yapılmayan ve taraflardan herhangi birince de anlaşılabilen tebligatlar sonucunda iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilir. Bu çıkarım, MTK uygulaması açısından da geçerlidir¹³⁸.

Bu açıklamalar, yargılama boyunca tarafların yapacakları bütün yazılı beyanlar, duruşmalar, hakem veya hakem kurulunun ara kararları ve nihai karar açısından uygulama alanı bulur.

Iberband S.L. kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 627-632; Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 23 Ekim 2007 tarihli *K v. F AG* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 354-359; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 28 Kasım 2008 tarihli kararı, **XXXIV YBCA 2009**, s. 536-544; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 2 Ekim 2001 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 303-308.

¹³⁶ İsviçre İstinaf Mahkemesi'nin 27 Şubat 1989 tarihli *N.Z. v. I. Kararı*, **XVII YBCA 1992**, s. 581 – 583. Karar için ayrıca bkz. Mercangöz, s. 831.

¹³⁷ Kaplan, s. 91.

¹³⁸ MTK m.10/C. Bkz. Akıncı, **Tahkim**, s. 189.

III. Süreler

Tarafların hakem tayininden ve tahkim yargılamasından usûlüne uygun bir şekilde haberdar edilmesi yükümlülüğü, söz konusu bildirimin zamanında yapılmasını ve taraflara hakem tayin etmeleri veya iddia ve savunmaları ile delillerini hazırlayabilmeleri için yeterli sürenin verilmesini de gerektirir¹³⁹.

Mahkemeler önündeki tenfiz itirazları incelendiğinde tarafların, hakemin tayini, delillerin sunulması veya savunmanın hazırlanması için tahkim yargılamasında kendilerine verilen sürelerin kısa olduğunu ileri sürerek tenfizin önüne geçmeye çalıştıkları davaların önemli bir yer teşkil ettiği görülmektedir. Ancak, uygulamada bu tür itirazların çoğu mahkemelerce reddedilmektedir.

Tahkimin devlet yargısı karşısındaki en önemli avantajlarından biri uyuşmazlıkların daha kısa sürede çözülebilmesidir. Tarafların tahkimi tercih etmelerinin en önemli nedenlerinden biri tahkimin bu özelliğidir. Tahkim yargılamasının süratli işleyen bir mekanizmaya sahip olması için ise gerek tarafların anlaşmış oldukları, gerekse tahkim kurumlarınca tespit edilen sürelerin devlet yargısına göre daha kısa olması doğaldır. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında taraflara verilen sürelerin iddia ve savunma hakkını ihlal edip etmediğinin tespitinde devlet yargısındaki süreler baz alınmamalıdır¹⁴⁰.

Taraflara hakemin seçilmesi, savunmanın hazırlanması veya delillerin sunulması için tanınan süreler hakkında taraflar arasında bir anlaşma söz konusu değilse, sürelerin yeterli olup olmadığına iptal veya tenfiz davasının görüldüğü mahkeme karar verecektir. Bu sürelerin tenfiz devleti veya tahkim yeri usûl hukukunda öngörülen sürelerle uygun olması gerekmez. Sürelerin yeterli olduğuna hükmedilebilmesi için önemli olan, tanınan sürelerin tarafların iddia ve savunma

¹³⁹ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3511; Scherer, s. 296; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 370; Akıncı, **Arbitration Law of Turkey**, s. 185-186; Kalpsüz, s. 89; Aslı Bayata Canyaş, “**Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Turkey**”, 3 ASA Bulletin 2013, s. 545.

¹⁴⁰ Stefan Kröll, “**Recognition and Enforcement of Awards-Foreign Awards**”, Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, Ed. Karl Heinz Böckstiegel/Stefan Michael Kröll/Patricia Nacimiento, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 469; Scherer, s. 296; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 370-371.

hakkının kullanılmasını engellemeyecek nitelikte ve bu hakkın kullanılmasına elverişli olmasıdır¹⁴¹.

Örneğin, İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin bir kararında, hakem tayini için verilen yedi günlük süre ve savunmayı destekleyen delillerin hazırlanması için verilen on dört günlük sürenin savunmanın hazırlanması için yeterli olduğuna hükmedilmiştir¹⁴².

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin önündeki bir davada ise, tahkim yargılamasındaki davalı duruşmaya katılması için kendisine yapılan bildirimin duruşma tarihinden sadece 26 gün önce yapılmış olduğunu ve bu sürenin duruşma hazırlıkları için yeterli olmadığını iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme ise sürenin neden yetersiz olduğunun iddia sahibi tarafından temellendirilemediği gerekçesiyle sürenin yeterli olmadığına dair iddiayı reddetmiştir¹⁴³.

Mahkemeler, sürelerin iddia ve savunma hakkının kullanılmasına elverişli olup olmadığına karar verirken taraflara daha uzun sürelerin verilmesini gerektiren istisnai durumları da dikkate almaktadır. Örneğin, taraflardan birinin bulunduğu ülkede gerçekleşen deprem veya yaz aylarında yargı faaliyetlerine ara verilmesi sürelerin daha uzun olmasını gerektiren durumlar arasında görülmüştür¹⁴⁴. Birçok tahkim kuralında, tarafların bulunduğu ülkelerdeki adli tatillerin değil, ancak resmi tatil günleri ile iş günü olmayan günlerin de sürelerin hesabına dahil olduğu düzenlenmektedir¹⁴⁵. Bu nedenle, taraflara iddia ve savunma hakkının kullanılmasına

¹⁴¹ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 370-371. Floransa İstinaf Mahkemesi bir kararında bu görüşe paralel olarak, İtalyan hukukunda öngörülen sürelerin söz konusu tahkim yargılamasında uygulanmış olmasının gerekli olmadığına, verilen sürenin iddia ve müdafaa vasıtalarının ikame edilmesini sağlayacak nitelikte olmasının yeterli olduğuna hükmetmiştir (İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 3 Haziran 1988 tarihli *Holzindustrie Schweighofer GmbH v. Industria Legnami Trentina – ILETsrl* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 498 – 500). Karar için ayrıca bkz. Mercangöz, s. 832.

¹⁴² İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 20 Şubat 1975 tarihli *Carters (Merchants) Ltd. v. Francesco Ferraro* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 275 – 276. Karar için ayrıca bkz. Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 123, dn. 421.

¹⁴³ İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 16 Kasım 1992 tarihli *ILET Industria Legnami Trentina S.r.l. v. Ditta Holzindustrie Schweighofer S.r.l. and Co. S.a.s.* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 694 – 696. Karar için ayrıca bkz. Mercangöz, s. 832.

¹⁴⁴ İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 18 Mayıs 1982 tarihli *Bauer & Grobmann OHG v. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele* kararı, **X YBCA 1985**, s. 461; İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 3 Nisan 1987 tarihli *SpA Abati Legnami v. Fritz Häupl* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 529-533.

¹⁴⁵ Örneğin, ICC Tahkim Kuralları m. 3(2), İSTAC Tahkim Kuralları m. 6(2).

elverişli süreler verilebilmesi için, resmi tatil günleri ile iş günü olmayan günlerde tarafların dava için hazırlık yapamayacağı da hakem heyeti ve tahkim kurumları tarafından dikkate alınmalı ve süreler bu şekilde belirlenmelidir.

Bazen taraflar bir sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların seri tahkim yoluyla çözülmesini de kararlaştırabilirler. Seri tahkim hızlandırılmış tahkim yargılaması olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁶. Oldukça kısa bir sürede hakem kararının verilmesini gerektiren böyle bir tahkimde süreler, normal bir tahkim yargılamasına göre çok daha kısa olacaktır. Ancak, seri tahkimde de tarafların iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi, bunun için de taraflara iddia ve savunmalarını hazırlayabilecekleri yeterli sürenin verilmesi gerekir¹⁴⁷. Seri tahkim yoluyla çözümlenecek uyuşmazlığın oldukça teknik ve karışık olması halinde, tarafların verilen sürelerde iddia ve savunmalarını tam olarak hazırlayamamaları söz konusu olabilir. Bu durum ise söz konusu hakem kararının iptal edilmesine veya tenfizinin reddedilmesine yol açabilir¹⁴⁸. Dolayısıyla, taraflar açısından uzun bir hazırlık süreci gerektiren teknik ve karışık bir uyuşmazlığın söz konusu olduğunun anlaşılması halinde, tahkim süresinin uzatılması hakem kararının akıbeti açısından olumlu olacaktır. Bu süre uzatımı taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen yapılabilir. Zira, uyuşmazlığın seri tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşılan tarafların usuli haklarının da sınırlandırılması konusunda anlaşmaları söylenemez¹⁴⁹.

Önemle belirtilmesi gereken bir husus da sürelerin yeterli olmadığı gerekçesiyle bir hakem kararının iptal edilmesi veya tenfizinin reddedilmesi için yeterli süre verilmemesinin tarafların iddia ve savunma haklarını kullanmalarını engellemiş olması gerektiğidir. Bunun için iddia ve savunma hakkının kullanılmasının zorlaşması yeterli değildir. Hakkın kullanılmasının sürenin

¹⁴⁶ Irene Welser/Christian Klausegger, “**Fast Track Arbitration: Just fast or something different?**”, Austrian Arbitration Yearbook, Ed. Gerold Zeiler/Irene Welser/Jenny Power/Nikolaus Pitkowitz/Alexandre Petsche/Florian Kremslehner/Peter Klein/Christian Klausegger, 2009, s. 259. İSTAC Tahkim Kuralları’nda da seri tahkime ilişkin kurallar öngörülmüştür.

¹⁴⁷ Welser/Klausegger, s. 267-269; Eva Müller, “**Fast Track Arbitration: Meeting the Demands of the Next Millenium**”, Journal of International Arbitration, Yıl: 1998, Cilt: 15, Sayı: 3, s. 6.

¹⁴⁸ Welser/Klausegger, s. 268-269.

¹⁴⁹ Welser/Klausegger, s. 267; Annette Magnusson, “**Fast Track Arbitration-The SCC Experience**” (http://sccinstitute.com/media/56055/fast_track_arbitration.pdf).

yetersizliği nedeniyle imkansızlaşmış olması ve bunun hakkını kullanamayan tarafça ispatlanmış olması gerekir¹⁵⁰.

IV. Tebligatın Yöneltilceği Kişi

Milletlerarası tahkimde tebligatın usûlüne uygun bir şekilde yapılmış olması için yöneltilmesi gereken kişi konusunda, bazı tahkim kanunlarında ve tahkim kurallarında taraf ya da varsa vekilinin, kendisi yahut diğer tarafça bildirilen en son adresine yapılan tebligatın yeterli olduğu düzenlenmiştir. İlgili belgelerin böylece tebliğ edilmiş sayılacağı öngörülmüştür. ICC Tahkim Kuralları m. 3(2) ile İSTAC Tahkim Kuralları m. 5(1) bunun birer örneğidir.

Tebligatın yetkili bir temsilciye teslim edilmesinin¹⁵¹ veya tarafların sözleşmede anlaştıkları adrese gönderilmesinin¹⁵² yeterli olduğuna hükmeden mahkeme kararları da bulunmaktadır.

Türk hukukunda MTK'nın 14/C maddesinde milletlerarası tahkimde tebligata ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre;

“Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça herhangi bir yazılı bildirim, bizzat gönderilene ya da gönderilenin yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine teslim edildiği takdirde alınmış sayılır.

¹⁵⁰ Scherer, s. 296; Andrés Jana/Angie Armer/Johanna Klein Kranenberg, “**Article V(1)(b)**”, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Ed. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/Nicola Christine Port, Hollanda: Kluwer Law International, 2010, s. 245; İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 19 Kasım 1987 tarihli *Mara Confezioni SpA v. International Alltex Corporation* kararı, **XIV YBCA 1989**, s. 675-676; İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 28 Ocak 1982 tarihli *Fratelli Variola S.p.A. v. Danaos Shipping Company* kararı, **IX YBCA 1984**, s. 423-425; İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 31 Temmuz 2000 tarihli *Ionian Shipping Line Co. Ltd v. Transshipping SA* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 532-539; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 4 Aralık 2001 tarihli *Karaha Bodas Co. LLC v. Preusahaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara et al.* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 814-838; İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 21 Ocak 2000 tarihli *De Maio Giuseppe e Fratelli snc v. Interskins Ltd.* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 492-499; Hong Kong Temyiz Mahkemesi'nin 23 Ağustos 1991 tarihli *Guangdong New Technology Import & Export Corporation Jiangmen Branch v. Chiu Shing trading as B.C. Property & Trading Company* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 385-388.

¹⁵¹ Rusya Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin 22 Şubat 2005 tarihli *Codest Engineering v. OOO Grupa Most* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 666-672.

¹⁵² Kore Yüksek Mahkemesi'nin 10 Nisan 1990 tarihli *Kukje Sangsa Co. Ltd. v. GKN International Trading Limited* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 568-571. Karar için ayrıca bkz. Mercangöz, s. 831. Rusya Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin 12 Şubat 2007 tarihli *OOO Inko Food v. OOO Myasokombinat Gvardeiskii plus* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 695-697.

Gerekli araştırma yapılmasına rağmen yukarıdaki bildirim yerlerinden hiçbirinin bulunamaması hâlinde, gönderilenin bilinen son yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine taahhütlü mektupla veya teslim teşebbüsünün belgelendiği herhangi bir başka vasıta ile gönderilen yazılı bildirimler alınmış sayılır.”

Bu madde gereğince, MTK’ya tabi olarak Türkiye’de yürütülen tahkimlerde bilinen en son adrese tebligat yapılmadan önce gönderilenin yerleşim yeri, olağan oturma yeri, iş yeri veya posta adresi araştırılmalıdır. Gerekli araştırma yapılmasına rağmen bu adreslerin hiçbirinin bulunamaması halinde gönderilenin bilinen son yerleşim yerine tebligat yapılabilir. Nitekim, benzer bir düzenleme içeren Rus Tahkim Kanunu’na göre yürütülen bir tahkim yargılamasında öncelikle diğer adreslerin bulunması konusunda makul araştırmanın yapıldığına dair delil bulunmaması sonucunda, bilinen en son adrese yapılan tebligat Alman tenfiz mahkemesi tarafından yeterli görülmemiştir¹⁵³.

Milletlerarası tahkimde tebligat ne şekilde ve kime yapılmış olursa olsun, eğer tebligatın yöneltmesi gereken kişinin bundan haberdar olmasının beklenmesi makul bir beklentiye, iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği söylenemez¹⁵⁴.

Milletlerarası tahkimde tebligatın yöneltmesi gereken kişi konusunda Amerikan Bölge Mahkemesi’nin bir kararı özellikle ilginçtir. Söz konusu kararda, tahkim yargılamasının taraflarından biri olmayan bankanın tahkim prosedürü ile ilgili usûlüne uygun bir tebligat almamış olmasından dolayı New York Sözleşmesi’nin V(1)(b) maddesi uyarınca tenfiz talebi reddedilmiştir. Tahkim yargılamasına konu olan olayda bir banka, chartererin gemi malikine karşı ileri süreceği talepler karşısında teminat vermeyi kabul etmiştir. Tahkim yargılaması charterer lehine sonuçlandığı takdirde kararda hükmedilen miktar banka tarafından ödenecektir. Ancak, Madrid’de yürütülen tahkim yargılaması ile ilgili olarak bankaya hiçbir tebligat yapılmamıştır.

¹⁵³ Alman İstinaf Mahkemesi’nin 16 Mart 2000 tarihli *Russian Seller v. German Buyer* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 445-450. Karar için ayrıca bkz. Van den Berg, “**New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement**”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Yıl: 2007, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 22.

¹⁵⁴ Scherer, s. 298.

Tahkim yargılaması çarterer lehine sonuçlanmış ve çarterer kararın tenfiz edilmesini istediğinde Amerikan mahkemesi, bankanın tahkim prosedüründen ancak tahkim yargılaması sona erdikten sonra haberdar edildiği gerekçesiyle tenfiz talebini reddetmiştir¹⁵⁵. Bu karar, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesince korunan kişinin “aleyhine hakem hükmü öne sürülen kişi” olduğunu ve bu kişinin bazen tahkim yargılamasının taraflarından biri olmayabileceğini göstermektedir¹⁵⁶.

§2. İDDİA VE SAVUNMA VASİTALARINI İLERİ SÜREBİLME HAKKI

A. Hakkın İçeriği ve Konusu

İddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkı¹⁵⁷, hem taraflarca iddiaların ortaya konulmasını, hem de diğer tarafın iddialarına ilişkin savunmaların ortaya konabilmesini kapsar¹⁵⁸ ve hakem tayini ile tahkim yargılamasından haberdar edilme hakkının gereğinin tam olarak yapılmasıyla yeterli şekilde kullanılabilir hale gelir. İddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkı, iddia ve savunma hakkının özünü oluşturmaktadır.¹⁵⁹ Yapılan iddia ve savunmaların davanın neticesini etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın bu hakka riayet edilmelidir¹⁶⁰.

Tahkim yargılamasında bu hakka riayet edildiğinden bahsedilebilmesi için, karardan önce taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı olan vakıaları bildirmeleri, bunların doğruluğunu açıklayabilmeleri, delillerini sunabilmeleri, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıa ve deliller hakkında karşı beyanda bulunabilmeleri ve diğer tarafın

¹⁵⁵ Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 28 Aralık 1989 tarihli *Sesostis, S.A.E. v. Transportes Navales S.A.* kararı, **XVI YBCA 1991**, s. 640 – 644. Karar için ayrıca bkz. Van den Berg, “**Refusals of Enforcement**”, s. 21.

¹⁵⁶ Gary B. Born, **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2001, s. 848.

¹⁵⁷ İddia ve savunma hakkı yerine hukuki dinlenilme hakkı ifadesini kullanan yazarların, iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi için açıklama hakkı kavramını kullandığı görülmektedir. Bkz. Aygül, s. 120-121; Özekes, s. 106-108. Biz, açıklama hakkının görüş bildirme hakkı olarak anlaşılması gerektiği, dolayısıyla iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesinin açıklama hakkını da kapsadığı kanaatindeyiz.

¹⁵⁸ Özekes, s. 107-108.

¹⁵⁹ Kaplan, s. 117.

¹⁶⁰ Aygül, s. 121.

elindeki belgelerin ibrazını isteyebilmeleri için imkan tanınmış olması gerekir¹⁶¹. Taraflara, karşı tarafın sunduğu veya hakem heyetinin kendiliğinden elde ettiği tüm delilleri değerlendirme imkanının tanınması önemlidir¹⁶². İddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkı, taraflara hakem kararını etkileyebilecek tüm maddi ve hukuki konular hakkında görüş bildirme imkanının tanınmasını da içerir¹⁶³. Herkes tarafından bilinen olayların (malum, maruf ve meşhur vakıalar) ve basit bilgilerin ispatlanmasına gerek olmasa da bunlar hakkında da görüş bildirme imkanının tanınması gerekir¹⁶⁴. Ayrıca, tartışmalı bir konu olsa da, taraflara hukuki sebeplerini bildirebilme ve hakem heyetinin karara esas alacağı hukuki sebepler konusunda görüş bildirme imkanı da tanınmalıdır¹⁶⁵. Bütün bu imkanların tanındığının söylenebilmesi için taraflara bunun için yeterli süre verilmiş olmalıdır¹⁶⁶.

İddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesinin taraflar için getirilmiş bir yükümlülük değil, bir hak olduğunu da belirtmek gerekir¹⁶⁷. Taraflar bu haklarını diledikleri takdirde kullanırlar¹⁶⁸. Dolayısıyla, iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gereken durum taraflara bu hakkın kullanılması imkanının sunulmamış olmasıdır. Bu imkanın sunulmuş olması karşısında, tarafların bilerek veya kusurlu olarak bunu kullanmamaları halinde ihlalden bahsedilemez¹⁶⁹.

¹⁶¹ Kaplan, s. 117, 119; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 204; Franz T. Schwarz / Christian W. Konrad, **The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria**, Hollanda: Kluwer Law International, 2009, s. 429.

¹⁶² Pekcanitez, **“Hukuki Dinlenilme Hakkı”**, s. 779; Özekes, s. 130.

¹⁶³ Scherer, s. 306.

¹⁶⁴ Özekes, s. 121. Yazar, bu açıklamanın sadece vakıayı belirlemeye yarayacak kadar olması ve onun ötesine geçmemesi gerektiğini, davayla ve uyuşmazlıkla ilgili olmayan yönlerinin görüş bildirme hakkı kapsamında olmayacağını ifade etmiştir.

¹⁶⁵ Aygül, s. 634; Julian D.M. Lew, **“Iura Novit Curia and Due Process”**, Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper No. 72/2010, 2010, s. 12-14.

¹⁶⁶ Karl Heinz Böckstiegel/Stefan Michael Kröll/Patricia Nacimiento, **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 31; Aygül, s. 120, 121.

¹⁶⁷ Pekcanitez, **“Hukuki Dinlenilme Hakkı”**, s. 780; Özekes, s. 149; Aygül, s. 119.

¹⁶⁸ Ancak, taraflardan birinin önceden bu haktan vazgeçmesi geçersizdir. (Pekcanitez, **“Hukuki Dinlenilme Hakkı”**, s. 781; Özekes, s. 149).

¹⁶⁹ Kurkela/Turunen, s. 37; Scherer s. 302; Bayata Canyay, s. 546.

I. İddia ve Savunmaların İleri Sürülmesi

İddia ve savunma hakkının gereği olarak, milletlerarası tahkim yargılamasında taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı olan vakıaları bildirmeleri, bunların doğruluğunu açıklayabilmeleri ve hukuki gerekçelerini sunabilmeleri için imkan tanınmalıdır¹⁷⁰. Vakıaların bildirilmesi ve gerekçelerin sunulması dilekçeler yoluyla sağlanır. Hakemlerce bu imkan verildiği halde taraflardan biri hakkını kullanmamış olabilir. Önemli olan taraflara yeterli imkanın tanınmış olmasıdır.

Bu hak duruşmalara katılma hakkını da içerir¹⁷¹. Tarafların iddia, savunma ve delillerini sözlü olarak hakem heyeti önünde sunabilmeleri, hakemlerin bunları dikkate alacağını garantisi olarak görülmektedir¹⁷². Tahkim yargılamasında gerçek kişiler ve temsilcileri şahsen, tüzel kişiler de yetkili organları vasıtasıyla duruşmalara katılma hakkına sahiptirler¹⁷³.

Taraflara duruşmaya katılma imkanının sağlanması için duruşma gününün taraflara önceden bildirilmesi gerekir. Duruşma gününün bildirilmesi hakem heyetinin sorumluluğundadır ve bu bildirim tarafların katılımını mümkün kılacak bir zamanda yapılmalıdır¹⁷⁴.

Taraflardan birince talep edilmiş olmasına rağmen duruşma yapılmaması kural olarak iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmekte ve tenfiz engeli ile iptal sebebi teşkil etmektedir¹⁷⁵. MTK'nın 11/A maddesine göre de, taraflardan birinin talep etmesi halinde hakemler yargılamanın uygun bir aşamasında duruşma yapar¹⁷⁶. Ancak, taraflarca talep edilmiş olmasına rağmen, hakem heyetinin tarafların dilekçelerini inceledikten sonra duruşma yapılmasına gerek olmadığına karar

¹⁷⁰ Scherer, s. 302.

¹⁷¹ Scherer, s. 302.

¹⁷² Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3512.

¹⁷³ Kaplan, s. 144.

¹⁷⁴ Kaplan, s. 144.

¹⁷⁵ Scherer, s. 302; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3512; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 5 Mayıs 2006 tarihli *Jorf Lasfar Energy Company S.C.A. v. AMCI Export Corporation* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 713-718.

¹⁷⁶ Kalpsüz, s. 87.

verebileceği yönünde de görüşler bulunmaktadır¹⁷⁷. Yine de taraflardan birinin talep etmesi halinde duruşma yapılması hakem heyeti açısından daha tedbirli bir davranış olacaktır¹⁷⁸.

Taraflardan herhangi birinin duruşma yapılması talebinde bulunmaması halinde ise hakemlerin duruşma yapılıp yapılmaması konusunda takdir yetkisine sahip olacağı ifade edilmiştir¹⁷⁹. Bu durumda duruşma yapılmaksızın sadece belgeler üzerinden inceleme yapılabileceği gibi, yargılama duruşmalı bir şekilde de yürütülebilir. Ancak, hakemlerin takdir yetkisi taraflar arasındaki tahkim sözleşmesi, uygulanacak tahkim kuralları ve tahkim yargılamasının tabi olduğu hukukta yer alan düzenlemelerle sınırlıdır¹⁸⁰. Kanaatimizce, taraflar tahkimin belgeler üzerinden yürütüleceği konusunda önceden anlaşmış olsalar dahi, tahkim yargılaması sırasında duruşma yapılmasını gerektiren durumların olduğunun anlaşılması halinde hakemlerin takdir yetkilerini kullanarak duruşma yapılmasına karar verebilecekleri kabul edilmelidir¹⁸¹.

Uygulamada, tarafların duruşmaya bizzat katılamamış olmaları halinde de bu durumu bir tenfiz engeli veya iptal sebebi olarak ileri sürdükleri görülmektedir. Ancak devlet mahkemeleri, duruşmada tarafları temsilen bir temsilcinin yer alabileceği hallerde bu tür itirazları reddetmektedir¹⁸². Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin bir kararında da, tahkim yargılamasının tarafı olan şirketlerden biriyle bağlantısı olan kişinin tahkim yerinde kendisi aleyhine ceza davası açılmış olması nedeniyle, tutuklanma korkusuyla, duruşmaya katılamamış olmasının iddia ve

¹⁷⁷ Bkz. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1 Temmuz 1991 tarihli *U. SpA, U. BV v. Époux G.* kararı, **9 ASA Bulletin 1991**, s. 415-420. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararında, taraflar Görev Belgesi'nde duruşma yapılması konusunda anlaşmış olsalar dahi, iddia ve savunma hakkının tarafların yargı mercii önünde kendilerini sözlü olarak da ifade etmelerini gerektirmediği, bu nedenle hakem heyetinin duruşma yapmadan karar verebileceği ifade edilmiştir.

¹⁷⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3513.

¹⁷⁹ Scherer, s. 302; Domenico Di Pietro/Martin Platte, **Enforcement of International Arbitration Awards**, Cameron May, 2001, s. 156.

¹⁸⁰ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 307; Scherer, s. 303; Di Pietro/Platte, s. 156.

¹⁸¹ Born, böyle bir durumda ne yapılması gerektiğinin açık olmadığını ifade etmektedir. (Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3513).

¹⁸² Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Mart 2006 tarihli kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 342-346; İsviçre İstinaf Mahkemesi'nin 3 Haziran 1971 tarihli *Dutch Seller v. Swiss Buyer* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 309-310.

savunma hakkının ihlal edildiğini göstermediğine hükmedilmiştir. Söz konusu kararda, David Briggs tutuklanma korkusuyla tahkimin görüldüğü Meksika'ya girememiş olsa da iddia ve savunmaların ileri sürülebilmesi için bu kişinin duruşmada fiziksel mevcudiyeti dışında birçok yol olduğu belirtilmektedir. Nitekim, duruşmaya bir avukat veya şirket temsilcisinin gönderilmesinin veya David Briggs'in duruşmaya telefonla katılmasının önünde hiçbir engel yoktur¹⁸³.

Bununla birlikte, Kanada Mahkemesi'nin bir kararı, taraflardan birinin finansal nedenlerle duruşmaya katılamadığının kanıtlanması halinde bu durumun hakem kararının tenfizini engelleyebileceği şeklindedir¹⁸⁴. Aynı şekilde, taraflardan birinin veya önemli bir tanığın hastalık nedeniyle duruşmaya katılamamış olması¹⁸⁵ ve tahkim yerinde tarafların veya temsilcilerinin yaşam veya güvenlikleri açısından tehdit teşkil eden bir durum olması¹⁸⁶ da tenfizi engelleyebilecek sebepler arasında görülebilmektedir.

Duruşma hakkı birden fazla duruşma yapılabileceği veya duruşmaların süresiz olabileceği anlamına gelmez¹⁸⁷. Taraflardan birinin talep sonucunu artırması söz konusuysa başka bir duruşmaya daha hak kazanması gerektiği doktrinde önerilmiştir¹⁸⁸. Scherer'e göre bu desteklenebilecek bir görüş değildir¹⁸⁹. Kanaatimizce de, talep sonucunun yanlış hesaplanmış olması sonucu artırılması yeni bir duruşmaya neden olmamalıdır. Zira, yeni bir duruşma yapılması yargılamanın

¹⁸³ Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 26 Kasım 2003 tarihli *Consortio Rive, S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun, Inc. v. David Briggs Enterprises, Inc.* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 1160 – 1171. Aynı yönde bkz. Amerikan Federal Bölge Mahkemesi'nin 23 Ocak 1992 tarihli *National Development Company v. Adnan M. Khashoggi* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 506-510.

¹⁸⁴ Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 23 Mart 2001 tarihli *Grow Biz International Inc. v. D.L.T. Holdings Inc.* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 450-465.

¹⁸⁵ Kröll, s. 474. Bkz. İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin 21 Şubat 2006 ve 8 Mart 2006 tarihli *Ajay Kanoria, eSols Worldwide Limited, and Indekka Software Pvt Limited v. Tony Francis Guinness* kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 943-954.

¹⁸⁶ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3514, dn. 631.

¹⁸⁷ Scherer, s. 303; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3512.

¹⁸⁸ Peter Schlosser, “Anhang zu § 1061: Staatsvertragliche Übereinkommen und Abkommen zur internationalen Schiedsgerichtsbarkeit”, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Ed. Friedrich Stein/Martin Jonas, para. 99 (Scherer, s. 303'ten naklen).

¹⁸⁹ Scherer, s. 303.

süresinin ve masrafların artması anlamına gelir. Yalnızca, talep sonucunun artırılmasının taraflarca daha önce tartışılmamış olan yeni bir talebe dayanması halinde yeni bir duruşma yapılabilir.

Duruşmaların yapıldığı dil konusunda, yukarıda tebligat dili bölümünde yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır. Tarafların tahkim dili konusunda bir anlaşmalarının bulunmaması halinde, duruşmanın taraflardan birinin bilmediği bir dilde yapılması tek başına iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğinin söylenebilmesi için yeterli değildir¹⁹⁰. Zira, tahkim yargılamasında tarafların tahkim dilini bilen bir avukat tarafından temsil edilme veya tercüman yoluyla ilgili belgelerin çevirisini yaptırarak iddia ve savunma haklarını gereği gibi kullanma imkanları bulunmaktadır.

II. Delillerin Sunulması

Tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkına riayet edildiğinden bahsedilebilmesi için, karardan önce taraflara delillerini sunabilmeleri ve karşı tarafın ileri sürdüğü deliller hakkında cevap vermeleri için kendilerine imkan tanınmış olması da gerekir¹⁹¹. Taraflara, karşı tarafın sunduğu veya hakem heyetinin kendiliğinden elde ettiği tüm delilleri değerlendirme imkanının tanınması önemlidir¹⁹².

Milletlerarası tahkimde kanuni delil sistemi geçerli değildir ve taraflar diledikleri her türlü delili iddia ve savunmalarını ispatlamak üzere hakem heyetine sunabilirler. Bununla birlikte, başvuru delillerin belgeler, tanıklar, bilirkişiler ve keşif olmak üzere dört kategoride sınıflandırılabilirdiği görülmektedir¹⁹³.

¹⁹⁰ Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 23 Ekim 2007 tarihli *K v. F AG* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 354-359; İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin 13 Kasım 2009 tarihli *Kastrup Trae-Aluwinduet A/S v. Aluwood Concepts Ltd.* kararı, **XXXV YBCA 2010**, s. 404-406.

¹⁹¹ Lew/Mistelis/Kröll, s. 713, para. 26-88; Schwarz/Konrad, s. 429; Kaplan, s. 117, 119; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 204; Bayata Canyaş, s. 546. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12 Ocak 1989 tarihli *G. SA v. T. Ltd.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 509-514; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 15 Şubat 2010 tarihli kararı, **28 ASA Bulletin 2010**, s. 277-281.

¹⁹² Pekcanitez, **"Hukuki Dinlenilme Hakkı"**, s. 779; Özekes, s. 130.

¹⁹³ Lew/Mistelis/Kröll, s. 564, para. 22-38.

1. Belgeler

Belgeler, ispat konusunda başvuru alan temel ispat aracı olarak tahkim yargılamasında esaslı öneme sahiptir¹⁹⁴. Belge kavramı, senet kavramıyla eşdeğer olmayıp; daha geniş bir anlamda kullanılmaktadır. IBA Kurallarındaki tanım uyarınca, belge, “*kâğıt üzerinde ya da elektronik, işitsel veya görsel ya da başka herhangi bir yolla kaydedilmiş veya muhafaza edilmiş herhangi yazı, iletişim, resim, çizim, veri veya program anlamına gelir.*”¹⁹⁵

İddia ve savunma hakkının bir gereği olarak, belgelerin hakem ile diğer tarafa aynı anda sunulması ve sunulan bu belgelerin birbirlerinden farksız olmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, belgeler diğer tarafa doğrudan veya bazı tahkim kuralları uyarınca hakem heyeti veya tahkim kurumu aracılığıyla dolaylı olarak sunulabilir¹⁹⁶. Belgelerin diğer tarafa dolaylı olarak sunulması iddia ve savunma hakkı açısından herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir¹⁹⁷.

Hakem kendisine sunulan belgelerin, diğer taraflara da aynı şekilde sunulmasını sağlamak konusunda titiz davranmalıdır. Uygulamada, kimi zaman tarafların hakeme sundukları belgelerin bir kısmını karşı tarafa sunmaktan gizlilik gerekçesiyle kaçındıkları görülmektedir. Gerçekten de hakem heyetine sunulan tüm belgelerin karşı tarafa da sunulması, örneğin bir belgenin know-how veya

¹⁹⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 564, para. 22-39; David P. Roney/ Anna K. Müller, “**The Arbitral Procedure**”, International Arbitration in Switzerland, Ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler/Blaise Stüchi, Kluwer Law International, 2004, s. 60; Aygöl, s. 118.

¹⁹⁵ Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları, deliller ile delillerin toplanması usulü ve ibrazı bakımından büyük farklılıklar içeren Ortak hukuk sisteminden gelen taraf vekilleriyle, Kıta Avrupası hukuk sisteminden gelen taraf vekillerini bu konuda ortak bir noktada buluşturmak amacıyla uluslararası yeknesak kurallar oluşturma çalışmalarının bir ürünüdür. Bu kurallar, hem Ortak hukuk hem de Kıta Avrupası hukuk sisteminden gelen hukukçular tarafından hazırlanmıştır ve bu hukuk sistemlerinde yer alan delillerin toplanması ve sunulmasına ilişkin kuralların her iki sistemce de kabul edilebilir olanlarının sentezinden ibarettir. 1983 yılında Milletlerarası Barolar Birliği tarafından hazırlanan IBA Kuralları bugüne kadar iki defa revize edilmiştir. İlk revizyon 1999 yılında, ikinci revizyon ise 2010 yılında gerçekleşmiştir. Sadece delillere ilişkin olan IBA Kuralları tahkimde uygulanan diğer yasal düzenlemelerin veya kurumsal tahkim kurallarının tamamlayıcısı olarak hem ad hoc tahkimde hem de kurumsal tahkimlerde uygulanabilir. Ancak bunun için, IBA Kuralları’nın tahkim usulüne uygulanacak hukuk yanında deliller konusunda uygulanacak kurallar olarak taraflar veya hakem heyetince seçilmesi gerekir. Taraflar aralarında yapacakları anlaşmayla, bu konuda doğrudan bir seçim yapabilecekleri gibi hakemlerin IBA Kuralları’nı uygulamasını öngören tahkim kurallarını seçerek dolaylı bir seçim de yapabilirler. (Aygöl, s. 141-149).

¹⁹⁶ Gaillard/Savage, s. 694, para. 1267. Bkz. UNCITRAL Model Kanunu, m. 24(3).

¹⁹⁷ Gaillard/Savage, s. 694, para. 1267.

fiyatlandırmaya ilişkin bilgi içermesi halinde karşı taraf lehine haksız bir avantaj sağlayabilir¹⁹⁸. Kural olarak, hakemin böyle durumlarda söz konusu belgenin karşı tarafa da sunulup sunulmaması konusunda takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir¹⁹⁹. Ancak bu konuda hakem oldukça titiz ve temkinli davranmalı, bir belgenin karşı tarafa sunulmamasını yalnızca tarafların anlaşması halinde kabul etmelidir. Zira, taraflardan birine diğer tarafın tahkim heyetine delil olarak sunduğu belgelerin sunulmaması, iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir ve verilen hakem kararının iptaline veya tenfiz edilmemesine yol açabilir²⁰⁰. Bunun nedeni karşı tarafın bu belgeye cevap veremeyecek olmasıdır. Tarafların hakem kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi gibi bir sonuçla karşılaşmamak için başvuracakları bir yöntem karşı tarafın bir gizlilik anlaşması imzalamasını sağlamak olabilir. Böyle bir anlaşmanın amacı sunulan belgelerin sadece tahkim için kullanılmasının ve belge asıllarının tahkim sonrasında sahibine geri verilmesinin sağlanması olacaktır²⁰¹.

Hakemlerin tarafları delillerin sunulması konusunda yanlış yönlendirmesi de iddia ve savunma hakkının ihlalini teşkil edecektir. Örneğin, Amerikan İstinaf Mahkemesi bir kararında, yanlış yönlendirme sonucu tahkim yargılamasında birtakım delilleri sunmaktan mahrum bırakılan tarafın iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Karara konu olan tahkim yargılamasında, duruşma öncesi toplantıda başhakem, taraflardan biri olan Avco'ya, çok fazla fatura sunarak hakem heyetini ağır bir yük altına sokmaması tavsiyesinde bulunmuş ve Avco'nun önerdiği şekilde faturalar yerine denetlemeden geçmiş olan alacaklar defterinin delil olarak sunulmasını kabul etmiştir. Hakemlerden biri bu ön duruşmaya katılmamıştır. Bu toplantıdan sonra başhakemin istifa etmesi üzerine başka bir başhakem belirlenmiştir. Duruşmada, duruşma öncesi toplantıya katılmayan hakem Avco'nun delil sunma yöntemini sorgulamış, Avco'nun avukatı ise söz konusu toplantı sırasında eski başhakemle olan görüşmelerini anlatmıştır. Ancak, hakem heyeti

¹⁹⁸ Gaillard/Savage, s. 692-693, para. 1265.

¹⁹⁹ Örneğin ICC Kuralları m. 22(3) uyarınca, “*Herhangi bir tarafın isteği üzerine, hakem kurulu, tahkim yargılamasının gizliliği ile ilgili veya tahkim yargılaması ile bağlantılı diğer her türlü konuda talimat verebilir ve ticari sırların ve gizli bilgilerin korunması için önlemler alabilir.*” İSTAC Kurallarının 21. maddesi de aynı yöndedir.

²⁰⁰ Gaillard/Savage, s. 693, para. 1265.

²⁰¹ Gaillard/Savage, s. 693, para. 1265.

iddiaları destekleyen faturaların sunulmadığı gerekçesiyle Avco'nun talebini reddetmiştir. Amerikan İstinaf Mahkemesi söz konusu tahkim yargılamasında hakemlerin Avco'yu yanlış yönlendirmeleri sonucu Avco'nun iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁰².

2. Tanıklar

Tanıklar konusunda Ortak hukuk ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yer alan mahkemelerin yargılama usûllerinde farklı yaklaşımlar benimsenmektedir. Ortak hukuk sistemindeki yargılamalarda, taraflar, birbirlerinin tanıklarını vekilleri aracılığıyla duruşma öncesinde sorgulama imkânına sahiptirler. Bu uygulama *deposition* olarak isimlendirilmektedir. Yaygın bir şekilde başvuru bu uygulama sayesinde, taraflar kendi iddia ve savunmalarını karşı tarafın tanıklarının ifadeleri doğrultusunda şekillendirme olanağına sahip olurlar. Ayrıca duruşma aşamasında da tanıklar, tarafların vekilleri tarafından sorgulanırlar. Bu açıdan tanıklar Ortak hukuk sisteminde büyük öneme sahiptir. Kıta Avrupası hukuk sistemindeki yargılamalarda ise tanık ifadelerinden ziyade yazılı deliller tercih edilmekte ve tanık ifadelerine büyük bir önem atfedilmemektedir²⁰³. Bu çerçevede tarafların birbirlerinin tanıklarını vekilleri aracılığıyla doğrudan sorgulama imkânı bulunmamaktadır. Tanıklar, mahkemede, bizzat hâkim tarafından sorgulanırlar²⁰⁴. Ayrıca, Ortak hukuk yargılamasında tarafların bizzat kendilerinin tanık olarak dinlenmesine izin verilmekte, Kıta Avrupası yargılamasında ise genellikle buna izin verilmemektedir²⁰⁵.

²⁰² Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 24 Kasım 1992 tarihli *Iran Aircraft Industries v. Iran Helicopter Support, Renewal Company v. Avco Corporation* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 596 – 606. Karar için ayrıca bkz. Van den Berg, “**Refusals of Enforcement**”, s. 23; Mercangöz, s. 834.

²⁰³ Aygöl, s. 177.

²⁰⁴ Moses, s. 181; Roland Ziade/Charles-Henri Taffin, “**Les temoins dans l'arbitrage international**”, *International Business Law Journal*, Yıl: 2010, Sayı: 2, s. 116-117.

²⁰⁵ Gaillard/Savage, s. 699-700, para. 1280. Alman hukukunda tarafların bizzat kendilerinin tanıklık yapmaları yasaklanmıştır. Fransız hukuku ise bu konuda orta yolu benimsemiştir; bazı özel kurallar çerçevesinde tarafların bizzat kendileri tanıklık yapabilirler. Türk usûl hukukunda da tarafların bizzat kendilerinin tanıklık yapabilmeleri mümkün değildir. Bununla birlikte MTK'ya tâbi bir tahkimde hakem heyeti kendilerine tanınan irade serbestisi çerçevesinde tarafları tanık olarak dinleyebilir. Bu konuda bkz. Gökçe Nazar Uzar, “**Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkametine İlişkin Yaklaşımlar ve Milletlerarası Barolar Birliği (IBA) Kuralları**”, Haluk Konuralp'in Anısına Armağan, Yıl: 2009, Cilt: I, s. 1181.

Milletlerarası tahkimde, tanıkların dinlenmesi konusunda iki sistemi kaynaştıran melez bir yaklaşım izlenmektedir²⁰⁶. Tanıkların tahkim duruşmalarından evvel taraflarca sorgulanmasına, yani Ortak hukuk sistemindeki *deposition* kurumuna, taraflar bu yönde anlaşılmadıkça yer verilmez²⁰⁷. Tanık gösterilecek kişiler konusunda ise milletlerarası tahkimde herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Milletlerarası tahkim yargılamasında tanık kavramı, milli hukuk sistemlerindeki tanık kavramından daha geniştir. Tarafların bizzat kendileri de tanık olarak dinlenebilirler²⁰⁸. Milletlerarası tahkimde, taraflar çoğunlukla tüzel kişi olacakları için, tarafların kendilerinin tanık gösterilmesi, tüzel kişiliğe bağlı temsilcilerin ve çalışanların tanık gösterilmesi biçiminde olacaktır. Bu kişilerin tanık olarak dinlenip dinlenmeyeceği, dinlenecekse hangi usûl çerçevesinde dinleneceği ve ifadesine ne ölçüde değer atfedileceği hususu hakem heyetinin takdirindedir²⁰⁹. Yargıtay da davacının bizzat kendisinin tanık olarak dinlenmesinin savunma hakkını ihlal ettiğini ileri süren davalının iddiasını yerinde bulmamıştır²¹⁰.

Tanıkların dinlenmesi konusunda uygulanacak usûl, taraflar bu konuda anlaşılmadıkça hakem heyetinin takdirindedir²¹¹. Uygulamada hakemin, tanıkların dinlenmesi konusunda, genellikle Kıta Avrupası mahkemelerindeki hâkim kadar aktif bir rol üstlenmediği görülmektedir. Bu açıdan milletlerarası tahkim yargılamasında, Kıta Avrupası'ndaki *inquisitorial* sistemden ziyade Ortak hukuk

²⁰⁶ Moses, s. 181-182.

²⁰⁷ Roney/Müller, s. 62; Moses, s. 180; Uzar, s. 1188.

²⁰⁸ Gaillard/Savage, s. 699-700, para. 1280; Lew/Mistelis/Kröll, s. 571, para. 22-65; Moses, s. 180-181; Ziade/Taffin, s. 119-120; Uzar, s. 1182; Hacıbekiroğlu, s. 24; Aygöl, s. 180. Milletlerarası tahkimde tarafların bizzat kendilerinin de tanıklık yapabileceği konusunda örneğin bkz. IBA Kuralları m. 4(3).

²⁰⁹ Gaillard/Savage, s. 700, para. 1280; Ziade/Taffin, s. 119. Nitekim *Iran-US Claims Tribunal* uygulamasında uyumsuzluğa taraf olmayan üçüncü kişiler tanık olarak dinlenmiş, taraflar ise tanık olarak isimlendirilmeden dinlenmiş, sadece bilgileri alınmıştır. Bu uygulama, bu konuda farklı uygulamalar benimsemiş hukuk sistemlerinden gelen hakemler arasında ortak bir anlayış yaratma çabasının ürünüdür. Bu konuda bkz. Charles Brower, **“Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules”**, International Lawyer, Yıl: 1994, Cilt: 28, s. 49-50.

²¹⁰ Yarg. 19. HD, 9.11.2000 T., 2000/7171 E., 2000/7602 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Bu kararın analizi için ayrıca bkz. Öztekin Gelgel, s. 1145-1149.

²¹¹ Gaillard/Savage, s. 702, para. 1287.

sistemindeki *adversarial* sistemin farklı derecelerde benimsendiği söylenmektedir²¹². Bunun anlamı şudur: Tanıklar asli olarak tanığı gösteren tarafın avukatı tarafından (*direct examination* ile *re-direct examination*) ve karşı tarafın avukatı tarafından (*cross-examination* ve *re-cross examination*) sorguya tâbi tutulurlar. Ancak hakemler, özellikle ifadede bir boşluk gördükleri hallerde istisnai olarak devreye girebilecek ve tanığa soru yöneltebileceklerdir²¹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, özellikle Kıta Avrupası kökenli taraf vekillerinin çapraz sorgu uygulamasına yabancı olması nedeniyle, milletlerarası tahkimde hakemler Ortak hukuk sistemindeki kadar yoğun nitelikli bir çapraz sorgu yapılmasına izin vermeyebilirler²¹⁴. Bu nedenle, milletlerarası tahkim yargılamasında çapraz sorguya bir sınırlama getirilmiş olması her durumda iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görülmemelidir.

Nitekim, Amerikan İstinaf Mahkemesi bir kararında tahkim yargılaması sırasında tanığın çapraz sorgusuna sınırlama getirilmesinin, bu sınırlamadan dolayı tanığa daha fazla soru soramayan tarafın iddia ve savunma hakkını ihlal etmediğine hükmederek hakem kararının tenfizine karar vermiştir. Davaya konu olan tahkim yargılamasında hakemler tanığın çapraz sorgusunu tamamen reddetmemiş, yalnızca sınırlandırmıştır. Çapraz sorguya tabi tutulmak istenen Tony Hinds dava ile ilgisi bulunmayan üçüncü bir kişidir ve çapraz sorguda sorulmak istenen soruya cevap vermesi halinde verdiği yanıtın çalıştığı şirket ve kendisi için olumsuz sonuçları olması ihtimali bulunmaktadır. Ayrıca, hakemler Tony Hinds’e sorulmak istenen sorunun cevabına yazılı deliller vasıtasıyla ulaşmıştır²¹⁵.

Tarafların, tanık olarak gösterdikleri kişilerle tanıklıkları öncesinde görüşüp görüşemeyecekleri noktasında da ulusal hukuklar farklı yaklaşımlar içerisindedir. Ortak hukuk sisteminde tanıkların ifadelerinden evvel taraflarca hazırlanması son

²¹² Gaillard/Savage, s. 702, para. 1287; Moses, s. 181-182. MTK’da da Türk avukatların çapraz sorgu usûlüne alışkın olmamalarına rağmen, milletlerarası uygulama çerçevesinde çapraz sorgu usûlünün kabul edildiği yönünde bkz. Kalpsüz, s. 93.

²¹³ Gaillard/Savage, s. 703, para. 1287; Roney/Müller, s. 63; Moses, s. 182, 184; Ziade/Taffin, s. 126 vd.

²¹⁴ Paolo Michele Patocchi/Ian L. Meakin, “**Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration**”, International Business Law Journal, Yıl: 1996, Sayı: 7, s. 893; Lew/Mistelis/Kröll, s. 574, para. 22-78.

²¹⁵ Amerikan İstinaf Mahkemesi’nin 29 Eylül 1997 tarihli *Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc.* kararı, **XXIII YBCA 1998**, s. 1076-1081.

derece meşru görülmektedir. Buna karşılık Kıta Avrupası sisteminde daha katı bir tutum benimsenmiştir. Öyle ki bazı ulusal hukuklar, tarafların tanıklarla iletişime geçmelerine izin vermemekte ve böyle bir iletişimi etik kuralları ile yasaklamaktadır²¹⁶. Milletlerarası tahkimde, tarafların tanıklarla görüşme yapmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir²¹⁷. Ancak “görüşme” kavramının kapsamının belirlenmesi konusunda sorunlar doğmaktadır. Bu noktada genel olarak kabul edilen yaklaşım uyarınca, görüşme ile tanıkların ifade vermeye hazırlanabileceği belirtilmektedir²¹⁸. Nitekim tahkim kurallarında da bu yönde hükümler yer almaktadır²¹⁹. Böylelikle tarafların vekilleri, dayandıkları vakıaların tanıklar tarafından açıkça ifade edilmesini sağlamaya çalışır. Kastedilen, tanığın yalan veya yanlış yönlendirici bir ifade vermek konusunda yönlendirilmesi değildir²²⁰. Bununla birlikte, hakemin tarafların vekillerinin mensup oldukları hukuk sistemlerini göz önünde bulundurması ve tarafların tanıklarla iletişim kurması konusunda her ikisine de aynı kuralları uygulaması gerekmektedir²²¹.

3. Bilirkişi

Milletlerarası tahkim nezdinde görülen davalar çoğu zaman oldukça teknik konulara ilişkin uyuşmazlıkları içerir. Teknik konulardaki bu uyuşmazlıklar hakkında bilirkişilerin bilgisine başvurulur. Bununla birlikte, yabancı bir hukukun içeriğinin belirlenmesi konusunda bilirkişinin bilgisine başvurulması da mümkündür²²².

²¹⁶ Gaillard/Savage, s. 702, para. 1285. Bununla birlikte Ortak hukuk sistemine dâhil olan ulusal hukuklar da bu konuda yeknesak bir tutum içerisinde değildir. İngiliz hukuku tanıkların hazırlanması konusunda daha temkinli bir yaklaşım içerisindeyken, Amerikan hukukunda taraf vekillerinin tanıkların ifadelerinin sunumuna ve içeriğine ilişkin önerilerde bulunması mümkündür. Bu konuda bkz. Michael Feutrill/Noah Rubins, “**The Preparation of Expert Evidence in International Commercial Arbitration: Practical Aspects**”, International Business Law Journal, Yıl: 2009, Sayı: 3, s. 318-319.

²¹⁷ Lew/Mistel/Kröll, s. 573, para. 22-73.

²¹⁸ Moses, s. 181; Ziade/Taffin, s. 125; Uzar, s. 1183.

²¹⁹ Örneğin bkz. IBA Kuralları m. 4(3).

²²⁰ Moses, s. 181; Feutrill/Rubins, s. 318; Uzar, s. 1183.

²²¹ Gaillard/Savage, s. 702, para. 1285. Ziade/Taffin, bu eşitliğin her halükarda sağlanacağı; zira tarafların vekillerini devlet mahkemeleri nezdindeki yargılamalarda bu konuya ilişkin olarak bağlayan usul hukuku kuralları ile meslek birliği etik kurallarının milletlerarası tahkimde uygulama alanı bulmayacağı görüşündedir. Nitekim Paris Barosu da 26.02.2008’de vermiş olduğu bir kararda, tahkim yargılamalarında taraf vekillerinin tanıkları hazırlamasının önünde bir engel bulunmadığını belirtmiştir. Bu konuda bkz. Ziade/Taffin, s. 125.

²²² Feutrill/Rubins, s. 315; Uzar, s. 1189-1190.

Milletlerarası tahkimde “uzman tanık” (*expert witness*) olarak değerlendirilen bilirkişiler, vakıa tanıklarının aksine, uyuşmazlık konusu vakıalara ilişkin olarak belirli bir uzmanlık alanı hakkındaki bilgilerini hakeme sunarlar. Bu konuda Yargıtay’ın bilirkişilere sıklıkla başvurulmasını teşvik eden bir anlayış içerisinde bulunduğu söylenebilir. Öyle ki Yargıtay bir kararında, tahkimde görülen bir davada talep edilen alacak miktarını, işin mahiyet ile kapsamını ve verilecek kararın ileride oluşacak muhtemel ihtilafları etkileme ihtimalini göz önünde bulundurmuş; tek bir heyetten alınan bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesini doğru bulmamıştır²²³.

Farklı hukuk sistemlerinde bilirkişilik konusunda takip edilen yaklaşımlar arasında ciddi ayrılıklar bulunmaktadır. Ortak hukuk sisteminde, tarafların her biri kendi bilirkişisini seçer ve bilirkişi tarafın uzman tanığı sıfatıyla teknik konuda görüş bildirir. Kıta Avrupası sisteminde ise bilirkişi taraflardan bağımsız olarak mahkeme tarafından atanır²²⁴. Bu geleneksel farklılık, İngiliz hukukundaki reform neticesinde benimsenen yeni usûl kurallarının tek bir bilirkişiye başvuruyu destekleyen yaklaşımı neticesinde bir ölçüde aşılmıştır. Ancak Amerikan hukukunda, tarafların bilirkişi ataması, yaygın usûl olarak kullanılmaya devam etmektedir²²⁵.

Taraflar arasında herhangi bir anlaşmanın bulunmaması halinde bilirkişinin hangi yönteme göre seçileceği konusunda hakemler takdir yetkisine sahiptir. Nitekim tahkim kurallarında çoğu zaman hem hakem heyeti tarafından atanmış bilirkişiden (*tribunal-appointed expert*), hem de taraflarca atanmış bilirkişiden (*party-appointed expert*) bahsedilmektedir²²⁶.

²²³ Yarg. 15. HD, 5.5.2005 T., 2004/7613 E., 2005/2801 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD, 20.11.2001 T., 2001/4352 E., 2001/5322 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

²²⁴ Gaillard/Savage, s. 700, para. 1281; Lew/Mistelis/Kröll, s. 575, para. 22-83; Nuray Ekşi, **“Türkiye’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Antlaşmalara Göre Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerden Delil Temini”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Yıl: 2005-2006, Prof. Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan, s. 130; Uzar, s. 1188; Hacıbekiroğlu, s. 23; Aygül, s. 206. Bununla birlikte Ortak hukuk sistemi mahkeme tarafından atanan bilirkişi kavramına, *civil law* sistemi ise taraflarca atanan bilirkişi kavramına tamamen yabancı değildir. Bu konuda bkz. Barış Toraman, **“Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler”**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 13, Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı, s. 116-117. Örneğin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 293’te düzenlenen uzman görüşü kavramı, kanun tarafından bilirkişiliğin bir türü olarak düzenlenmiş olmasa bile, taraflarca atanan bilirkişi kavramının bir görünümü olarak değerlendirilebilir.

²²⁵ Lew/Mistelis/Kröll, s. 575, para. 22-83. İngiliz hukukundaki bu reforma ilişkin olarak bkz. Toraman, s. 119 vd.

²²⁶ Örneğin bkz. ICC Kuralları m. 25(3) ve 25(4); İSTAC Kuralları m. 29(3); IBA Kuralları m. 5 ve 6.

Bilirkişi ister hakemce ister taraflarca atanmış olsun, her durumda taraflardan bağımsız olarak hareket etmelidir. Zira taraflarca atanmış olan bilirkişinin yükümlülüğü, kendisini atamış olan tarafa değil; hakemlere karşıdır²²⁷. Ayrıca bilirkişi, iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi konusunda hakem gibi özen göstermelidir²²⁸. Bunun gereği olarak, tüm yazışmalar eş zamanlı olarak tüm taraflara iletilmelidir ve taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadığı sürece yapılacak tüm toplantılara taraf temsilcilerinin de katılması imkanı sağlanmalıdır. Aynı şekilde, hakemler ile bilirkişi arasındaki tüm yazışmalar da taraflara iletilmelidir²²⁹. Ancak, Paris İstinaf Mahkemesi 1997 tarihli bir kararında, tahkim yargılamasında bilirkişinin taraflardan biri olmaksızın gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle hakem kararının iptal edilmesi talebini reddetmiştir. İptal talebinin reddedilmesinin sebebi, bu işlemlere katılamayan tarafın bilirkişilerin ulaştığı sonuçlara daha sonra itiraz etme imkanının olmasıdır²³⁰. Mayer'e göre, İstinaf Mahkemesi'nin bu kararı doğru bir karar değildir. Zira, bilirkişinin ulaştığı sonuçlara daha sonra itiraz etme olanağının olması, ilgili tarafın iddialarını karşı taraf kadar güçlü bir şekilde ortaya koyabilmesi için yeterli değildir²³¹.

Yine iddia ve savunma hakkının gereği olarak, bilirkişinin oluşturacağı rapor, taraflara ve hakem heyetine sunulur. Taraflar bilirkişinin raporu hakkında görüş bildirebilir ve raporun esas aldığı belgeleri, numune örneklerini yahut diğer bilgileri değerlendirebilir²³². Ayrıca, gerekli görülen hallerde bilirkişi duruşmada da hazır bulunmalı ve kendisine yöneltilen soruları cevaplamalıdır²³³. MTK'nın 12/A maddesinde de, aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan birinin talebi veya hakemlerin

²²⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 579, para. 22-92.

²²⁸ Gaillard/Savage, s. 705, para. 1293.

²²⁹ Gaillard/Savage, s. 705, para. 1293.

²³⁰ Paris İstinaf Mahkemesi'nin 6 Şubat 1997 tarihli *Société Carter v. Société Alsthom et AGF* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1997, Sayı: 4, s. 556-559.

²³¹ Pierre Mayer, “**Note-Cour d'appel de Paris (1re Ch. C) 6 février 1997**”, *Revue de l'Arbitrage*, Yıl: 1997, Sayı: 4, s. 560-568.

²³² Gaillard/Savage, s. 705, para. 1294; Lew/Mistelis/Kröll, s. 713, para. 26-88; Moses, s. 186-187.

²³³ Gaillard/Savage, s. 705, para. 1294; Moses, s. 186-187. ICC Kuralları m. 25(4) uyarınca “(...) Taraflardan birinin isteği üzerine, taraflara, bu tür herhangi bir bilirkişiyi duruşmaların birinde sorgulama imkânı verilir.” İSTAC Kuralları m. 29(3)'e göre de “*Duruşmada Tek Hakem veya Hakem Kurulu veya taraflar, bilirkişi veya uzmanlara doğrudan soru sorabilirler.*”

gerekli görmesi üzerine bilirkişilerin yazılı veya sözlü raporlarını vermelerinden sonra çağrıldıkları duruşmaya katılacakları ve bu duruşmada tarafların bilirkişilere soru sorabilecekleri belirtilmektedir.

4. Keşif

Hakem, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadığı müddetçe, gerekli gördüğü durumlarda her türlü sahanın, mülkün veya numunenin bizzat kendisi tarafından yahut bilirkişi tarafından incelenmesine karar verebilir²³⁴. Özellikle inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda bu delil yöntemine sıklıkla başvurulmaktadır.

Keşif kurumu, çeşitli tahkim kanun ve kurallarında da düzenlenmiştir²³⁵. İddia ve savunma hakkının gereği olarak, keşifteki inceleme her iki tarafa da açık olmalıdır²³⁶. Tarafların ve vekillerinin keşif esnasında hazır bulunabilmesi için, keşif yerinin ve zamanının taraflara önceden bildirilmesi gerekmektedir²³⁷.

III. Belge İbrazi Talebinde Bulunma Hakkı

Milletlerarası tahkim hukukunda belgenin sunulması ile ibrazı arasında bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu ayırma göre, tarafların ellerinde bulunan belgeleri kendi iddialarını ispatlamak için delil olarak kullanmaları belgenin sunulması, diğer tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunan belgelerin bu belgeyi elinde bulundurmeyen tarafça veya hakemlerce talep edilmesi nedeniyle verilmesi ise belgenin ibrazı olarak ifade edilmektedir²³⁸. Bu çalışmada, bu ayırımın altında yatan

²³⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 579, para. 22-93; Roney/Müller, s. 65; Uzar, s. 1188. Bkz. MTK m. 12/A/I.

²³⁵ Örneğin bkz. MTK m. 12/A; İSTAC Kuralları m. 29(4).

²³⁶ Aygöl, s. 254.

²³⁷ Lew/Mistelis/Kröll, s. 579, para. 22-93.

²³⁸ Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 6. Türk medeni usûl hukuku doktrini ve Yargıtay kararlarında genellikle belgelerin sunulması ve ibrazı arasında bir ayırım yapılmamakta, hem tarafların kendi iddialarını ispatlamak için mahkemeye sundukları belgeler, hem de davanın diğer tarafının elindeki bir belgenin mahkemenin emri üzerine sunulması için belge ibrazı ifadesi kullanılmaktadır. Milletlerarası tahkim hukukunda da bu iki ifade arasında bir ayırım yapmayan yazarlar olmakla birlikte, *Gökyayla* böyle bir ayırımın yapılması gerektiği görüşündedir. Bu görüşe göre, Türk mahkemeleri önündeki yargılamadan farklı olarak tahkim yargılamasında diğer tarafın talebi üzerine verilen belgeler hakem heyetine sunulmamakta ve ancak belgeleri alan tarafın bunları kullanmaya karar vermesi halinde yargılamaya dahil olabilmektedir. Bu da tarafların kendi iddialarını ispatlamak için hakemlere sundukları belgelerle tarafların birbirlerinden kendilerine vermesini istedikleri belgeler arasında terminoloji açısından farklılık olması gerektiğini göstermektedir. Ayrıca IBA Kuralları'nın hem

mülâhazalar gözetilerek, belge ibrazı ifadesinin belgenin sunulmasından farklı şekilde kullanılması tercih edilmiştir.

Milletlerarası tahkimde diğer tarafı elindeki belgeyi ibraz etmeye zorlama hakkının hukuki temellerinden biri iddia ve savunma hakkıdır. Zira, iddia ve savunma hakkı, tarafların ispat yüklerini yerine getirebilmek için her türlü imkana sahip olmalarını gerektirmekte, dolayısıyla diğer tarafın elindeki belgelerin ibrazını isteme hakkını da içermektedir. Böylece hakem, tarafların iddia ve savunmalarıyla ilgili bütün belgeleri görebilecek, taraflar arasında silahların eşitliği de sağlanarak iddia ve savunma hakkının gereği yerine getirilebilecektir²³⁹. Bu yönüyle diğer tarafı elindeki belgeyi ibraz etmeye zorlama hakkı, hem taraflarca iddiaların ortaya konulmasını, hem de diğer tarafın iddialarına ilişkin savunmaların ortaya konabilmesini kapsayan iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkı içinde yer almaktadır.

İspat yükünü taşıyan tarafın iddiasını ispatlayabilmek için ihtiyaç duyduğu delillere ulaşmasının sağlanmasını amaçlayan belge ibrazı isteminin hakemlerce reddedilmesi halinde, ibraz istemi reddedilen taraf iddia ve savunma hakkı ihlal edildiği için hakem kararının iptalini isteyebilir veya bu durumu bir tenfiz engeli olarak ileri sürebilir²⁴⁰. Ancak, hakem kararının bu nedenle iptal edilebilmesi veya tenfizinin reddedilebilmesi için öncelikle hakemlerin belge ibrazı isteminin reddine yönelik kararı hukuka aykırı olmalıdır. IBA Kuralları'nda hakemlerin belge ibrazı istemini reddedebileceği durumlara ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, ibraz isteminin reddedilebileceği durumlardan birinin varlığı halinde hakemlerin ibraz isteminin reddine ilişkin kararı hukuka aykırı olmayacak ve hakem kararı bu sebeple iptal edilemeyecek veya tenfizi reddedilemeyecektir²⁴¹.

İngilizce metninde hem de Türkçe tercümesinde bu ayrım yapılmaktadır (submission/production-sunulması/ibrazı). Bkz. Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 6-7, dn. 7.

²³⁹ Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 17-18.

²⁴⁰ Gabrielle Kaufmann-Kohler/Philippe Bärtsch, “**Discovery in International Arbitration: how much is too much?**”, German Arbitration Journal, 2004, s. 17; Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 242.

²⁴¹ Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 242.

İbraz isteminin reddedilebileceği haller IBA Kuralları'nın 3(7) ve 9(2) maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre ibraz isteminin reddine neden olabilecek sebepler şu şekilde listelenebilir: Talepte bulunan tarafın ispat etmek istediği hususların davayla ilgili ve davanın sonucuna etki edebilecek nitelikte olmaması, madde 3(3)'te yer alan koşulların yerine getirilmediğine kanaat verilmesi²⁴², hakem heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre bir hukuki engel veya imtiyaz olması, ibrazı talep edilen delilin ibraz edilmesinin makul olmayan ölçüde külfetli olması, ibrazı talep edilen belgenin kayıp veya zayi olduğunun makul bir olasılıkla gösterilmesi, ticari ve teknik gizliliğe ilişkin gerekçeler olması, özel politik veya kurumsal hassasiyetler olması, usul ekonomisi, oranlılık, adalet veya tarafların eşitliği mülahazaları.

Bu haller içinde yer alan, belge ibrazı talebinin reddedilmesini haklı kılan hukuki engel ya da imtiyazlar IBA Kuralları'nın 9(3) maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, avukat veya hukuki danışman ile müvekkil arasındaki bilgilerin korunması amacıyla bazı belgeler ile müzakere ve sulh görüşmelerine dair belge ve sözlü beyanlar²⁴³ tahkimde devre dışı bırakılabilir. Ancak bunun için muafiyetten yararlanacak kimsenin bu hakkından feragat etmemiş olması gerekmektedir.

Hakem kararının iptalinin talep edildiği veya tenfiz engelinin ileri sürüldüğü mahkeme tarafından IBA Kuralları'nın dikkate alınabileceği üç halin bulunduğu da belirtilmesi gerekir. Öncelikle, tahkim yargılamasında ibraz usûlüne IBA Kuralları'nın uygulanması kararlaştırılmışsa mahkeme de kararın IBA Kuralları'na uygun olup olmadığını inceleyecektir. İkinci olarak, tahkim yargılamasında IBA

²⁴² IBA Kuralları'nın 3 (3) maddesine göre;

“Bir İbraz İstemi aşağıdakileri içerir;

(a) (i) Talep edilen her Belgenin o Belgeyi tespiti yeterli olacak derecede tarifi veya

(ii) Var olduklarına inanılması için makul sebepler olan, talep edilen dar ve belirli bir Belge kategorisinin yeterli detayda (konu dâhil) tarifi; Belgeler elektronik ortamda muhafaza edilmişlerse, talep eden Taraf belirli dosyaları, arama terimlerini, ilgili kişileri veya bu Belgelerin verimli ve ekonomik bir şekilde aranması için diğer yolları belirleyebilir veya Hakem Heyeti bu belirlemenin yapılmasına karar verilebilir.

(b) Talep edilen Belgelerin davayla ilgisine ve davanın sonucunu nasıl etkileyeceğine dair açıklamayı, ve

(c) (i) İstenilen Belgelerin talep eden Tarafın elinde, muhafazasında veya idaresinde olmadığına dair beyanı ya da söz konusu Belgelerin talep eden Tarafça ibrazının kendisi için ölçüsüz bir şekilde külfetli olacağı hakkında gerekçeli beyanı, ve

(ii) Talep eden Tarafın, neden istenilen Belgelerin diğer Tarafın elinde, muhafazasında veya idaresinde bulunduğunu varsaydığına dair beyanı.”

²⁴³ Bkz. İkinci Bölüm, §3, A.

Kuralları'nın hakemlerce kılavuz olarak kullanılması kararlaştırılmışsa mahkeme de bu kurallardan kılavuz olarak faydalanabilir. IBA Kuralları'nın mahkeme tarafından dikkate alınabileceği üçüncü ve en önemli hal ise tahkim yargılamasında belge ibrazı usûlü konusunda IBA Kuralları'ndan yararlanılmasına hiçbir şekilde karar verilmemiş olmasıdır. Bu halde dahi Türk mahkemelerinin Medeni Kanun m. 1 (2) çerçevesinde bilimsel içtihat olarak yine IBA Kuralları'ndan yararlanabileceği ve iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediğine bu şekilde karar verilebileceği ifade edilmiştir²⁴⁴.

IBA Kuralları'nın 9(5) maddesine göre, “*Taraflardan birisi, İbraz İstemi ile talep edilen belgeyi, İbraz İstemine süresi içerisinde itiraz etmediği veya Hakem Heyetince ibraz olunmasına karar verildiği hâlde, tatmin edici bir açıklaması olmaksızın ibraz etmezse Hakem Heyeti, bu belgenin söz konusu Tarafın çıkarları aleyhine olduğu sonucuna varabilir*”. Hakem heyetinin bu maddeden hareket ederek ibraz edilmeyen bir belgenin ibraz etmeyen tarafın aleyhine olduğu sonucuna vardığı ve ibraz etmeyen taraf aleyhine bir karar verdiği hallerde, davayı kaybeden tarafın iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle kararın iptalini isteyebileceği veya tenfizine engel olmaya çalışabileceği ifade edilmektedir²⁴⁵.

Bu tür durumlarda iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle hakem kararının iptal edilmesinin veya tenfizinin reddedilmesinin önüne geçmek için hakemler, belge ibrazına ilişkin ara kararlarında, belgeyi ibraz etmeyen tarafın aleyhine sonuç çıkaracaklarını belirtmeli ve belgeyi ibraz etmeyen tarafa bu durumun aleyhine sonuç yaratmaması gerektiğini gösterme veya belgeyi ibraz etme kararı alma hakkı tanınmalıdır. Böylece, ilgili tarafa kendi aleyhine olan delili çürütme imkanı verilmiş olacaktır²⁴⁶. Taraflara bu imkanın sağlanması iddia ve savunma hakkının gereğidir.

²⁴⁴ Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 243.

²⁴⁵ Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 244; Simon Greenberg/Felix Lautenschlager, “**Adverse Inferences in International Arbitral Practice**”, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Ed. Stefan Michael Kröll/Loukas A. Mistelis/Pilar Perales Viscasillas/Vikki M. Rogers, Hollanda: Kluwer Law International, 2011, s. 201.

²⁴⁶ Vera Van Houtte, “**Adverse Inferences in International Arbitration**”, Written Evidence and Discovery in International Arbitration, Ed. Teresa Giovannini/Alexis Mourre, Paris, 2009, s. 208-209; Demir Gökyayla, **Belge İbrazi**, s. 245.

Bununla birlikte, devlet mahkemelerinin, özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin bazı kararları belgeyi ibraz etmeyen tarafın aleyhine karar verildiği hallerde ilgili tarafa yukarıda sözü edilen şekilde bilgi verilmese ve açıklama imkanı tanınmamış olsa dahi iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olmayacağını ifade ederek bu konuyu tartışmalı hale getirmiştir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ocak 2008 tarihli bir kararında hakemlerin davacının sunduğu delillerin yetersiz olduğu konusunda önceden bilgi vermemeleri iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görülmemiştir²⁴⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin başka bir kararında da hakemlerin, ibraz edilmeyen belgenin ibraz etmeyen taraf aleyhine delil teşkil ettiği sonucuna varmalarının (bu durum hakkında önceden ilgili tarafa bilgi verilmemiş ve görüş bildirme imkanı tanınmamış olsa dahi) iddia ve savunma hakkını ihlal etmediğine; böyle bir kararın hakemlerin kendilerine sunulan deliller çerçevesinde karar verme yükümlülüklerine uygun olduğuna hükmedilmiştir²⁴⁸.

IV. Cevap Hakkı²⁴⁹

Tarafların karşı tarafça sunulan deliller ve ileri sürülen gerekçeler hakkında bilgilendirilmesi ve bunlara cevap verme konusunda yeterli imkana sahip olmaları iddia ve savunma hakkının bir gereğidir. Cevap hakkının kullanılması imkanının sağlanmamış olması kural olarak hakem kararı için bir tenfiz engeli ve iptal sebebi oluşturur²⁵⁰. Örneğin, karışık bir uyuşmazlığa ilişkin bir yargılamada, davacının çok

²⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ocak 2008 tarihli *X. SA v. Y. Inc.* kararı, **26 ASA Bulletin 2008**, s. 543-548.

²⁴⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28 Mart 2007 tarihli *X. GmbH (Almanya) v. A. (İran/İsviçre)* kararı, **25 ASA Bulletin 2007**, s. 610-617.

²⁴⁹ Scherer bu konuyu “*Görüş Bildirme Hakkı*” başlığı altında, Born ise “*Cevap Hakkı*” başlığı altında ele almaktadır. Bkz. Scherer, s. 306; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3517. Tarafların birbirlerine karşı ileri sürdüğü iddia ve delillere cevap verilmesinin, taraflarca ileri sürülmemeyen, ancak hakem heyetince tespit edilen delil ve hukuki sebepler hakkında taraflara görüş bildirme imkanı verilmesinden ayrı bir başlık altında incelenmesinin sistematik açıdan daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle, bu çalışmada Born'un sistematığı izlenerek “Cevap Hakkı”nın ayrı bir başlık altında ele alınması tercih edilmiştir.

²⁵⁰ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3515. Örneğin, Hollanda İstinaf Mahkemesi bir kararında, duruşmadan sonra sunulan yeni delillere cevap verme imkanı tanınmayan tarafın iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Hollanda İstinaf Mahkemesi'nin 28 Nisan 1998 tarihli *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV* kararı, **XXIII YBCA 1998**, s. 731-734.

teknik ve hesaplama gerektiren iddialarına karşılık davalının sadece sözlü biçimde cevap vermeye zorlanmasını iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirmek gerekir²⁵¹.

Kaplan, taraflara iddia ve savunma hakkının sağlanmasında eşitlik ilkesinin de gözetilmesi gerektiğinden, davacıya bir cevap hakkı tanınması halinde davalıya da yeni bir cevap hakkının verilmemiş olmasının iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmekte ve bu konuda İsviçre Mahkemesi'nin bir kararını örnek olarak göstermektedir²⁵². İsviçre Basel Mahkemesi'nin söz konusu kararında, davacının hakem heyetine sunmuş olduğu replik dilekçesine karşılık olarak, davalı tarafa düplik dilekçesi sunma, dolayısıyla cevap verme imkanının tanınmaması hakem kararının tenfizine engel olmuştur²⁵³.

Kanaatimizce bu karardan yola çıkarak genel bir yargıya varmak isabetli değildir. Zira, “taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi” başlığı altında anlatılacağı üzere²⁵⁴ tahkim yargılamasında gözetilmesi gereken eşitlik matematiksel bir eşitlik değildir ve taraflara ne şekilde eşit muamelede bulunulabileceğine somut olayın şartlarını dikkate alarak hakemler karar vereceklerdir. Taraflara tanınan cevap hakkının sayısal olarak eşit olmaması her durumda iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez. Önemli olan, hakemlerce karara esas alınan konularda tarafların cevap verme imkanına sahip olmalarıdır. Bu imkanın sağlanabilmesi için tek bir yol yoktur. Tahkim yargılamasını yürütmenin birçok yolu vardır²⁵⁵.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin bir kararı bu konuda güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu kararda, duruşmadan üç gün önce davacının sunduğu yeni belgeler karşısında davalıya cevap hakkı tanınmamış olması iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görülmemiştir. Kararda, her ne kadar duruşmadan üç gün önce yeni belgeler

²⁵¹ Kaplan, s. 139.

²⁵² Kaplan, s. 140.

²⁵³ Basel Mahkemesi'nin 11.3.1971 tarihli kararı, **BJM**, 1971, s. 95.

²⁵⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 4.

²⁵⁵ René David, **L'Arbitrage dans le Commerce International**, Paris: Economica, 1982, s. 400; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12 Ocak 1989 tarihli *G. SA v. T. Ltd.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 509-514.

sunulmuş olsa da bu belgelerin hakemlerce karara esas alınmadığı, ayrıca bu belgelerin yeni argümanlar içerdiğinin de davalı tarafından kanıtlanmadığı vurgulanmıştır²⁵⁶.

İhtiyati tedbir kararı alınırken, tedbir talebi karşısında diğer tarafın cevabının alınmamış olması ise iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görülmemelidir²⁵⁷. Zira, tedbir talebi karşısında diğer tarafın cevap vermesinin beklenmesi tedbir kararıyla sağlanacak korumanın aciliyetiyle bağdaşmaz.

Birçok milli hukuk sisteminde, taraflar arasında bir anlaşma olmadıkça, hangi tarafın son söze sahip olacağına da somut olayın şartlarını dikkate alarak hakemler karar vermektedir²⁵⁸.

V. Görüş Bildirme Hakkı

Milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkı taraflara, taraflarca ileri sürülmemekle birlikte hakemler tarafından tespit edilen ve hakem kararını etkileyebilecek tüm vakıa, delil ve hukuki sebepler hakkında görüş bildirme imkanının tanınmasını da içerir²⁵⁹. Bu kapsamda, hakemler uzmanlık bilgileri ile ulaştıkları sonuçları da, bir karara varmadan önce taraflara bildirmeli ve onların bu sonuçlara ilişkin görüşlerini almalıdırlar²⁶⁰. Hakemler kararlarını tarafların yorumda bulunma imkanı bulamadığı delillere ve hukuki sebeplere dayandıramaz²⁶¹. Bunların tarafların görüşleri alınmadan karara esas alınmaları halinde “*sürpriz karar*” ortaya çıkacak ve iddia ve savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır²⁶². Bundan çıkarılacak bir sonuç da, taraflara hakem kararı üzerinde etkili olmayan vakıa, delil ve hukuki sebepler hakkında görüş bildirme imkanının tanınmamış olmasının iddia ve savunma hakkını ihlal etmeyeceğidir.

²⁵⁶ Alman İstinaf Mahkemesi’nin 28 Kasım 2008 tarihli kararı, **XXXIV YBCA 2009**, s. 536-544.

²⁵⁷ Kaplan, s. 141.

²⁵⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3517.

²⁵⁹ Scherer, s. 306.

²⁶⁰ Kaplan, s. 142.

²⁶¹ Schwarz/Konrad, s. 430; Aygöl, s. 121; Kaplan, s. 144.

²⁶² Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3517-3519.

Türk hukukunda sürpriz karar yasağı HMK'nın 27. maddesinin gerekçesinde şu şekilde ortaya konmaktadır: *“Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum “sürpriz karar yasağı” olarak da ifade edilmektedir.”* Özkes'e göre, yargılamadaki tartışmaların tamamen dışında bir karar verilmesi halinde sürpriz bir karar verilmiş olacaktır. Hakimin hukuki tartışma yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülük gereğince kararın hukuki dayanaklarını taraflara bildirmesi ve tarafların görüşlerini alması gerekir²⁶³. Bununla birlikte, hakimin hukuki tartışma yükümlülüğünün sınırlarının iyi çizilmesi, bu konuda oldukça titiz davranılması gerekir. Bu yükümlülük hakimin her hukuki ayrıntıyı taraflarla tartışacağı ve tarafları kararın verilmesi sürecine ortak edeceği anlamına gelmemelidir. Bu çerçevede, tarafların bilmedikleri ve öngöremedikleri, öngörmelerini beklemenin de makul sayılmayacağı ve karara esas teşkil edecek delil ve hukuki sebeplerin hakimin tartışma yükümlülüğünün sınırlarını oluşturduğu ifade edilmiştir²⁶⁴.

Sürpriz karar yasağı ve hakimin tartışma yükümlülüğünün sınırlarına ilişkin bu açıklamalar milletlerarası tahkim yargılamasında da geçerlidir²⁶⁵. Milletlerarası tahkimde sürpriz karar yasağı aşağıdaki alt başlıklar altında detaylı bir şekilde incelenecektir.

1. Hakemlerce Tespit Edilen Deliller Hakkında Görüş Bildirme Hakkı

Milletlerarası tahkimde tarafların, kendilerince ileri sürülmeyen ancak hakemlerce tespit edilen vakıa ve deliller hakkında, bu vakıa ve deliller hakem kararını etkileyebilecek nitelikteyse, görüş bildirme hakkı bulunmaktadır.

Milletlerarası tahkimde delillerin hakemlerce tespit edilmesi, genellikle hakem heyeti tarafından bir bilirkişi atanmış olması halinde söz konusu olmaktadır. Taraflar arasında herhangi bir anlaşmanın bulunmaması halinde bilirkişinin hangi yöntemle göre seçileceği konusunda hakemler takdir yetkisine sahiptir. Nitekim tahkim

²⁶³ Özkes, s. 188.

²⁶⁴ Özkes, s. 188-190.

²⁶⁵ Scherer, s. 307-308; Born, *International Commercial Arbitration*, s. 3517-3519.

kurallarında çoğu zaman hem hakem heyeti tarafından atanmış bilirkişiden (*tribunal-appointed expert*), hem de taraflarca atanmış bilirkişiden (*party-appointed expert*) bahsedilmektedir²⁶⁶. Tahkim yargılamasında bilirkişinin hakem tarafından atanması pratikte oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bu tür durumlarda da, iddia ve savunma hakkının gereği olarak, bilirkişinin oluşturacağı rapor, taraflara ve hakem heyetine sunulmalı, taraflara bilirkişinin raporu hakkında görüş bildirme ve raporun esas aldığı belgeleri, numune örneklerini yahut diğer bilgileri değerlendirme imkanı tanınmalıdır²⁶⁷. Ayrıca, gerekli görülen hallerde bilirkişi duruşmada da hazır bulunmalı ve kendisine yöneltilen soruları cevaplamalıdır²⁶⁸.

Hong Kong Yüksek Mahkemesi önündeki bir davada CIETAC Tahkim Kurallarına tabi olarak verilen bir hakem kararı, Hong Kong'ta tenfiz edilmek istenmiştir. Söz konusu tahkim yargılamasında davalıya, hakem heyetince atanan bilirkişi tarafından hazırlanan ve hakem heyetinin kararına esas teşkil eden raporlar hakkında görüş bildirme imkanı tanınmamıştır. Bilirkişi raporlarının verilmesinden çok kısa bir süre sonra hakem heyeti kararını vermiştir. Hong Kong Mahkemesi, davalının hakem heyeti tarafından atanan bilirkişinin raporları hakkında görüş bildireceğine dair haklı bir beklenti içinde olduğunu ve kendisine bu fırsat verilmediği için de iddia ve savunmalarını tam olarak sunamadığını belirterek kararın tenfizini reddetmiştir. Mahkeme, hakem heyetinin kararını bilirkişinin hazırladığı değerlendirme raporuna dayandırdığı bir durumda davalıya; savunma, bilirkişi raporlarına itiraz etme, bu delilleri reddedip mahkemeye yeni delil sunma haklarının tanınmamasını iddia ve müdafaa vasıtalarının ikame edilememesi olarak değerlendirmiş ve hakem kararının tenfizini reddetmiştir²⁶⁹.

²⁶⁶ Örneğin bkz. ICC Kuralları m. 25(3) ve 25(4); İSTAC Kuralları m. 29(3); IBA Kuralları m. 5 ve 6.

²⁶⁷ Gaillard/Savage, s. 705, para. 1294; Lew/Mistelis/Kröll, s. 713, para. 26-88; Moses, s. 186-187.

²⁶⁸ Gaillard/Savage, s. 705, para. 1294; Moses, s. 186-187. ICC Kuralları m. 25(4) uyarınca “(...) Taraflardan birinin isteği üzerine, taraflara, bu tür herhangi bir bilirkişiyi duruşmaların birinde sorgulama imkânı verilir.” İSTAC Kuralları m. 29(3)'e göre de, “Duruşmada, Tek Hakem veya Hakem Kurulu veya taraflar, bilirkişi veya uzmanlara doğrudan soru sorabilirler.”

²⁶⁹ Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin 15 Ocak 1993 tarihli *Paklito Investment Limited v. Klockner East Asia Limited* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 664-674. Karar için ayrıca bkz. Van den Berg, “**Refusals of Enforcement**”, s. 23.

Benzer şekilde, CIETAC Tahkim Kurallarına tabi *Apex Tech Investment Limited* davasında, hakem heyeti, belirli bir hususta Guangdong Bölgesi Devlet Tapu Dairesi'nin bilirkişi görüşünü almış ve kararını bu görüşe dayandırmıştır. Davalı, hakem heyetinin Tapu Dairesi'ne danıştığının kendisine bildirilmediğini ve gerekirse Tapu Dairesi'nin görüşünü çürütecek yeni deliller sunmasına fırsat verilmediğini ileri sürerek bu kararın Hong Kong'da tenfiz edilmesine karşı çıkmıştır. Hong Kong İstinaf Mahkemesi, hakem heyetinin konuya ilişkin kendi tahkikatını tamamlamasının ardından davalıya savunma yapma fırsatı verilmemesini gerekçe göstererek kararın tenfizini reddetmiştir. Mahkeme, “*eğer Davalıya ek savunma hakkı verilseydi, bu durum tahkim yargılaması sonunda verilecek kararı etkileyebilirdi*” şeklinde görüş belirterek kararın tenfizini reddetmiştir²⁷⁰.

2. Hakemlerce Karara Esas Alınacak Hukuki Sebepler Hakkında Görüş Bildirme Hakkı

Devlet yargısında ve tahkim yargılamasında hukuki sebeplerin iddia ve savunma hakkı kapsamında olup olmadığı konusunda tartışmalar bulunmakla birlikte, bugün iddia ve savunma hakkının hukuki sebepleri de kapsadığı konusunda tereddüt edilmemelidir²⁷¹.

Hukuki sebepler, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk kaynaklarıdır. Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olan Almanya, İsviçre, İsveç ve Finlandiya gibi ülkelerde devlet yargısında “*iura novit curia*”, yani “*hakim kanunları kendiliğinden uygular*” ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke gereğince mahkemeler uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun içeriğinin belirlenmesinde tarafların ileri sürdükleri hukuki sebeplerden bağımsız olarak kendi araştırmalarını yapabilir ve bu araştırmalar doğrultusunda karar verebilirler. İngiltere gibi Ortak hukuk sistemine dahil olan ülkelerde ise devlet yargısında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk, “hukuk”tan

²⁷⁰ Hong Kong İstinaf Mahkemesi'nin 15 Mart 1996 tarihli *Apex Tech Investment Ltd. v. Chuang's Development Ltd.* kararı (<http://www.newyorkconvention1958.org>). Ayrıca bkz. İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 739-752.

²⁷¹ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 776-777; Özekes, s. 131; Aygöl, s. 121; Christian P. Alberti, “**Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?**”, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Ed. Stefan Michael Kröll/Loukas A. Mistelis/Pilar Perales Viscasillas/Vikki M. Rogers, Hollanda: Kluwer Law International, 2011, s. 19-24; Lew, s. 12-14.

ziyade “vakıa” olarak görülmekte ve uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve kanıtlanması taraflara bırakılmaktadır. Mahkemeler, tarafların ileri sürdüğü hukuki sebeplerin ötesinde bir araştırma yapmazlar²⁷².

Türk medeni usûl hukukunda da eskiden *iura novit curia* ilkesi gereğince iddia ve savunma hakkının taraflarca hukuki sebeplerin belirtilmesini içermediği kabul edilmekteydi. Ancak, hukuk kurallarını hakimın kendiliğinden uygulaması, kararın hangi hukuki sebeplere dayanılarak verileceği konusunda tarafların görüşlerini açıklayamayacakları anlamına gelmemelidir²⁷³. Aksi takdirde, taraflar karar üzerinde etkili olma imkanından yoksun kalacaklardır. Zira, hukuki sebepler talebin haklılığı konusunda kararı etkilemeye yöneliktir²⁷⁴. Ayrıca, tarafların ileri sürdüğü hukuki sebepler dışındaki bir hukuki sebebe dayanılarak karar verileceğinde bu da taraflara bildirilmeli ve taraflara bu konuda da görüş bildirme imkanı verilmelidir²⁷⁵. Böylece tarafların hakimın düşüncesine alternatif getirme ve muhtemel bir yanlışlığı kanun yoluna başvurmak zorunda kalmadan düzeltme imkanı olacaktır.

Milletlerarası tahkim hukukunda da hukuki sebepler konusunda aynı görüş benimsenmelidir. Tahkim yargılamasında hakemlerce *iura novit curia* ilkesinin uygulandığı hallerde, kaybeden taraf genellikle tahkim yeri mahkemelerinde hakem kararının iptali için dava açmakta ve mahkemeler de genellikle böyle bir durumun iddia ve savunma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal talebini kabul etmektedirler²⁷⁶.

Tarafların ve hakemlerin tamamen farklı hukuk sistemlerinden gelebileceği, dolayısıyla taraf avukatlarının veya hakemlerin uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka tamamen yabancı olmasının mümkün olduğu milletlerarası tahkim yargılamasında karara dayanak olacak hukuki sebeplerin ne şekilde belirleneceği oldukça büyük önem taşımaktadır. Ulusal tahkim kanunları ve kurumsal tahkim

²⁷² Gisela Knuts, “*Jura Novit Curia and the Right to Be Heard-An Analysis of Recent Case Law*”, *Arbitration International*, Yıl: 2012, Cilt: 28, Sayı: 4, s. 671-672.

²⁷³ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 776-777.

²⁷⁴ Özekes, s. 132.

²⁷⁵ Özekes, s. 137, 190-191.

²⁷⁶ Knuts, s. 669-670; Lew, s. 12.

kurallarında hakemlerin iura novit curia ilkesini uygulayıp uygulamayacakları veya nereye kadar uygulayabilecekleri konusunda bir düzenleme yoktur. Bu nedenle bu konu milletlerarası tahkim hukuku doktrininde en çok tartışılan konular arasında yerini almıştır²⁷⁷.

Devlet yargısında olduğu gibi, milletlerarası tahkimde de iura novit curia ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağının hakemlerin geldiği hukuk sistemine bağlı olduğu, Kıta Avrupası hukuk sisteminden gelen hakemlerin bu ilke gereğince hukuku re'sen uygulayacakları, Ortak hukuk sisteminden gelen hakemlerin ise tarafların ileri sürdükleri hukuki sebeplerin dışına çıkamayacakları şeklinde görüşler bulunmaktadır. Ancak, ağırlıklı görüşe göre hakemlerin hangi hukuk sisteminden geldiğinin bir önemi yoktur. Önemli olan hakemlerin devlet mahkemeleri tarafından iptal edilmeyecek veya tenfiz edilebilecek kararlar vermeleridir²⁷⁸. Tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olması da hakem kararının iptal sebeplerinden olduğuna göre, hakemler tarafların iddia ve savunma hakkına riayet ederek, hukuki sebepler konusunda taraflara görüş bildirme imkanı vererek karar vermelidirler.

²⁷⁷ Bu tartışmalar ve görüşler için bkz. The International Law Association Rio de Janeiro Conference Final Report, *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration* (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>); Knuts, s. 669-688; Lew, s. 12-14; Lew/Mistelis/Kröll, s. 441-444; Gabrielle Kaufmann-Kohler, **“The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions”**, 21 Arbitration International 2005, s. 631-638; Matti Kurkela, **“Jura Novit Curia and the Burden of Education in International Arbitration-A Nordic Perspective”**, 21 ASA Bulletin 2003, s. 486-500.

²⁷⁸ Knuts, s. 670-671. Hakemlerin tenfiz edilebilir kararlar verme yükümlülüğünün kaynağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak, bu yükümlülüğün kaynağının ne olduğunun aslında bir önemi yoktur. Zira, bir tahkim anlaşması yapıldığında tarafların arzusunun yargılamanın sonunda tenfiz edilebilir bir karar elde edilmesi olduğu açıktır. Derains ve Schwartz, kararın tenfiz edilebilir olmasının tahkim yargılamasının varlık sebebi olduğunu ifade etmişlerdir. Lew'e göre de, tahkim yargılamasının nihai amacı tenfiz edilebilir bir karar elde edilmesidir. Ayrıca, kurumsal tahkim kurallarının birçoğu, hakemlerin verecekleri kararın tenfiz edilebilir olması ve iptal edilmemesi için ellerinden geleni yapmaları gerektiğini öngörmüştür. Örneğin ICC Kuralları'nın 41. maddesine göre, hakem heyeti kararın hukukten icra edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf etmelidir. LCIA Kuralları'nın 32.2. maddesi de bu yöndeki düzenlemelere bir örnektir. Bunun yanında, Redfern ve Hunter kararın tenfiz edilebilir olmasının hakemler için hukuki bir yükümlülük olmasının yanında, tarafların tahkime ve kişisel olarak hakeme duydukları güven nedeniyle aynı zamanda manevi bir yükümlülük olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, kararın her zaman ve tüm devlet mahkemelerinde tenfiz edilebilir olması gerekmez. Hakemin yükümlülüğü bu konuda elinden gelenin en iyisini yapmakla sınırlıdır. Hakemlerin bunu sağlamak için yapmaları gereken şeylerden biri de tahkim yargılaması sırasında tarafların iddia ve savunma hakkına riayet etmektir. (Martin Platte, **“An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2003, Cilt: 20, Sayı: 3, s. 308, 309, 313).

Milletlerarası tahkimde hakem heyetinin iura novit curia ilkesini uygulayıp uygulamayacağı, son yıllarda birçok mahkeme kararına da konu olmuştur. Bu kararların en önemlileri Şubat 2009 ve Ağustos 2010 tarihlerinde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen iki karar, Quebec Yüksek Mahkemesi'nin Aralık 2008 tarihli, Finlandiya Yüksek Mahkemesi'nin Temmuz 2008 tarihli ve Paris İstinaf Mahkemesi'nin Aralık 2010 tarihli kararlarıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi Şubat 2009 tarihli *Urguijo Goitia v. da Silva Muniz* kararında²⁷⁹, tahkim yargılaması sırasında taraflara hukuki sebepler konusunda görüş bildirme imkanı tanınmadığı için hakem kararını iptal etmiştir. Söz konusu tahkim yargılamasında hakem heyeti kararını İsviçre Hukuku'nun her iki tarafça da ileri sürülmeyen bir hükmüne dayandırmıştır. Mahkeme, hakem heyetinin İsviçre Hukuku'nun bu hükmüne dayanarak karar vereceğinin taraflarca öngörülemeyeceğini vurgulamış ve tarafların ileri sürdükleri hukuki sebeplerin dışında bir hukuki sebebe dayanılacağı zaman tarafların bu konuda bilgilendirilmesi gerektiğini ve taraflara bu konuda görüşlerini bildirme imkanının tanınması gerektiğini vurgulamıştır. Federal Mahkeme'nin hakem kararını iptal etme sebebi tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olmasıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi 3 Ağustos 2010 tarihli *X. SA v Y. SA* kararında²⁸⁰ ise hakem kararının iptali talebini reddetmiştir. Karara konu tahkim yargılamasında hakem, kararını İsviçre hukukunun taraflarca ileri sürülmeyen bir hükmüne dayandırmıştır. Federal Mahkeme bu kararında, taraflara hukuki sebepler konusunda görüş bildirme imkanı verilmesi gereken hallerin, hakem kararının taraflarca ileri sürülmeyen bir hukuki sebebe dayandırılacağı ve tarafların bu hukuki sebebi öngöremeyeceği hallerle sınırlı olduğunu belirtmiştir. Hakem kararının iptalini isteyen tarafın tahkim yargılamasında İsviçreli bir avukat tarafından temsil edilmesi, hakemin karara dayanak olarak kullandığı İsviçre Hukuku hükmünün bu tarafça öngörülebileceği şeklinde yorumlanarak, bu durumda iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceğine hükmedilmiştir.

²⁷⁹ İsviçre Federal Mahkemesi'nin Şubat 2009 tarihli *Urguijo Goitia v. da Silva Muniz* kararı, **27 ASA Bulletin 2009**, s. 495-500. Kararla ilgili yorumlar için ayrıca bkz. Knuts, s. 678-686.

²⁸⁰ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 3 Ağustos 2010 tarihli *X. SA v Y. SA* kararı (www.swissarbitrationdecisions.com/claim-of-violation-of-due-process-denied-no-unforeseen-legal-arg). Kararla ilgili yorumlar için ayrıca bkz. Knuts, s. 678-686.

Quebec Yüksek Mahkemesi Aralık 2008 tarihli *Dreyfus v. Tusculum* kararında²⁸¹ taraflarca ileri sürülmeyen hukuki sebeplere dayanarak, taraflarca talep edilmemiş olan bir hukuki çareye hükmeden bir hakem kararını iptal etmiştir. Uyuşmazlık, sona eren bir adi ortaklık sözleşmesine ve taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali üzerine diğer tarafın devralma opsiyonuna başvurma hakkına ilişkindir. Hakem heyeti, taraflar arasındaki ilişkinin tamamen sona erdiğini tespit etmiş ve adi ortaklığın, adi ortaklık sözleşmesindeki değerlendirme ve devralma hükümlerinin devreye girmesi suretiyle tasfiyesine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme, değerlendirme ve devralma hukuki çarelerine taraflarca hakem heyetine verilen yetkinin dışında, hakem heyetinin neyin adil ve hakkaniyete uygun olduğuna dair kendi bakış açısına dayanılarak, uygunsuz bir biçimde karar verildiğini ve özellikle de iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini ifade etmek suretiyle hakem kararını iptal etmiştir.

Finlandiya Yüksek Mahkemesi'nin Temmuz 2008 tarihli *Werfen Austria v. Polar Electro* kararında²⁸², hakem kararının tarafların ileri sürdükleri hukuki sebepler dışında bir sebebe dayanmadığı belirtilerek, hakem kararının iptali talebi reddedilmiştir.

Paris İstinaf Mahkemesi'nin Aralık 2009 tarihli *Engel Austria GmbH v. Don Trade* kararında²⁸³ ise hakem kararının tarafların ileri sürmediği ve taraflara görüşlerini belirtme imkanı verilmeyen bir hukuki sebebe dayandığı gerekçesiyle hakem kararı iptal edilmiştir.

Bu kararların ortak noktası öngörülebilirlik kavramıdır²⁸⁴. Söz konusu kararların tümünde mahkeme, hakem heyeti tarafından karara dayanak yapılmış olan hukuki sebebin taraflarca öngörülebilir olup olmadığını değerlendirmiştir. Öngörülebilirlik ise her bir somut olayın şartlarına göre değerlendirilmektedir.

²⁸¹ Quebec Yüksek Mahkemesi'nin 8 Aralık 2008 tarihli *Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V.* kararı (www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/TusculumDreyfus1.pdf). Kararla ilgili yorumlar için ayrıca bkz. Lew, s. 13; Knuts, s. 678-686.

²⁸² Finlandiya Yüksek Mahkemesi'nin Temmuz 2008 tarihli *Werfen Austria v. Polar Electro* kararı (www.jurispub.com/Finland-Werfen-Austria-GmbH-v-Polar-Electro-Europe-B-V-Zug-Branch-International-Arbitration.html). Kararla ilgili yorumlar için ayrıca bkz. Knuts, s. 678-686.

²⁸³ Kararla ilgili yorumlar için ayrıca bkz. Knuts, s. 678-686.

²⁸⁴ Knuts, s. 682.

Öngörülebilirlik konusunda dikkate alınması gereken çeşitli kriterler bulunmaktadır. Hakem heyetince dayanak yapılan hukuki sebebin temel hukuk kurallarından olup olmadığı, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun taraflarca açık bir şekilde seçilmiş olup olmadığı, tarafların ve avukatlarının bu hukukla ilişkili olup olmadığı ve hakemlerce karara dayanak yapılan hukuki sebebe benzer kavramların tahkim yargılaması boyunca tartışılıp tartışılmadığı bu kriterler arasında yer almaktadır²⁸⁵.

Sonuç olarak bu kararlar, hakem heyetinin taraflarca ileri sürülmeleyen bir hukuki sebebi esas aldığı ve bu hukuki sebebin taraflarca öngörülebilir olmadığı durumlarda taraflara bu hukuki sebeple ilgili görüşlerini açıklama imkanı verilmesi gerektiğini, iddia ve savunma hakkının hakemlerin geldiği hukuk sisteminden veya tahkim yeri hukukunda iura novit curia ilkesinin benimsenip benimsenmediğinden bağımsız olarak her durumda öncelikle gözetilmesi gerektiğini göstermektedir²⁸⁶.

Hukuki sebepler konusunda taraflara görüş bildirme imkanı verilmesi, sürpriz karar yasağıyla doğrudan ilgilidir. Hakem heyetinin taraflarca ileri sürülmeleyen bir hukuki sebebi karara esas aldığı ve bu hukuki sebebin taraflarca öngörülebilir olmadığı durumlarda taraflara görüş bildirme imkanı verilmemesi aynı zamanda sürpriz kararlara yol açacaktır.

B. İddia ve Savunma Vasıtalarının İleri Sürülmesi Hakkının Sınırları

İddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkı taraflara bir kez bu imkanın tanınmasıyla sona ermez ve bu hakkın kullanılması bakımından belirli bir sayı sınırı konulamaz. Bu imkan, prensip olarak uyuşmazlık taraflar arasında tam olarak tartışılıp aydınlanıncaya kadar, yargılama sürecinin her aşamasında ve gerekli olan her halde, taraflara tanınmalıdır²⁸⁷.

²⁸⁵ Knuts, s. 686.

²⁸⁶ Knuts, s. 686.

²⁸⁷ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 779; Özekes, s. 108-109; Aygöl, s. 122. Olayın aydınlanması, yani maddi gerçeğe ulaşılmış olması halinde, lehine karar verilecek olan tarafın ileri sürdükleri hakkında diğer tarafa tekrar tekrar görüş bildirme imkanının verilmesinin gerekli olmadığı ifade edilmiştir. (Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 779).

Ancak bu hak, taraflara her konunun davada görüşülmesi hakkını vermez. İddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkının sınırlarının belirlenmesi konusunda genel olarak benimsenen görüşe göre, yargılamada ileri sürülmek istenen hususların objektif olarak dava konusu ile ilgili olması ve hükmün temelini oluşturması gerekir²⁸⁸. Hakkın içeriğinin belirlenmesinde sınırı dürüstlük kuralı belirler. İddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkı, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kötüye kullanılamaz²⁸⁹. Örneğin, duruşma disiplininin bozulması, hakemlerin saygınlığının zedelenmesi, karşı tarafın kişilik haklarına saldırılması iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkı kapsamında sayılamaz. Bu tür disiplini bozucu hareketlerde bulunanların dışarı çıkarılması iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmemelidir²⁹⁰. Yargılamayı yöneten hakem heyeti yargılamanın sağlıklı ilerleyebilmesi için gerekli önlemleri alabilir.

İddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkının bazı hallerde taraflarca veya hakemlerce sınırlandırılması da mümkündür. Örneğin, belirli ifade ve beyanların yargılamada ancak belirli aşamalara kadar ileri sürülebileceğine ilişkin olarak tarafların yaptığı anlaşmalar veya bu konuda hakemlerce getirilen sınırlayıcı düzenlemeler, taraflara yeterli ölçüde, serbestçe ve ayrıntılı olarak iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkını kullanma imkanını tanıdıkları takdirde bu hakkın ihlali olarak değerlendirilemezler²⁹¹.

Bu konuda bir başka örnek, yargılamanın hızlandırılması amacıyla hakemlerce getirilen sınırlandırmalardır²⁹². Hakemin amaçlarından biri de yargılamanın hızla bitirilmesini sağlamak olmalıdır. Zira, tarafların devlet yargısı yerine tahkim yargılamasını tercih etme nedenlerinin başında tahkimde uyuşmazlıkların daha kısa sürede sonuçlanabilmesi gelmektedir. Yargılamanın geciktirilmesi veya sürüncemede bırakılmasının engellenerek bu amacın gerçekleştirilebilmesi için önceden beyan edilmiş olan veya karara varılmasında herhangi bir etkisi olmayan unsurların

²⁸⁸ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 776; Özekes, s. 108, 111.

²⁸⁹ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 775-776; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 204.

²⁹⁰ Özekes, bu prensibi devlet yargısı açısından ifade etmiştir. Aynı prensip, tahkim yargılaması için de geçerli olmalıdır. (Özekes, s. 112).

²⁹¹ Kaplan, s. 134.

²⁹² Kaplan, s. 134-135.

hakemlerce devre dışı bırakılmasında bir sakınca olmamalıdır. Hakemlerin bu konuda takdir hakkı olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda, daha önce beyan edilen hususlarla ilgili olduğu takdirde ek olarak sunulan bir dilekçenin reddedilmesi veya sözlü olarak yapılmak istenen savunmaya sınırlama getirilmesi mümkündür. Bu gibi durumlar iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirilmeyecektir. Bununla birlikte, hakem heyeti iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkına maksadı aşan, bu hakkın özünü etkileyecek ve anlamsız kılacak, hakkın kullanılmasına engel oluşturacak ölçüde aşırı sınırlandırmalar getiremez²⁹³.

Hakem heyetinin yargılamadaki pratik yarar nedeniyle, usûle uygun şekilde hareket etmeyen tarafı uyarması ve bu tutumunu usûle uygun olarak değiştirmesi konusunda ikazda bulunması veya açıkça gerekli gördüğünde duruşmayı ertelemesinin de iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir²⁹⁴.

C. Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Vasıtalarının İleri Sürülmesi Hakkının İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı Açısından Değerlendirilmesi

Yeni vakıa ve delillerin tahkim yargılamasının her aşamasında ileri sürülüp sürülemediği, hakemlerin buna izin vermesinin gerekip gerekmediği de iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkı bakımından üzerinde durulması gereken bir konudur. Devlet yargısında yer alan iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı gereğince, davada belli bir aşamadan sonra talep sonucu artırılmamakta, dilekçedeki talep sonucuna yeni bir madde eklenememekte veya yeni vakıalar ileri sürülerek iddia ve savunmalar değiştirilememektedir²⁹⁵. Bunun altında yatan neden, usul ekonomisi ilkesidir.

Bu yasak Türk hukukunda mahkemedeki yargılama için HMK'nın 141. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre tarafların iddia ve savunmalarını serbestçe genişletebilmeleri veya değiştirebilmeleri karşılıklı olarak dilekçelerin

²⁹³ Kaplan, s. 135.

²⁹⁴ Kaplan, s. 135.

²⁹⁵ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul: Demir-Demir Yayınevi, 2001, s. 1692.

verilmesi aşamasının sonuna kadar mümkündür²⁹⁶. İkinci aşama olan ön inceleme aşamasında ise, kural olarak, serbestçe genişletme veya değiştirme mümkün değildir. Ancak, taraflardan biri ön inceleme duruşmasına, meşruhatlı davetiyede yer alan “duruşmaya katılmadığı takdirde diğer tarafın, onun rızası olmadan iddia ve savunmasını genişletebileceği yahut değiştirilebileceği” şeklindeki ihtarla rağmen ve mazeretsiz olarak gelmezse, diğer taraf iddiasını serbestçe genişletebilir veya değiştirebilir. Her iki tarafın da duruşmaya katılması halinde ise, yalnızca karşı tarafın açık rızası ile iddialar genişletilebilir veya değiştirilebilir. Ön inceleme aşamasından sonraki aşamalarda ise karşı tarafın açık muvafakati, tarafta iradi değişiklik, ıslah, davadan feragat veya dava konusunun devri istisnalarından biri söz konusu olmadıkça iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir. Yani, ön inceleme aşamasından sonra yasak tamamen başlar²⁹⁷.

Milletlerarası tahkim yargılamasında ise iddia ve savunmaların özetlerinin ve talep sonucunun yer aldığı görev belgesi²⁹⁸ düzenlendikten sonra tarafların burada belirtilen vakıalar dışında yeni vakıalar ileri sürüp süremeyecekleri veya yeni taleplerde bulunup bulunamayacakları, usûl hukukunda kabul edilen iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi

²⁹⁶ Türk hukukunda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı mülga HUMK’un 185 (2). maddesinde yer almıştır. Bu maddeye göre bu yasak, prensip olarak dava dilekçesinin esas defterine kaydı ile başlar. Esas defterine kaydedilmiş olan dava dilekçesi henüz davalıya tebliğ edilmemiş olsa bile, davacı, davalının rızası olmaksızın davayı genişletemez ve değiştiremez. (Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 1692). HMK’nın 141. maddesinde ise tarafların karşılıklı olarak dilekçelerin verilmesi aşamasının sonuna kadar serbestçe iddia ve savunmalarını genişletebilecekleri veya değiştirebilecekleri öngörülmüştür. Madde metni şu şekildedir: “1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. 2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.”

²⁹⁷ Cemil Kaya/Recep Akcan, **Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2009, Cilt LXVII, Sayı 1-2, s. 130-131.

²⁹⁸ Görev belgesi kavramı, ICC tahkimi uygulamasında gelişmiş olan bir kavramdır. ICC tahkiminde başarılı bir şekilde kullanılması, görev belgesi kavramının diğer kurumsal tahkim kurallarına da geçmesi sonucunu doğurmuştur. Kurumsal tahkim mekanizmalarına bağlı kalınmadan yapılan ad hoc tahkimde de hakemlerin görev belgesi hazırladıkları görülmektedir. MTK’nın 10/E maddesinde de görev belgesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Görev belgesi ile milletlerarası tahkim yargılamasında tarafların iddia ve taleplerine açıklık kazandırılması, bu iddia ve taleplerin hakemlerce doğru anlaşıldığının teyit edilmesi ve hakem ya da hakem heyetinin görev kapsamının belirlenerek yetki sınırlarının çizilmesi amaçlanmaktadır. (Akıncı, **Tahkim**, s. 193, 195-196).

gereken bir konudur²⁹⁹. Milletlerarası tahkimde tarafların hakem kararını olabildiğince çabuk bir biçimde elde etmelerinde ciddi menfaatleri bulunmaktadır. Bu nedenle usûl ekonomisi ilkesi tahkim yargılamasında da geçerli olan bir ilkedir³⁰⁰. Bu ilke gereğince milletlerarası tahkim hukukunda da iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kural olarak bulunmaktadır. Bu yasağa ilişkin düzenlemelere örnek olarak MTK'nın 10/D maddesi ile milletlerarası kurumsal tahkim mekanizmalarından biri olan ICC Tahkim Kuralları'nın 23(4) hükmü gösterilebilir. Yasağın kural olarak bulunmasına karşın, MTK'nın 10/D maddesinden neredeyse yok gibi olduğunun anlaşıldığı ifade edilmiştir³⁰¹. Bunun nedeni, MTK'nın 10/D maddesinin kural ile istisnanın yerini değiştiriyormuş gibi görünen ifadesidir.

MTK'ya göre, *“Taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında iddia veya savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak, hakem veya hakem kurulu, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını ve diğer hal ve şartları dikkate alarak, böyle bir değişiklik veya genişletmeye izin vermeyebilir. İddia veya savunmanın tahkim anlaşmasının kapsamı dışına çıkacak şekilde değiştirilmesi veya genişletilmesi mümkün değildir.”*

Bu düzenlemenin lafzından, MTK'nın uygulanacağı bir davada iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kural olarak geçerli olmayacağı anlaşılmaktadır³⁰². Taraflar tahkim sözleşmesi ya da şartında aksine bir hüküm olmadıkça, yargılama sırasında iddialarını değiştirebilecekleri gibi, yeni iddialarını da mahkemede ileri sürebileceklerdir³⁰³. Ancak iddia ve savunmanın

²⁹⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 200; Zelal Narçin Tosun, **Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009, s. 79.

³⁰⁰ Tosun, s. 81.

³⁰¹ Akıncı, **Tahkim**, s. 193; Tosun, s. 81.

³⁰² Tosun, s. 79.

³⁰³ Doktrinde, MTK'nın görev belgesinin hazırlanmasını düzenleyen 10/E hükmü ile tarafların iddia ve savunmalarının değiştirilmesi veya genişletilmesine izin veren 10/D hükmü arasında tam bir uyumun sağlanabilmesi ve yanlış anlaşılmalara önüne geçilmesi için görev belgesini düzenleyen maddede iddia ve savunmanın değiştirilmesi ya da genişletilmesine izin verilip verilmediğine ilişkin açık bir ifadenin bulunmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir. (Nuray Ekşi, **“Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 2003, Cilt: 23, Sayı: 1-2, Prof.Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 330; Tosun, s. 80).

değiştirilmesi veya genişletilmesinin karşı taraf için haksız bir şekilde büyük zorluğa yol açacak olması halinde hakem ya da hakem heyeti durumu değerlendirerek bu tür bir genişletme veya değiştirmeye izin vermeyebilir. Ayrıca, tahkim sözleşmesi kapsamı dışında kalan konular da bu şekilde ileri sürülemeyecektir³⁰⁴.

ICC Tahkim Kurallarına göre ise, “Görev belgesinin divan tarafından imzalanması ve onaylanmasından sonra hiçbir taraf görev belgesinin dışında kalan yeni talepler veya karşı talepler ileri süremez, meğer ki hakem heyeti yeni taleplerin ve karşı taleplerin mahiyetini, tahkimin bulunduğu safhayı ve diğer ilgili durumları dikkate alarak bunların ileri sürülmesine izin versin.” ICC Tahkim Kuralları’na göre de tahkim sözleşmesinin kapsamı dışında kalan yeni iddia ve savunmalar hakem heyeti tarafından dikkate alınmayacaktır³⁰⁵. Ayrıca bu yeni iddiaların yargılamanın geç bir aşamasında; görev belgesinin imzalandığı, bütün duruşmaların tamamlandığı, delillerin değerlendirildiği ve neredeyse karar aşamasına gelindiği bir zamanda yapılması halinde de hakemler tarafından dinlenmemesi gerekecektir. Bu, usûl ekonomisi ilkesinin bir gereğidir.

ICC Kuralları ile MTK’nın ilgili maddesi ilk bakışta birbirinin zıttı gibi görünmektedir. ICC’de genel kural iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesinin yasak olduğu şeklinde belirtilmişken, MTK’da genel kural böyle bir yasağın olmadığı şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca, her iki düzenlemede de genel kuralın uygulanmasına bazı istisnalar getirilmiştir. Söz konusu istisnalar vasıtasıyla bu düzenlemeler bir noktada kesişmektedir: Tahkim yargılaması sırasında yeni iddia ve savunmaların ileri sürülebilmesi hakemlerin takdirindedir. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında görev belgesinde iddia ve savunmalar yazıldıktan sonra da iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi mümkündür³⁰⁶. Bu, tahkim yargılamasının esnekliği ilkesinin bir gereğidir³⁰⁷. Ancak bunun için, yeni ileri

³⁰⁴ Tarafların tahkim sözleşmesi ya da şartında yer almayan bir hususu görev belgesine yazmaları ve her iki tarafın da itiraz etmeden bunu imzalaması halinde, bu hususla ilgili olarak ileri sürülen yeni iddia ya da talebin geçerli olacağı ve hakemler tarafından değerlendirileceği belirtilmiştir. (Tosun, s. 80-81).

³⁰⁵ Hakemler tarafından bu kurala uyulmaması yetki aşımı iddiası ile kararın iptali ya da tenfiz talebinin reddedilmesi riskini gündeme getirebilir. (Tosun, s. 81-82).

³⁰⁶ Akıncı, **Tahkim**, s. 200; Tosun, s. 82.

³⁰⁷ Tosun, s. 82.

sürülen vakıa ve taleplerin yargılamanın oldukça geç bir aşamasında ileri sürülmemiş olması, diğer taraf için haksız bir şekilde büyük bir zorluk yaratmaması, tahkim sözleşmesi kapsamı dışına çıkmaması veya tahkim sözleşmesi kapsamı dışında olsa da görev belgesinde yazılmış ve karşı tarafın buna itiraz etmemiş olması gerekir.

Bazı haller devlet yargısında iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamına girmemektedir. Davacının cevaba cevap dilekçesi vermesinden sonra ortaya çıkan vakıaların ileri sürülmesi, talebin daraltılması, hukuki sebeplerin değiştirilmesi, davacının mevcut vakıanın kapsamına dahil olan bir vakıa ileri sürmesi, mevcut vakıaların delili özelliğindeki vakıaların gösterilmesi bu durumlar arasında yer almaktadır³⁰⁸. Bunun devlet yargısına göre daha fazla esneklik gerektiren tahkim yargılaması için de geçerli olduğunda tereddüt edilmemelidir. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında görev belgesinin imzalanmasından sonra ortaya çıkan, daha önce mevcut olmayan vakıaların bir sınırlandırmaya tabi olmadan yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesine, talebin daraltılmasına, hukuki sebeplerin değiştirilmesine, mevcut vakıanın kapsamına dahil olan bir vakıanın ileri sürülmesine, mevcut vakıaların delili özelliğindeki vakıaların gösterilmesine izin verilmelidir.

Birçok milli hukuk sisteminin hakimlerin veya hakemlerin davanın açılması anında mevcut verilere göre hüküm vermesini düzenlediği görülmektedir. Ancak, tahkimde usûl kurallarına tabi olunan milli hukuk sistemindeki böyle bir düzenleme nedeniyle, yargılamanın devamı sırasında ortaya çıkan bulguların ifade edilmesine imkan verilmeden ve bu bulgular değerlendirilmeden karar verilmiş olması halinde hakem kararı tenfiz aşamasında tenfiz devletinin kamu düzeni engeliyle karşılaşabilir ve tenfizi reddedilebilir³⁰⁹. Yeni ve davanın gidişatını etkileyecek ölçüde önemli noktaların ortaya çıkmış olması halinde bunlara ilişkin beyanda bulunma hakkının taraflara tanınması ve bu beyanların da hakemlerce dikkate alınması gerekir³¹⁰. İsviçre Federal Mahkemesi'nin uygulamaları da bu yöndedir³¹¹.

³⁰⁸ Kaya/Akcan, s. 131.

³⁰⁹ Kaplan, s. 134.

³¹⁰ Kaplan, s. 139. Yazar, idari yargılama usulünde geliştirilmiş olan bu hukuki kabulün *audi et altera pars* olarak ifade edilen ilkenin somut bir uygulaması olması ve usûl adaletini ifade etmesi nedeniyle

§3. İDDİA VE SAVUNMALARIN DİKKATE ALINMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ HAKKI

İddia ve savunma hakkının kapsamında yer alan üçüncü ana hak ise, ileri sürülen iddia ve savunma vasıtalarının dikkate alınıp değerlendirilmesi ve buna göre kararın verilmesidir. Bu hak, devlet yargısında olduğu gibi tahkim yargılamasında da geçerlidir³¹².

Bu hakka riayet edilmesi iddia ve savunma vasıtalarının ileri sürülmesi hakkının işlevini yerine getirebilmesi için de zaruridir. Zira, yargı organı tarafından dikkate alınıp değerlendirilmediği sürece tarafların yargılama boyunca vakıalar hakkında açıklamalarda bulunmalarının ve deliller sunmalarının bir anlamı olmayacaktır³¹³. Taraflara iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürme hakkının verilmesinin sebebi karar üzerinde etkili olmalarını sağlamaktır³¹⁴. Tarafların karar üzerinde etkili olabilmesi ise ancak hakimin veya hakemin bu açıklamaları dikkate alıp değerlendirmesiyle olur.

İddia ve savunma hakkının bu unsurunun dikkate alınma ve değerlendirilme olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Dikkate alınma dışı yansıyan şekli yönünü ve ilk etkisini, değerlendirilme ise bu unsurun iç yönünü ve sonucunu ifade eder³¹⁵. Başka bir deyişle, hakemlerin ileri sürülen iddia ve savunmaları dikkate alıp almadığı dışarıdan anlaşılabılır. Örneğin, hakemin duruşma sırasında uyuması iddia ve savunmaların dikkate alınmadığını gösterir³¹⁶. Ancak, bunların değerlendirilip

genelleştirilerek adli yargılama usulünde ve tahkim usulünde de uygulanması gerekli hale geldiğini belirtmiştir.

³¹¹ Kaplan, s. 139.

³¹² Kaplan, s. 119; Aygöl, s. 122-123; Scherer, s. 304.

³¹³ Pekcanıtez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 784; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 205; Özekes, s. 153. Yazar, açıklama hakkı ile iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi hakkı arasındaki ilişkiyi açıklarken “*sadece tarafların dinlenmesi ama söylediklerinin dikkate alınmaması, dinlenmemeleri ile eşdeğerdir*” ifadesini kullanmaktadır. (Özekes, s. 153).

³¹⁴ Özekes, s. 153.

³¹⁵ Özekes, s. 155.

³¹⁶ Karlsruhe Bölge Yüksek Mahkemesi’nin 4 Ocak 2012 tarihli kararına konu olan tenfiz davasında davalı, tahkim yargılamasında 8 gün süren duruşma boyunca hakemlerden birinin sürekli uyuyakaldığını, bu nedenle iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olduğunu ileri sürmüştür. Alman

değerlendirilmediği hakemin iç dünyasına ilişkindir ve hakemin ileri sürülen iddia ve savunmalar hakkında gerektiği gibi bilgi sahibi olup olmamasına bağlıdır.

Taraflar açısından bir hak olan iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi aynı zamanda yargı organı açısından da bir yükümlülüktür. Dikkate alınma ve değerlendirilme yönlerinden herhangi birinin yerine getirilmemesi halinde iddia ve savunma hakkı ihlal edilmiş olur. Ancak, hakemlerin delillerin değerlendirilmesine ilişkin yargılama usûlünün gerçekleştirilmesi aşamasında oldukça geniş bir takdir hakkına sahip olduğu ve herhangi bir delilin değerlendirilmemesinin her zaman iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği unutulmamalıdır³¹⁷. Milli tahkim kanunları, kurumsal tahkim kuralları ve IBA Kuralları hakemlere delillerin kabul edilebilirliği, davayla ilgililiği, delillerin önemi ve ağırlığı konusunda oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır³¹⁸.

Bu takdir yetkisi sonucunda, tahkim yargılamasında örneğin çok sayıda tanığın hepsinin dinlenmesi zorunlu değildir. Hakemler takdir hakları kapsamında yalnızca olayla doğrudan ilgili beyanlarda bulunması beklenen ve yapacakları açıklamaların uyumsuzluğun çözümü bakımından ağırlıklı olacağı ümit edilen tanıkların dinlenmesine karar verebilirler³¹⁹. Hakem kararı için önemli olan bir tanığın dinlenmemesi halinde ise iddia ve savunma hakkı ihlal edilmiş olur³²⁰. Kanaatimizce, hangi tanıkların ifadesinin uyumsuzluğun çözümü açısından önemli olacağına da yazılı tanık ifadeleri incelenerek karar verilmelidir. Yargıtay da bir kararında, davalı tarafından tanık olarak dinletilmek istenen kişinin görüşleri rapor halinde hakeme ibraz edildiğinden ve hakemce değerlendirildiğinden, tanığın ayrıca dinlenmesine

Mahkemesi bu durumun tahkim yargılaması sırasında ileri sürülmemiş olması nedeniyle davalının tenfiz itirazını reddetmiştir. Karar için bkz. <http://us.practicallaw.com>.

³¹⁷ BGH'nin 6.12.1965 T. ve NJW 19, 1966, s. 549'da yayınlanan kararına göre hakemler tarafından herhangi bir delilin kabul edilmemesi veya değerlendirilmemesi, her durumda iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez ve bir hakem kararının iptalini gerekli kılmaz. Ancak, bunun aksine, delil listesinde sunulan delillerden herhangi birinin değerlendirilmemesi halinde, bunun iddia ve savunma hakkına aykırılık teşkil edeceğini savunan yazarlar da vardır. Bkz. Kaplan, s. 152, dn. 305. Ayrıca bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3522 (dn. 663'te zikredilen kararlar).

³¹⁸ Bkz. UNCITRAL Model Kanunu m.19(2), ICC Kuralları m. 25(1), LCIA Kuralları m. 20(3) ve 22.1(vi), UNCITRAL Kuralları m. 27(4), IBA Kuralları m. 9/1.

³¹⁹ Kaplan, s. 151.

³²⁰ Akıncı, **Arbitration Law of Turkey**, s. 185.

gerek görülmemesinin iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyeceğine hükmetmiştir³²¹.

Aynı şekilde, delillerin ispat güçleri bakımından bir sıralama yapılarak, daha büyük ikna kabiliyeti olan bir delile diğer delillere nazaran öncelik tanınabilir³²². Bir delilin kullanılmasının güvenilir olmayan başka bir sonuca yol açabileceğinden emin olunan hallerde de, o delilin kabulünün reddedilebileceği belirtilmiştir³²³. Kanaatimizce, burada kastedilen özellikle hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerdir. Aşağıda detaylı bir şekilde inceleneceği üzere bu tür delillerin reddedilmesi iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez.

Hakemlerin delillerin değerlendirilmesi aşamasında sahip olduğu takdir yetkisi nedeniyle, devlet mahkemeleri delillerin değerlendirilmemiş olması gerekçesiyle hakem kararlarını iptal etmekte veya tenfizini reddetmekte tereddütlü davranmaktadırlar³²⁴. Devlet mahkemelerinin çoğunlukla, değerlendirilmeyen delilin davanın sonucunu etkileyebileceği hallerde iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğine hükmettikleri görülmektedir³²⁵.

İddia ve savunmaların dikkate alınmaması ve değerlendirilmemesi iddia ve savunma hakkının ihlalini teşkil edebilecekken, değerlendirme yapıldığı halde yanlış sonuca varılmasının bu hakkın ihlal edildiği anlamına gelmeyeceğini de ayrıca belirtmek gerekir³²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına göre de, hakemlerin bir delili yanlış değerlendirmesi iddia ve savunma hakkının ihlali anlamına

³²¹ Yarg. 19. HD, 9.11.2000 T., 2000/7171 E., 2000/7602 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³²² Kaplan, s. 151.

³²³ Kaplan, s. 152.

³²⁴ Scherer, s. 300; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3522-3523. Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 31 Mart 2005 tarihli *C v. Dr. Vladimir Z.* kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 583-586. Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 10 Ocak 2008 tarihli *Robert Fayez Mouawad, Triple M. Mouawad Management & Marketing SAL and others v. Henco Heneine Construction & Development Co. SARL* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 480-483; Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 29 Eylül 1997 tarihli *Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc.* kararı, **XXIII YBCA 1998**, s. 1076-1081; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Mayıs 1992 tarihli kararı, **10 ASA Bulletin 1992**, s. 381-401.

³²⁵ Scherer, s. 300; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3523.

³²⁶ Pekcanitez, "**Hukuki Dinlenilme Hakkı**", s. 786; Özekes, s. 161; Aygöl, s. 122.

gelmemektedir³²⁷. Zira, burada usûle değil, davanın esasına ilişkin bir hata söz konusudur ve “içeriği tetkik yasağı” gereğince tenfiz ve iptal davaları sırasında devlet mahkemeleri hakem kararlarını esastan inceleyemez. Aksinin kabul edilmesi halinde, tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini istemelerinin pratik bir faydası kalmayacaktır. Zira, her seferinde, kaybeden taraf, hakemlerin yanlış karar verdiği iddiasında bulunacak, bu iddianın mahkemece incelenmesi ise, uyuşmazlığın devlet yargısı tarafından tekrar ele alınması anlamına gelecek ve sonuç olarak uyuşmazlık, söz konusu devlet yargısı tarafından çözümlenmiş olacaktır. Ancak, hakemlerin bir delili ya da vakıayı açık bir hata sonucu tamamen göz ardı etmesi ve dikkate almaması durumunda, delili değerlendirilmeyen tarafın iddia ve savunmalarını ikame etme imkanından mahrum olması şartıyla, iddia ve savunma hakkının ihlalinin söz konusu olabileceği kararda ifade edilmiştir³²⁸. Bu kararın anlamı çok açık olmamakla birlikte, bir delilin göz ardı edilmesinin yalnızca istisnai durumlarda iddia ve savunma hakkını ihlal ederek iptal sebebi veya tenfiz engeli teşkil edeceğinin söylenebileceği ifade edilmiştir³²⁹.

İddia ve savunmaların dikkate alınıp alınmadığı dışarıdan yapılacak bir gözlemle anlaşılabilecekken, bunların değerlendirilmesi hakemin iç dünyasıyla ilgili ve hakemin ileri sürülen iddia ve savunmalar hakkında gerektiği gibi bilgi sahibi olmasına bağlı olduğundan, bunun denetlenebilmesi için bu iç dünyayı dışarıya yansıtan bir mekanizma gerekir. Bu mekanizmanın kararın gerekçesi olduğu düşünülebilir. Ancak, hakem kararlarının gerekçeli olup olmaması bakımından devlet mahkemelerinin yargılama usûllerinde farklı yaklaşımlar benimsenmektedir. Türkiye’nin de aralarında bulunduğu Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil milli hukuklarda yerli hakem kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu bulunmaktadır³³⁰.

³²⁷ İsviçre Federal Mahkemesi’nin 10 Eylül 2001 tarihli X. GmBH v. Y.SA. kararı için bkz. **20 ASA Bulletin 2002**, s. 473-481.

³²⁸ Aygül, s. 122-123; Poudret/Besson, s. 478.

³²⁹ Poudret/Besson, s. 478.

³³⁰ Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil milli hukuklarda hakem kararlarının gerekçeli olmasının öngörülmesinin sebepleri özellikle şunlardır: hakemlerin karar vermeleri gereken konularda karar verip vermediklerinin, talep maddelerinden her birini karara bağlayıp bağlamadıklarının, kararın iptal edilmesini gerektirecek bir sebep bulunup bulunmadığının tespit edilebilmesi, hakemlerin daha detaylı ve özenli araştırma yaparak karar vermelerinin ve iptal davasında hakem kararının hakim tarafından daha kolay tetkik edilmesinin sağlanması. Bkz. Kaplan, s. 158; Kalpsüz, s. 113. Örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 141. maddesine göre “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*”. HMK’nın 436. maddesinde hakem kararlarında gerekçenin yer alması gerektiği açıkça

Ortak hukuk sistemine dahil milli hukuklarda ise taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Devlet mahkemelerinin yargılama usûlleri arasındaki bu yaklaşım farkının önemi, kararın gerekçeli olmasının zorunlu olmadığı bir devlette alınan hakem kararının, gerekçenin zorunlu olduğu bir devlette tenfiz edilmek istenmesi halinde ortaya çıkar³³¹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde yer alan tenfiz engeli yabancı hakem kararlarının gerekçesiz olarak verilmiş olmasını içermemektedir³³². V(1)(b) maddesi uyarınca tenfiz hakiminin kontrol etmesi gereken husus, hakemlerin karar verirken tarafların iddia ve savunmalarını dikkate almış ve değerlendirmiş olmalarıdır³³³. Bunun için gerekçe mutlak şart değildir. Madde V(1)(b)'nin kapsamı ve tenfiz davasında hakem kararının yalnızca tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığı açısından inceleneceği (esasa ilişkin bir inceleme yapılmayacağı) göz önünde bulundurulduğunda hakem kararının gerekçeli olmasının gerekmediği sonucuna varılabilir³³⁴. Ancak, her türlü yargı organının kararının gerekçeli olması gerektiğini öngören hukuk sistemlerinde, kararların gerekçeli olması

belirtilmiştir. MTK'nın 14. maddesine göre de hakem kararında kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi belirtilmelidir. *Kalpsüz*'e göre, MTK'da kararın dayandığı hukuki sebeplerin gerekçeden farklı bir şeymiş gibi ifade edilmesi yanlıştır. Zira, gerekçe kararın dayandığı maddi vakıaları ve hukuki sebepleri içeren bir bütün olarak tanımlanmaktadır. Bkz. *Kalpsüz*, s. 113. Yine *Kalpsüz*'e göre, MTK uyarınca hakem kararlarının gerekçeli olmasının gerekmediği iki hal bulunmaktadır. Bunlar, MTK m. 12 (D)'ye göre tarafların sulh olması yoluyla tahkimin sonuçlanması ve m. 12 (C) uyarınca hakemlerin dostane aracı (amiable compositeur) olarak karar vermiş olmalarıdır. Bununla birlikte, m. 12(C) uyarınca hakemlerin hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar vermeleri halinde kararın belli bir hukuk kuralına dayanmamakla birlikte gerekçeli olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. *Kalpsüz*, s. 114.

³³¹ Ziya Akıncı, “Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir Mi?”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1996, Cilt: 70, Sayı: 1-2-3, s. 85; Kaplan, s. 159.

³³² Kaplan, s. 159. Bu çıkarım kendi içinde çelişkiler barındıran bir gerekçeye sahip hakem kararları için de geçerlidir. Bkz. Scherer, s. 305; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3530.

³³³ Scherer, s. 305; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3529. Almanya Federal Yüksek Mahkemesi'nin 18 Ocak 1990 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 503-509; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 28 Kasım 2005 tarihli *Construction Company v. Painting Contractors* kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 722-728; Norveç Tenfiz Mahkemesi'nin 10 Temmuz 2002 tarihli *Pulsarr Industrial Research B.V. v. Nils H. Nilsen A.S.* kararı, **XXVIII YBCA 2003**, s. 821-828; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 31 Mayıs 2007 tarihli *Licenser v. Licensee* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 524-533; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 23 Nisan 2004 tarihli *Trading Company v. Buyer* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 557-562; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 6 Aralık 2001 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 742-746; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Ocak 1989 tarihli *Seller of Soybean flour v. Buyer of Soybean flour* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 491-499; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 3 Nisan 1975 tarihli *Firm P v. Firm F.* kararı, **II YBCA 1977**, s. 241.

³³⁴ Akıncı, “Gerekçesiz Hakem Kararları”, s. 86.

koşulunun milletlerarası kamu düzenini ilgilendiren bir husus olduğu ve bu tür hakem kararlarının tenfizinin New York Sözleşmesi'nin V(2)(b) maddesi uyarınca mümkün olmadığı görüşü de ileri sürülebilir³³⁵. Bununla birlikte, söz konusu devletlerin yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda esnek bir yaklaşım sergilediği, kararın gerekçesiz oluşu tarafların anlaşmasına ve tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmediği takdirde³³⁶ bu tür kararların tenfiz edildiği görülmektedir³³⁷. Hatta tarafların anlaşması ve/veya tahkim yeri hukukuna göre de hakem kararlarının gerekçeli olması gereken hallerde dahi kararların tenfiz edildiği örnekler bulunmaktadır³³⁸.

Akıncı, gerekçe ihtiva etmeyen yabancı hakem kararlarının bazı devletlerde kamu düzeni nedeniyle tenfiz edilmeyebileceği şeklinde bir görüş ileri sürülebilecek olsa da, yerli hakem kararlarında gerekçeyi zorunlu kılan devletlerin yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından esnek bir yaklaşım sergilediğini şu şekilde açıklamaktadır: *“Türkiye gibi anayasalarında her türlü yargı kararının gerekçeli olması gerektiği koşulunu arayan ve yerli hakem kararları açısından hakem kararlarının gerekçesiz olmasını, söz konusu kararın geçerliliğini engelleyen bir husus olarak gören ülkeler, milletlerarası ticari hakem kararları açısından daha*

³³⁵ Akıncı, **“Gerekçesiz Hakem Kararları”**, s. 86; Kaplan, s. 159.

³³⁶ Örneğin, ICSID Tahkim Kuralları m. 47(1) ve 50(1)'e göre hakem kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Bu zorunluluğun yerine getirilmemiş olması halinde, ICSID hakem kararı iptal edilmelidir. Bkz. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, İptal Talebine İlişkin 3 Mayıs 1985 tarihli karar, **2 ICSID Reports 1994**, s. 136-143; *Republic of Indonesia v. Amco Asia Corp. and others*, ICSID Case No. ARB/81/1, 16 Mayıs 1986 tarihli İptal Kararı, **XII YBCA 1987**, s. 129-148. Bu kararda, kararın gerekçeli olmasının da tek başına yeterli olmadığı, gösterilen gerekçenin hakemlerin vardığı sonucu desteklemesi gerektiği belirtilmiştir.

³³⁷ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3528; Scherer, s. 304; İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 8 Ekim 1977 tarihli *Bobbie Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci s.a.s.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 289 – 291; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 27 Temmuz 1978 tarihli *German (F.R.) buyer v. English seller* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 266 – 268; Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 23 Temmuz 1981 tarihli *Denis Coakley Ltd. v. Sié Michel Reverdy* kararı, **IX YBCA 1984**, s. 400-402; Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 8 Mart 1990 tarihli *Coumet, ès qual. et Ducler v. Société Polar-Rakennusos a Keythio* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1990, Sayı: 3, s. 675; İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 14 Ocak 1983 tarihli *E3, X S.A. v. Y* kararı, **XI YBCA 1986**, s. 523-524; Hollanda İlk Derece Mahkemesi'nin 24 Kasım 1994 tarihli *Isaac Glicer v. Moses Israel Glicer and Estera Glicer-Nottman* kararı, **XXI YBCA 1996**, s. 635-642; Hollanda İlk Derece Mahkemesi'nin 18 Haziran 2009 tarihli *LoJack Equipment Ireland Ltd. v. A. Voorzieningenrechter* kararı, **XXXIV YBCA 2009**, s. 715-721.

³³⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3528-3529.

farklı ve esnek bir yaklaşım sergilemekte ve gerekçesiz olarak verilen hakem kararlarının ülkelerinde tenfizine imkan vermektedirler.”³³⁹

Gerekçe içermeyen yabancı hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırılık nedeniyle Türkiye’de tenfiz edilip edilmeyeceği konusundaki tereddütler ise 10 Şubat 2012 tarihinden itibaren ortadan kalkmıştır. Zira, 10 Şubat 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu oy çokluğu ile gerekçe ihtiva etmeyen yabancı mahkeme kararlarının yalnızca bu sebepten ötürü Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılamayacağına ve bu durumun başlı başına tenfiz engeli yaratmadığına karar vermiştir³⁴⁰. Bu karardan sonra, tarafların anlaşmasına ve tahkim yeri hukukuna aykırılık teşkil etmediği takdirde, gerekçesiz hakem kararlarının da Türkiye’de tenfiz edilebileceğinde tereddüt edilmemelidir.

Gerekçe hakkındaki bu açıklamalar, Türk mahkemelerinin tenfiz davasında gerekçe olmaksızın hakem kararını tenfiz engelleri açısından ne şekilde tetkik edeceği sorusunu akla getirebilir. Tenfiz hakiminin kontrol etmesi gereken husus, hakemlerin karar verirken tarafların iddia ve savunmalarını dikkate almış ve değerlendirmiş olup olmadıklarıdır.

Devlet yargısında iddia ve savunma hakkının iddiaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi unsurunun tam anlamıyla gerçekleştirilmesi toplu mahkemelerde tek hakime göre daha kolaydır³⁴¹. Zira, tek hakimin dikkate alıp değerlendiremediği bir husus olabilir ve bu husus mahkemedeki diğer hakimlerce dikkate alınıp değerlendirilebilir. Ancak, toplu mahkemelerde de hakimler gerçek anlamda bir değerlendirme yapmaksızın, tek bir hakimin değerlendirmelerine, tek bir hakim tarafından hazırlanan rapora veya taslağa göre karar verebilmektedirler³⁴². Bu tür

³³⁹ Akıncı, “**Gerekçesiz Hakem Kararları**”, s. 86.

³⁴⁰ YİBGK, 10.2.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Söz konusu içtihadı birleştirme kararından önce bu konuda Yargıtay’ın 2. ve 13. Hukuk Daireleri arasında görüş ayrılığı bulunmaktaydı. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, gerekçe içermeyen mahkeme kararının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmekteydi. 13. Hukuk Dairesi ise aksi görüşteydi. Bkz. Yarg. 2. HD, 8.6.2006 T., 2006/2612 E., 2006/9147 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yarg. 13. HD, 5.12.2001 T., 2001/9007 E., 2001/11406 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³⁴¹ Özekes, s. 159.

³⁴² Özekes, s. 160.

durumların söz konusu olması halinde toplu mahkemelerde de iddia ve savunma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Tahkim yargılaması için de aynı şeyleri söylemek mümkündür. Tek hakemin bulunduğu tahkim yargılamalarında iddia ve savunma hakkına riayet edilmemesi riski, üç veya daha fazla hakemden oluşan yargılamalara göre daha fazla olacaktır.

Devlet yargısında duruşma sırasında hakimin davayla ilgilenmemesi, başka şeylerle meşgul olması, yapılan açıklamaları anlayamayacak halde bulunması ya da uyuması halleri iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi unsurunun ihlal edildiği hallere örnek olarak gösterilmektedir³⁴³. Kanaatimizce bu haller tahkim yargılamasında da aynı şekilde ihlal teşkil etmelidir.

Açıklamaları değerlendirecek olan, yargı organıdır. Bu görevin açık veya kapalı şekillerde başkalarına devredilmesi iddia ve savunma hakkının ihlalini teşkil eder. Örneğin, alınacak bilirkişi raporu hiçbir şekilde sorgulanmaksızın bu rapora göre karar verilmesi, bu görevin bilirkişiye devredildiği anlamına gelecektir³⁴⁴.

Tahkim yargılamasında yargılamayı yürüten hakemle kararı veren hakemin çeşitli sebeplerle farklı olmasının iddia ve savunma hakkı üzerinde nasıl bir etkisinin olacağı da tartışılması gereken bir konudur. Kanaatimizce, iddia ve savunma hakkının diğer gerekleri yerine getirildiği takdirde bu durum tek başına iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez.

A. Sulh Görüşmelerinin Hakemlerce Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

IBA Kuralları'nın 9(2)(b) maddesine göre, hakem heyetince tahkime uygulanmasına karar verilen hukuk veya etik kurallarına göre ibraz edilmesi istenen delil açısından bir hukuki engel veya imtiyaz olması halinde belge ibrazı istemi reddedilebilir. Belge ibrazı talebinin reddedilmesini haklı kılan hukuki engel ya da imtiyazlardan ne anlaşılması gerektiği ise IBA Kuralları'nın 9(3) maddesinde

³⁴³ Özekes, s. 160.

³⁴⁴ Türk devlet yargısında bilirkişiye dosya havale edilirken bilirkişiden taraf dilekçeleri ve delilleri ile açıklamaları, dosya münderecatı, dosya içerisindeki belge ve bilgiler değerlendirilerek bir sonuca varılmasının istendiği sıklıkla görülmektedir. Bu şekilde, bilirkişiden doğrudan uyuşmazlığın çözülmesinin istenmesi ve bilirkişiden gelen rapor hakkında bir sorgulama, değerlendirme yapmaksızın bu rapora göre karar verilmesi iddia ve savunma hakkının ihlalidir. (Özekes, s. 162).

belirtilmiştir. Bu hükme göre, “uzlaşma görüşmeleri amacıyla veya buna bağlı olarak ihdas edilmiş bir belgenin, yapılan bir beyanın veya sözlü iletişimin gizliliğinin korunması ihtiyacının bulunması” bir hukuki imtiyaz sebebiyle belge ibrazı talebinin reddedilebileceği hallerdendir. Bununla birlikte, madde 9(2)(b) bendi kapsamında hukuki engel veya imtiyaz mülahaza edilirken hakem heyetinin, uygulanabilir olduğuna karar verilen her türlü emredici hukuk hükmünü ve etik kuralları da dikkate alması gerektiği de belirtilmiştir.

Sulh görüşmelerinde tartışılan konular ve verilen bilgiler doğası itibarıyla sulh görüşmelerine münhasırdır ve tahkim yargılaması sırasında taraflardan herhangi birinin aleyhine kullanılamaz. Bu türde bilgi ve belgeler avukat ile müvekkil arasındaki görüşmeler gibi hukuki imtiyaza sahiptir. Bu kural uzlaşma görüşmelerinin gizliliği prensibine dayanmaktadır. Kuralın altında yatan düşünce ise tarafları sulh görüşmeleri yapma konusunda teşvik etmek ve uyuşmazlığın tahkim yoluna başvurulmadan çözülmesini sağlayabilmektir. Sulh görüşmeleriyle ilgili belge veya sözlü beyanların tahkimde delil olarak ileri sürülebilir olması halinde taraflar sulh görüşmelerinde temkinli davranmak zorunda hissedecek ve ikrar anlamına gelebilecek herhangi bir ifade kullanmaktan kaçınacaklardır. Bu da sulh görüşmelerinin başarıyla sonuçlanma şansını azaltacaktır³⁴⁵.

Milletlerarası Daimi Adalet Divanı’nın *Chorzow Factory* kararında da tahkimden önce yapılan sulh görüşmeleri sırasındaki açıklama, ikrar ve önerilerin delil olarak dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Milletlerarası Daimi Adalet Divanı Burkina Faso ve Mali arasındaki sınır uyuşmazlığı hakkındaki kararında da *Chorzow Factory* kararının bu kısmına atıf yaparak, bunun yerleşmiş bir prensip olduğunu ifade etmiştir³⁴⁶.

³⁴⁵ Bkz. Demir Gökyayla, *Belge İbrazi*, s. 168-173; Born, *International Commercial Arbitration*, s. 2380; Peter Ashford, “**Documentary Discovery and International Commercial Arbitration**”, *American Review of International Arbitration*, Yıl: 2006, Cilt: 17, Sayı:1, s. 126; Klaus Peter Berger, “**Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion**”, *Arbitration International*, Yıl: 2006, Cilt: 22, Sayı: 4, s. 514; Tom Ginsburg/Richard M. Mosk, “**Evidentiary Privileges in International Arbitration**”, *International and Comparative Law Quarterly*, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 2, s. 362; Robert Pietrowski, “**Evidence in International Arbitration**”, *Arbitration International*, Yıl: 2006, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 403; Klaus Peter Berger, “**The Settlement Privilege-A General Principle of ADR Law**”, *Arbitration International*, Yıl: 2008, Cilt: 24, Sayı: 2, s. 265-276.

³⁴⁶ Demir Gökyayla, *Belge İbrazi*, s. 169; Pietrowski, s. 404.

Born, sulh görüşmeleri sırasındaki açıklama, ikrar ve önerilerin tahkim yargılamasında delil olarak dikkate alınamayacağı konusunda iki hakem kararına atıf yapmaktadır³⁴⁷.

Sulh görüşmelerinden önceki hazırlık safhasında tarafların kendi değerlendirmeleri için hazırladıkları belgelerin de tahkimde delil olarak dikkate alınamayacağı belirtilmiştir³⁴⁸.

Sulh görüşmelerine ilişkin belgelerin kabul edilebilir deliller olmamasının altında yatan gerekçeler düşünüldüğünde, uyuşmazlığa taraf olmayan üçüncü kişilerle yapılan sulh görüşmelerinde meydana gelen belgelerin de kabul edilebilir delil olmaması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, bu konudaki hakem kararlarının çelişkili olduğu görülmektedir. Hakem heyeti bazı durumlarda söz konusu belgenin ibraz edilmemesinin ibraz isteminde bulunan tarafın iddia ve savunma hakkını yeterince kullanamamasına yol açacağı gerekçesiyle ibraz talebini kabul etmektedir³⁴⁹.

Bazı hukuk sistemlerinde sulh görüşmelerine ilişkin belgelerin daha sonra herhangi bir dava sürecinde kullanılamaması için tarafların bu belgelerin üzerine “*without prejudice*” ifadesini eklemiş olmaları, yani tarafların bu belgelerin kullanılamayacağı yönündeki açık iradesi aranmaktadır. İsviçre hukuku bunun bir örneğidir. Türk hukukunda ise, sulh görüşmeleri sırasındaki ikrar konusu bakımından yasaklanmış delil olarak ele alınmaktadır³⁵⁰. HMK’nın 188. maddesinde sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağı ifade edilmiştir. Kanunun delil olarak kullanılmasını açıkça yasakladığı böyle bir ikrar delil olarak kullanılamaz. HMK’nın 188. maddesi gereğince, Türk hukukunda tarafların bu tür belgelerin kullanılamayacağına yönelik açık iradesi ayrıca aranmamalıdır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 5. maddesine göre de taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği,

³⁴⁷ Born, *International Commercial Arbitration*, s. 2381, dn. 295.

³⁴⁸ Born, *International Commercial Arbitration*, s. 2383; Berger, “The Settlement Privilege”, s. 272.

³⁴⁹ Demir Gökyayla, *Belge İbrazi*, s. 171-172.

³⁵⁰ Hakan Pekcanitez, “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Yıl: 2009, Cilt: I, Ankara, s. 791.

uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler, arabuluculuk faaliyeti esnasında taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü ve sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler dava sürecinde delil olarak kullanılamaz. Aynı maddenin ikinci fıkrası bu tür beyan ve belgelerin delil olarak kullanılamaması sonucunun doğması için bunların belli bir şekilde hazırlanmış olmasının gerekmediğini öngörmektedir.

Kanaatimizce, milletlerarası tahkimde farklı hukuk sistemlerindeki bu tartışmalar bir kenara bırakılmalı ve sulh görüşmelerine ilişkin belgeler, tarafların bu yönde açık iradesi olmasa bile yargılamada kullanılamamalıdır. Zira, sulh görüşmelerinde tartışılan konular ve verilen bilgiler doğası itibariyle sulh görüşmelerine münhasırdır ve bunların kullanılamaması tarafların iradesinden değil belgenin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bunun felsefesi, sulh görüşmelerinin hukuki tartışmalardan ziyade ticari bir yaklaşım saikiyle yerine getirilmesidir. Ticari bir yaklaşım saikiyle varılan sonuçların tahkimde kullanılması ise hakemler açısından yanıltıcı olabilir. Ayrıca, sulh görüşmeleriyle ilgili belge veya sözlü beyanların tahkimde delil olarak ileri sürülebilir olması halinde taraflar sulh görüşmelerinde temkinli davranmak zorunda hissedecek ve ikrar anlamına gelebilecek herhangi bir ifade kullanmaktan kaçınacaklardır. Bu da sulh görüşmelerinin başarıyla sonuçlanma şansını azaltacaktır.

B. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Hakemlerce Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Sorunu

Sulh görüşmeleri sırasındaki ikrar konusu bakımından yasaklanmış delil olarak ele alınmaktayken, bazı deliller de elde edilmelerinde uygulanan metot dolayısıyla yasaklanmıştır. Delil elde edilirken uygulanan metodun hukuka aykırı olması durumunda, söz konusu delil hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş bir delil olur. Bu tür bir delil, elde edilmesi sırasında hukuka aykırı bir metot uygulanmamış olsaydı kullanılabilir ve hakemlerce değerlendirilebilecek bir delildir. Yani delil yasak bir delil olmamakla birlikte, elde edilmesinde yasak bir metot uygulanmıştır³⁵¹.

³⁵¹ Pekcanitez, “Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller”, s. 791; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 406.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargı organları önünde kullanılmaya çalışılması oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bu durum özellikle teknolojinin gelişmesinin bir sonucudur. Kişilerin sesi gizlice kaydedilmekte, internet ortamındaki gönderileri gizlice okunmakta, özel yaşamları gizlice kayıt altına alınmakta ve bu şekilde hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller hem devlet mahkemeleri önünde, hem de hakemler önünde taraflarca kullanılmaya çalışılmaktadır³⁵².

AIHM kararlarında, AIHS'in 6. maddesinde hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerle ilgili bir düzenleme olmadığı, bu nedenle bu tür delillerin devlet mahkemelerince kabul edilip edilmeyeceği hususunun bir iç hukuk meselesi olduğu kabul edilmektedir³⁵³. Bununla birlikte, AIHS'in 6. maddesinin devlet mahkemelerince hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmasını gerektirdiği de kararlarda vurgulanmaktadır³⁵⁴. Dolayısıyla, AIHM, hukuka aykırı yollardan elde edilen bir delilin devlet mahkemelerince değerlendirilebileceğini kabul etmekte, ancak bu durumun hakkaniyeti zedelememesini aramaktadır.

Alman Medeni Usul Kanununda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile ilgili bir hüküm yoktur. Alman doktrininde bu delillerin nasıl değerlendirileceği konusunda üç görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, bu tür deliller hiçbir sınırlama olmadan mahkemelerce değerlendirilebilmelidir, zira önemli olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İkinci görüş ise birinci görüşün tam tersini savunmaktadır. Bu görüşe göre, hukuka aykırı yollardan elde edilen bir delil hiçbir durumda mahkemelerce dikkate alınmamalıdır. Bu görüşteki yazarlara göre, maddi hukuk ile usûl hukuku ayrı olarak ele alınamaz. Maddi hukuk bakımından hukuka aykırı olan bir husus usûl hukuku bakımından da hukuka aykırı görülmelidir. Alman hukukundaki üçüncü görüşe göre ise, bir delil, anayasada korunmuş olan temel hakların, özellikle kişilik hakkının ihlal edilmesi yoluyla elde edilmemişse kullanılabilir. Ayrıca, somut olayda

³⁵² Pekcantez, “Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller”, s. 789-790.

³⁵³ AIHM'in *Mantovanelli v. Fransa* kararı, Başvuru No: 21497/93, T: 18 Mart 1997, para. 34; AIHM'in *Garcia Ruiz v. İspanya* kararı, Başvuru No: 30544/96, T: 21 Ocak 1999, para. 28.

³⁵⁴ AIHM'in *Mantovanelli v. Fransa* kararı, Başvuru No: 21497/93, T: 18 Mart 1997, para. 34; AIHM'in *Elsholz v. Almanya* kararı, Başvuru No: 25735/94, T: 13 Temmuz 2000, para. 66.

dürüstlük kuralı esas alınarak değerlendirme yapılmalı, delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesiyle ihlal edilen hakkın korunmasının sağlayacağı yarar ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının sağlayacağı yarar karşılaştırılarak söz konusu delile ilişkin bir karara varılmalıdır. Üçüncü görüş genellikle mahkeme kararlarına da yansımıştır³⁵⁵.

İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 152. maddesinin 2. fıkrasında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin sadece maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaatin ağır basması halinde değerlendirilebileceği düzenlenmektedir. Bu hükme göre, İsviçre hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkemelerce değerlendirilmemesi genel kural, değerlendirilmesi ise istisnadır. Fransız Medeni Usul Kanununda ise Alman Kanunu'na benzer şekilde, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ile ilgili bir hüküm yoktur.

Türk hukunda ise, HMK'nın "*İspat hakkı*" kenar başlıklı 189. maddesinin 2. fıkrasında, "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*" ifadesi yer almaktadır. HUMK'da yer almayan bu maddeye HMK'da yer verilmesiyle, Anayasa'ya³⁵⁶ ve ceza usûl hukukuna uygun olarak medeni usûl hukukunda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi yasaklanmıştır³⁵⁷. Bu maddenin gerekçesine göre; "*İkinci fıkra ile, ispat hakkının delillere ilişkin yönünün hukuki çerçevesi çizilmiş, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Fıkroda öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülme dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir.*"

³⁵⁵ Pekcanitez, "**Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller**", s. 793-794.

³⁵⁶ Anayasa'nın 38. maddesine göre, "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*"

³⁵⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 407.

HMK'nın 189(2) hükmü ve gerekçesi, Türk hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkemelerce değerlendirilemeyeceğini göstermektedir. Bununla birlikte Alman hukuku ve İsviçre hukukuna benzer şekilde, Türk hukukunda da dürüstlük kuralı gereğince, delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesiyle ihlal edilen hakkın korunmasının sağlayacağı yarar ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının sağlayacağı yarar karşılaştırılarak söz konusu delile ilişkin bir karara varılması gerektiği ifade edilmektedir³⁵⁸. *Pekcanitez*'e göre, her hukuka aykırılık delilin değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Bir delil, anayasada korunmuş olan temel hakların ya da özel yaşam alanının veya kişilik hakkının ihlal edilmesi yoluyla elde edilmediği sürece kullanılabilir³⁵⁹.

Görüldüğü üzere, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılamayacağına yönelik açık bir kanun hükmü bulunmayan ülkelerde de kural olarak bu delillerin kullanılmasına izin verilmemekte, bu tür deliller somut olayın şartları dikkate alınarak ve dürüstlük kuralı gereğince yalnızca istisnai durumlarda kullanılabilir. Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin istisnai bir durum olmamasına rağmen kullanılması halinde meydana gelen hukuka aykırılık, temel hakkı ihlal edilen kişinin tazminat davası açması ve tazminat davasını kazanması ile giderilemez. Söz konusu delilin kullanılması sonucu verilen karardaki hukuka aykırılık da kalıcı olmakta ve giderilememektedir³⁶⁰. Bu nedenle, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğinin emredici bir hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve aynı zamanda milletlerarası kamu düzenine ilişkin olduğu söylenebilir.

Delillerin kabul edilebilirliği konusunun milletlerarası tahkim kurallarının birçoğunda hakemlerin takdirine bırakıldığı görülmektedir ve hakemlere verilen bu yetki oldukça geniştir³⁶¹. UNCITRAL Model Kanunu madde 19(2)'ye göre de,

³⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 408.

³⁵⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 408.

³⁶⁰ Pekcanitez, **“Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller”**, s. 829.

³⁶¹ Aygöl, s. 401.

hakem heyeti delillerin kabul edilebilirliğini, davayla ilgisini, davanın sonucuna etkisi olup olmadığını ve ağırlığını tespit edecektir³⁶².

Ancak, hakem heyetinin delillerin kabul edilebilirliği konusundaki bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Taraf iradeleri, *lex arbitri*'nin emredici kuralları ve milletlerarası kamu düzeni bu yetkinin sınırlarını oluşturur³⁶³. Hukuka aykırı yollardan elde edilen değerlendirememesi, hem *lex arbitri*'nin emredici kuralları arasında yer almaktadır, hem de milletlerarası kamu düzenine ilişkindir. Dolayısıyla, hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hakem heyetlerince kabul edilmemelidir. Bu tür bir delilin hakem heyetince kabul edilmemesi iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez. Aksine, böyle bir delilin kabul edilmesi iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir.

Ayrıca, IBA Kuralları'nın 9(2)(g) maddesine göre³⁶⁴, usul ekonomisi, oranlılık, hakkaniyet veya tarafların eşitliği mülahazaları nedeniyle hakem heyeti, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen, belge, yazılı beyan, sözlü ifade veya keşif şeklindeki delilleri tahkim yargılaması dışında tutabilir³⁶⁵. IBA Kuralları'nın 9(7)

³⁶² UNCITRAL Model Kanunu'ndaki bu hüküm MTK'da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu prensibin Türk hukukunda da kabul edildiğini söylemek mümkündür. Zira, Türk hukukunda da delillerin toplanması, takdiri gibi konularda hakemlerin hakimlere oranla daha sınırlı yetkiye sahip olduklarını düşündüren bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. Demir Gökyayla, **Belge İbrazı**, s. 25; Aygül, s. 402. UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 27(4)'e göre de, hakem heyeti, sunulan delillerin kabul edilebilirliğini, davayla ilgisini, davanın sonucuna etkisi olup olmadığını ve ağırlığını tespit eder. Milletlerarası Tahkimde Delil İkamesi Hakkında IBA Kuralları madde 9 (1) ise şu şekildedir: "*Hakem heyeti delillerin kabul edilebilir olup olmadığını, davayla ilgisini, önemini ve ağırlığını takdir eder.*"

³⁶³ Nathan D. O'Malley, **Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide**, Londra: Informa Law, 2012, s. 194; Aygül, s. 405.

³⁶⁴ IBA Kuralları'nın 9 (2) (g) maddesinin tam metni şu şekildedir:

"Hakem heyeti, taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen, aşağıdaki gerekçelerden herhangi biri ile belge, yazılı beyan, sözlü ifade veya keşif şeklindeki delilleri veya bunların ibrazını tahkim yargılaması dışında tutabilir.

(...)

g) Hakem heyeti tarafından zorlayıcı addedilen usul ekonomisi, oranlılık, adalet veya tarafların eşitliği mülahazaları"

(...)

³⁶⁵ Bu maddenin ilk versiyonunda sadece hakkaniyet ve eşitlik ilkelerine atıf yapılmıştır. IBA Kuralları'nın 2010 yılında kabul edilen yeniden gözden geçirilmiş versiyonunda ise hakkaniyet ve eşitliğin yanına usul ekonomisi ve orantılılık ilkeleri de eklenmiştir. Bununla birlikte, daha önce de bu kavramların hakkaniyet ve eşitlik ilkelerine dahil olduğu düşünülmekteydi. Bu ekleme sonucunda ise usul ekonomisi ve orantılılık uyarınca da delillerin kabul edilmeyebileceği açık hale gelmiştir. Sonuç olarak, bu dört ilkenin gözetilmesi hakem heyetince bazı delillerin kabul edilmemesini veya dikkate alınmamasını haklı kılmaktadır. (O'Malley, s. 315; Max Schterngel, "**The Revised IBA Rules on the**

maddesi de delillerin değerlendirilmesi konusunda hakemlerin dürüstlük kuralını da dikkate almaları gerektiğini öngörmüştür³⁶⁶. Bu maddeye göre, taraflardan birinin delillerin ikamesi konusunda iyiniyetli davranmadığı görülürse hakem heyeti bu konuda işbu kurallara göre alınabilecek her türlü tedbiri alabilir. İlgili delilin tahkim yargılaması dışında tutulması da alınabilecek tedbirler arasında yer almaktadır.

Bir UNCITRAL tahkimi sonunda verilen *Methanex v. USA* kararına göre, silahların eşitliği ilkesi davacı tarafından hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin sunulmasını ve heyetçe kabul edilmesini engeller. Dava konusu olayda, davacı adına hareket eden kişiler delil olarak sunulan belgeleri özel mülke izinsiz girerek elde etmişlerdir³⁶⁷.

Methanex kararından beri birçok tahkimde hakkaniyet ilkesine ve dürüstlük kuralına atıf yapılarak bu prensip vurgulanmıştır³⁶⁸. Böylece, hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı taraflardan birinin hukuka aykırı yollarla elde ettiği delillerin hakem heyetince kabul edilmesini engeller.

Bu tespitlerin ardından, delilin hukuka aykırı şekilde elde edildiğini iddia eden tarafın bunu ispatlaması gerektiğini de belirtmek gerekir. Nitekim bir ICC tahkiminde, bir devlet organı, karşı taraf olan özel hukuk kişisi tarafından sunulan delillerin gizli kanallarla ve hukuka aykırı bir şekilde elde edildiğini ileri sürmüş, hakem heyeti ise deliller elde edilirken hukuk kurallarının ihlal edildiğinin ispatlanamadığı gerekçesiyle bu itirazı reddetmiştir³⁶⁹.

Taking of Evidence in International Arbitration: Focus on Document Production and Privilege”, International Disputes Quarterly, White & Case, Summer 2010, s. 12).

³⁶⁶ IBA Kuralları’nın 9(7) maddesine göre, “*Hakem Heyeti Taraflardan birinin delillerin ikamesi konusunda iyiniyetli davranmadığına karar verirse; Hakem Heyeti, işbu Kurallara göre alınabilecek diğer her türlü tedbirin yanı sıra, bu durumu, delil ikamesiyle ilgili veya delil ikamesinden doğan masraflar da dâhil olmak üzere, tahkim masraflarına ilişkin karar verirken dikkate alır.*”

³⁶⁷ *Methanex Corp v USA*, NAFTA/UNCITRAL, Nihai Karar, 3 Ağustos 2005, s. 26-29, para. 53-59. Karar için ayrıca bkz. O’Malley, s. 321.

³⁶⁸ *EDF Services Ltd. v. Romanya*, ICSID Case no. ARB/05/13, Usule İlişkin Karar No. 3, 2009, para. 47; *Libananco Holdings v. Türkiye*, ICSID Case no. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 Haziran 2008, s. 35-46. Bu kararların ilgili bölümleri ve yorumlar için bkz. O’Malley, s. 321-323.

³⁶⁹ ICC’nin 28 Şubat 1994 tarihli *W., a Corporation organized and existing under the laws of the Republic of X. v. F., a State agency, and U., a bank authorized and existing under Y. Law* kararı, Karar no. 7047/JJA, **13 ASA Bulletin 1995**, s. 316. Karar hakkındaki yorumlar için ayrıca bkz. O’Malley, s. 322, dn. 186.

Delilin hukuka aykırı yollardan elde edildiğinin de ispatlanmasıyla, hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralı bu tür bir delilin hakem heyetince kabul edilmesini engeller. Ancak, devlet mahkemeleri bazı durumlarda bu tür delillerin de hakem heyetince kabul edilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmesiyle ihlal edilen hakkın korunmasının sağlayacağı yarar ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının sağlayacağı yarar karşılaştırılmalı, eğer maddi gerçeğin ortaya çıkarılması delillerin hukuka aykırı yollardan elde edilmesiyle zarar gören haktan üstünse yine de söz konusu deliller kabul edilmelidir³⁷⁰.

Hukuka aykırılığın tanımı kanunlarda yapılmamış, delillerin hangi durumlarda hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olacağının belirlenmesi içtihatlarla bırakılmıştır. Devlet mahkemeleri kanuna aykırı şekilde veya özel hayatın gizliliğinin ihlali, hırsızlık gibi suç teşkil eden fiiller yoluyla elde edilen delilleri bu kategoride görmektedir. Kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen deliller (örneğin, hukuka aykırı şekilde elde edilen ses bandı, fotoğraflar, hukuka aykırı şekilde ele geçirilmiş günlük), gizlice sesin kaydedilmesi veya üçüncü kişilerin gizlice dinlemesi sonucu elde edilen deliller, gizlice kaydedilen video kayıtları, mektup, posta ve telefon görüşmesi gizliliğinin ihlali sonucu elde edilen deliller, hırsızlık yoluyla ele geçirilen senet ve diğer belgeler devlet mahkemelerince hukuka aykırı yollardan elde edilen delil olarak görülmektedir³⁷¹. Milletlerarası tahkimde delillerin kabul edilebilirliği tahkim usulüne uygulanacak hukuka tabidir³⁷². Dolayısıyla, hakem heyeti bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilen delil olup olmadığına tahkim usulüne uygulanacak hukuka göre karar vermelidir.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller “zehirli ağacın meyveleri” olarak görülmektedir. Bu tür deliller davanın aydınlanabilmesi, maddi gerçeğin ortaya

³⁷⁰ Marc D. Veit, “**Commentary on Chapter 12 PILS, Article 184 [Procedure: Taking of Evidence]**”, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Ed. Manuel Arroyo, Hollanda: Kluwer Law International, 2013, s. 130; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 3 Mayıs 2005 tarihli kararı, BGE 131 I 272, para. 3.2.3.3 ve 4 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-I-272%3Ade).

³⁷¹ Pekcanitez, “**Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller**”, s. 843-848.

³⁷² Daniel Girsberger/Nathalie Voser, **International Arbitration in Switzerland**, Zürich: Schultess, 2012, s. 219; Aygöl, s. 399.

çıkarılabilmesi açısından çekicidir, ancak zehirli ağacın meyvesini yiyen kişinin zehirlenmesi gibi, yargılama sırasında bu delili kullanan kişi de zehirlenir, zira bu kişi hukuka aykırı davranmış olur. Dürüstlük kuralının gerektirdiği istisnai durumlar dışında böyle bir delili kabul eden yargı organı da aynı şekilde hukuka aykırı davranmış olacaktır³⁷³.

§4. TARAFLARA EŞİT MUAMELEDE BULUNULMASI İLKESİ

Milletlerarası tahkim yargılamasında taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi incelenirken üzerinde durulması gereken konular özellikle, bu ilkenin iddia ve savunma hakkıyla ilişkisi, kavramsal olarak yanlış kullanımları, kapsamı ve taraflara gösterilmesi gereken eşit muamelenin mutlak bir eşitlik anlamına gelip gelmediğidir.

Taraflara eşit muamelede bulunulması ile iddia ve savunma hakkı arasındaki ilişki çözümlenirken adil yargılanma hakkının unsurlarından hareket etmek gerekir. Adil yargılanma hakkının kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul süre içinde, aleni surette ve hakkaniyete uygun olarak yargılanma olmak üzere dört unsuru içerdiği ve iddia ve savunma hakkının, adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri olan hakkaniyete uygun olarak yargılanma içinde ele alındığı bu çalışmanın birinci bölümünde belirtilmişti³⁷⁴.

Hakkaniyet, taraflar arasında yargılama boyunca usulî anlamda eşitliğin olmasını da gerektirir³⁷⁵. Taraflar arasında sağlanması gereken usulî anlamdaki bu eşitlik, silahların eşitliği olarak da adlandırılır³⁷⁶. Silahların eşitliğinin tanımı ve kapsamı konusunda temel kararlardan biri olan AİHM'in *Dombo Beheer BV v. Hollanda* kararına göre, medeni yargıda silahların eşitliği, her iki tarafa da diğer taraf karşısında zayıf durumda kalmaması için kendi iddia, savunma ve delillerini sunma olanağının tanınmasıdır³⁷⁷. Silahların eşitliği birçok diğer uygulamanın yanında,

³⁷³ Pekcanitez, "Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller", s. 810.

³⁷⁴ Bkz. Bölüm 1, §2. Bkz. Pekcanitez, "Adil Yargılama", s. 39-51.

³⁷⁵ Waincymer, s. 16-17; Aygöl, s. 115.

³⁷⁶ O'Malley, s. 320.

³⁷⁷ AİHM'in *Dombo Beheer BV v. Hollanda* kararı, Başvuru No: 14448/88, T: 27 Ekim 1993. Karar için ayrıca bkz. O'Malley, s. 321.

tarafllara, karar için gerekli malzemelerin getirilmesinde, iddiada bulunabilmede, karara etkide ve karşı tarafın iddialarına karşı savunmada da eşit imkan tanınmasıyla saęlanır³⁷⁸. Dolayısıyla, devlet yargılamasında olduğu gibi tahkim yargılamasının da tüm aşamalarında riayet edilmesi gereken iddia ve savunma hakkı ile taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi birbirinden ayrı olarak ele alınamazlar³⁷⁹. Yargılama devam ettiği sürece iddia ve savunma hakkının sağlanması taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi gözetilmeli ve taraflardan biri diğerine göre daha avantajlı duruma getirilmemelidir³⁸⁰. Uyuşmazlık konusunun aydınlanması ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için de bu gereklidir³⁸¹.

Birçok milletlerarası tahkim kuralı³⁸², tahkim kanunu³⁸³ ve yazar³⁸⁴ “*Taraflara eşit davranma ilkesi ile taraflara iddia ve savunma hakkı tanınması ilkesi*” gibi ifadeler kullanarak taraflara eşit davranma ilkesi ile iddia ve savunma hakkını ayrı ayrı ifade etmektedir. Örneğin, AAA Tahkim Kuralları R-32(a)’da öncelikle tahkim yargılamasında uygulanacak klasik prosedür belirtildikten sonra, bu klasik prosedürün hakemlerce değiştirilebileceği, ancak bu yapılırken taraflara eşit muamelede bulunma ve iddia ve savunma vasıtalarını ikame etme imkanının taraflara adil bir şekilde tanınması prensiplerine uygun hareket edilmesi gerektiği ifade edilmiřtir³⁸⁵. Bu ifade, bu kavramların birbirinden tamamen bağımsız olduğu anlamına gelmemelidir. Tahkim yargılaması yürütülürken gözetilecek olan bu

³⁷⁸ Pekcanıtez, “**Adil Yargılama**”, s. 47; Akıncı, **Tahkim**, s. 168-169, 316; Demir Gökyayla, **Kamu Düzeni**, s. 198; Kaplan, s. 126.

³⁷⁹ Hacıbekiroğlu, s. 47; Piero Bernardini, “**The Role of the International Arbitrator**”, Arbitration International, Yıl: 2004, Cilt: 20, Sayı: 2, s. 116.

³⁸⁰ Kaplan, s. 118; zekes, s. 107; Hacıbekiroğlu, s. 46.

³⁸¹ zekes, s. 107.

³⁸² UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 17(1), ICC Tahkim Kuralları m. 22(4), AAA Tahkim Kuralları R-32(a), DIAC Kuralları m. 17(2).

³⁸³ MTK m. 8/B, İsviçre Devletler zel Hukuku Federal Kanunu m. 182(3) ile m. 190/2-d.

³⁸⁴ rneğin Jaksic, s. 169; Lew/ Mistelis/Krll, s. 95, para. 5-69.

³⁸⁵ AAA Milletlerarası Tahkim Kuralları’nın R-32(a) hkm şu şekildedir:

“*The claimant shall present evidence to support its claim. The respondent shall then present evidence to support its defense. Witnesses for each party shall also submit to questions from the arbitrator and the adverse party. The arbitrator has the discretion to vary this procedure, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case.*”

prensipier ayrı ayrı belirtilmiş olsalar da aslında birbiriyle bağlantılıdır³⁸⁶. Taraflara eşit muamelede bulunma ilkesine uygun hareket edilmediği takdirde iddia ve savunma hakkına riayet edildiği de söylenemez.

İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre de taraflara eşit muamelede bulunulması ile iddia ve savunma hakkı büyük ölçüde aynı içeriğe sahiptir³⁸⁷. Ayrıca, doktrinde de bu iki hakkın büyük ölçüde kesiştiği kabul edilmektedir³⁸⁸. Bu görüşe göre, taraflara eşit muamelede bulunulmaması aynı zamanda bir iddia ve savunma hakkı ihlali teşkil eder. Örneğin, zamanında ileri sürülmesine ve uyuşmazlıkla ilgili olmasına rağmen hakemlerin taraflardan birinin iddiasını dikkate almaması eşitlik ilkesinin olduğu kadar iddia ve savunma hakkının da ihlalidir.

Ancak, her ne kadar iç içe geçmiş olsalar da bu hakların aynı olmadığını da belirtmek gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi bu tespiti de yapmaktadır³⁸⁹. Dolayısıyla, istisnai bir durum olmakla birlikte³⁹⁰ taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin veya iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinin diğerinin de ihlal edildiği anlamına gelmediği haller bulunmaktadır³⁹¹. Bu haller genellikle iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği ancak eşit muamelede bulunma ilkesinin ihlal edilmediği hallerdir. Bu veriler sonucunda, kanaatimizce, iddia ve savunma hakkının taraflara eşit muamelede bulunulmasına göre daha üst bir kavramı ifade ettiği sonucu çıkarılabilir.

Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi MTK'nın 8/B ve 15A/1-g maddelerinde düzenlenmiştir. MTK'nın 8/B maddesine göre "*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri*

³⁸⁶ Kaplan, s. 127, dn. 186.

³⁸⁷ Manuel Arroyo, **Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide**, Hollanda: Kluwer Law International, 2013, s. 226 (dn. 263'te zikredilen Federal Mahkeme kararları).

³⁸⁸ Bu görüş için bkz. Bernhard Berger/Franz Kellerhals, **International and Domestic Arbitration in Switzerland**, 2. Baskı, Bern: Sweet&Maxwell, 2010, s. 291, para. 1012; M.E. Schneider, "**Art. 182**", International Arbitration in Switzerland: An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, Ed. Stephen V. Berti, Hollanda: Springer, 2010, para. 64.

³⁸⁹ Arroyo, s. 226 (dn. 265'te zikredilen Federal Mahkeme kararı).

³⁹⁰ Berger/Kellerhals, s. 291, para. 1012, dn. 44.

³⁹¹ Arroyo, s. 226.

sürme olanağı tanınır.” MTK’nın hakem kararının iptal sebeplerini düzenleyen 15A maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde ise “Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediği” ifadesi yer almaktadır. Kalpsüz, bu ifadelerin birçok bakımdan hatalı olduğunu ifade etmektedir:

“Önce Milletlerarası Tahkim Kanunu, Anayasa, Seçim Kanunu vs. gibi vatandaşların siyasi haklarını düzenleyen bir kanun değildir; dolayısıyla kanun önünde fertlerin eşitliği prensibini çağrıştıracak şekilde burada genel olarak “tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi”nin iptal sebebi olarak zikredilmesi son derece başarısız bir ifade tarzıdır.

Saniyen bir özel hukuk uyumsuzluğunda tarafların eşit durumda olması esasen söz konusu değildir. Bir şirketin %95’ine sahip ortakla %5’ine sahip olan bir ortak arasında çıkan uyumsuzlukta, haiz oldukları haklar, savunma imkanları ve kullanabilecekleri prosesual vasıtalar itibariyle tarafların eşit durumda oldukları söylenemez.”³⁹²

Nitekim, UNCITRAL Model Kanunu’nun 18. maddesinde “Taraflar eşit muameleye tabi tutulacak ve her tarafa iddia ve savunmasını tam olarak sunma fırsatı verilecektir” ifadesi yer almaktadır³⁹³. Bu durum, taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin hatalı çeviri sonucunda MTK’ya yanlış bir şekilde alındığını göstermektedir³⁹⁴.

UNCITRAL Model Kanunu’nun 18. maddesinde yer alan taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi tahkim kurallarında ve pek çok modern hukuk sisteminde emredici bir kural olarak yer almaktadır³⁹⁵. New York Sözleşmesi’nin

³⁹² Kalpsüz, s. 140.

³⁹³ UNCITRAL Model Kanunu m. 18: “The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.”

³⁹⁴ Kalpsüz, s. 140.

³⁹⁵ Bkz. UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 17(1); ICC Tahkim Kuralları m. 22(4); LCIA Tahkim Kuralları m. 14(4); AAA Tahkim Kuralları R-32(a); 2007 tarihli DIAC Kuralları m. 17(2); İSTAC Kuralları m. 1 MTK m. 8/B, m. 15A/1-g; İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu m. 182(3), m. 190/2(d); Alman Medeni Usul Kanunu m. 1042(1); İngiliz Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 33/1(a). Ayrıca, Sözleşme metninde açıkça yer almasa da ICSID Sözleşmesi kapsamında da iddia ve savunma hakkı tarafların eşitlik prensibine uygun bir biçimde iddia ve savunmalarını ileri sürme ve bunları destekleyecek delilleri sunma haklarını içerir. (R. Doak Bishop/James Crawford/W. Michael

V(1)(b) maddesinde bu ilkeye açıkça yer verilmemesine karşın, bu ilkenin New York Sözleşmesi'nin, özellikle madde V(1)(b)'nin bir parçası olduğu konusunda da tereddüt edilmemelidir³⁹⁶.

Taraflara gösterilmesi gereken eşit muamelenin matematiksel bir eşitlik anlamına gelip gelmediği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır³⁹⁷. Matematiksel eşitlik sağlanması gerektiğini söyleyen yazarlar, taraflara eşit davranma ilkesinin olumlu ve olumsuz unsurlarından yola çıkmaktadırlar. Olumlu unsur, hakemin taraflardan birine tanıdığı usûli hakkı diğerine tanımaktan kaçınmayacak olmasıdır. Olumsuz unsur ise taraflardan birine tanımadığı usûli hakkı diğerine de tanımaması gerektiğidir³⁹⁸.

Nitekim *Kaplan*, taraflara iddia ve savunma hakkının sağlanmasında eşitlik ilkesinin de gözetilmesi gerektiğinden, davacıya bir cevap hakkı tanınması halinde davalıya da yeni bir cevap hakkının verilmemiş olmasının veya taraflardan birine ek tanık dinletme olanağı sağlanırken diğer tarafa aynı hakkın tanınmamasının iddia ve savunma hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmekte, dolayısıyla taraflar arasında matematiksel eşitlik sağlanması gerektiğini savunmaktadır³⁹⁹. *Kaplan*, bu konuda İsviçre Mahkemesi'nin bir kararını örnek olarak göstermektedir. İsviçre Basel Mahkemesi'nin söz konusu kararında, davacının hakem heyetine sunmuş olduğu replik dilekçesine karşılık olarak, davalı tarafa düplik dilekçesi sunma, dolayısıyla cevap verme imkanının tanınmaması hakem kararının tenfizine engel olmuştur⁴⁰⁰.

Reisman, **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**, Hollanda: Kluwer Law International, 2005, s. 1546).

³⁹⁶ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, para. 11.72; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3520; Scherer, s. 298.

³⁹⁷ Matematiksel eşitlik sağlanması gerektiği görüşü için bkz. *Kaplan*, s. 140; Hacıbekiroğlu, s. 47. Aksi görüş için bkz. Pierre Lalive/Jean François Poudret/Claude Reymond, **Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse**, Lozan: Editions Payot, 1989, s. 353; Petrochilos, s. 145, para. 4.87; Kurkela/Turunen, s. 190; Roney/Müller, s. 58; Schwarz/Konrad, s. 421; Waincymmer, s. 16; Akıncı, **Tahkim**, s. 315; Kalpsüz, s. 141; Aygül, s. 116-117; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Mayıs 1992 tarihli kararı, **10 ASA Bulletin 1992**, s. 381-401.

³⁹⁸ Lalive/Poudret/Reymond, s. 353; Aygül, s. 116; *Kaplan*, s. 129; Hacıbekiroğlu, s. 47.

³⁹⁹ *Kaplan*, s. 129, 140.

⁴⁰⁰ *Kaplan*, s. 140, dn. 243; Basel Mahkemesi'nin 11.3.1971 tarihli kararı, **BJM**, 1971, s. 95.

Kanaatimizce, Basel Mahkemesi'nin bahsi geçen kararından yola çıkarak genel bir yargıya varmak isabetli değildir. Zira, tarafların her birine tanınan cevap hakkı veya verilen sürelerin eşit olmaması veya tarafların her ikisine de ek tanık dinletme olanağının sağlanmaması her durumda iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez. Önemli olan, hakemlerce karara esas alınan konularda tarafların cevap verme imkanına sahip olmalarıdır. Bu imkanın sağlanabilmesi için ise tek bir yol yoktur. Tahkim yargılamasını yürütmenin birçok yolu vardır⁴⁰¹.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin bir kararı bu konuda güzel bir örnek teşkil etmektedir. Bu kararda, duruşmadan üç gün önce davacının sunduğu yeni belgeler karşısında davalıya cevap hakkı tanınmamış olması iddia ve savunma hakkının ihlali olarak görülmemiştir. Kararda, her ne kadar duruşmadan üç gün önce yeni belgeler sunulmuş olsa da bu belgelerin hakemlerce karara esas alınmadığı, ayrıca bu belgelerin yeni argümanlar içerdiğinin de davalı tarafından kanıtlanmadığı vurgulanmıştır⁴⁰².

Taraflara gösterilmesi gereken eşit muamelenin mutlak bir eşitlik anlamına gelip gelmediği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, matematiksel eşitlik sağlanmasının gerekmediği görüşünün daha desteklenebilir bir görüş olduğu kanaatindeyiz. Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesini benzer durumlardaki taraflara benzer şekilde davranılması, benzer usûl kuralları uygulanması gerektiği şeklinde anlamak gerekir. Somut olayda, tarafların içinde bulunduğu şartların farklı olması halinde taraflara hakkaniyet gereği farklı kurallar uygulanabilmelidir. Zira, Aristo'nun da dediği gibi, eşit durumda olmayan kişilere benzer şekilde davranılması eşitlik değildir⁴⁰³. Doktrinde mutlak bir eşitlik gerekmediği görüşünü savunan yazarlar da bu gerekçelerden hareket etmektedirler. Örneğin, somut olayın özellikleri dikkate alınarak hakkaniyet gereği taraflara farklı süreler tanınabilir⁴⁰⁴, hakemlerce bir tarafın tanığına daha fazla soru sorulabilir⁴⁰⁵,

⁴⁰¹ David, s. 400; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12 Ocak 1989 tarihli *G. SA v. T. Ltd.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 509-514.

⁴⁰² Alman İstinaf Mahkemesi'nin 28 Kasım 2008 tarihli kararı, **XXXIV YBCA 2009**, s. 536-544.

⁴⁰³ Waincymer, s. 16; Aristoteles, **Nichomachean Ethics**, Çeviren: Martin Ostwald, Upper Saddle River: Prentice-Hall Inc, 1999, 1131a22-1131a25.

⁴⁰⁴ Waincymer, s. 16-17; Petrochilos, s. 145, para. 4.87.

taraplardan yalnızca birine bir tanığın sorgulanması izni verilebilir veya tanığın ilk sorgusu taraflardan birisine bırakılabilir⁴⁰⁶.

Nitekim, UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 17(1)'in ilk taslağında taraflara mutlak eşitliğe dayalı muamele edileceği öngörülmüştür⁴⁰⁷. Ancak, maddeyle amaçlananın taraflar arasında mutlak eşitliği değil, hakkaniyeti sağlamak olduğu düşüncesiyle “mutlak” ifadesi maddeden çıkarılmıştır. Bu değişikliğin altında yatan düşünce, taraflara eşit davranılmasının her durumda hakkaniyete uygun olmayabileceğidir⁴⁰⁸.

ICC Tahkim Kuralları'nda yer alan ifade de mutlak eşitliğin gerekmediği görüşünü destekler niteliktedir. ICC Tahkim Kuralları m.22(4)'e (1998 ICC Tahkim Kuralları m. 15(2)) göre, hakem heyeti her durumda adil ve tarafsız şekilde hareket eder ve taraflara iddia ve savunma vasıtalarının ikamesi için yeterli imkanı verir⁴⁰⁹. ICC Tahkim Kuralları m. 22(4)'ün bazı tahkim kurallarından (örneğin UNCITRAL Tahkim Kuralları) farkı, “*with equality*” (eşit bir şekilde) ifadesinin yerine “*fairly*” (adil bir şekilde) ifadesinin kullanılmış olmasıdır. Bunun sebebi, bazı durumlarda taraflara mutlak bir şekilde eşit davranılmasının adil olmayan sonuçlara yol açacağı düşüncesidir⁴¹⁰. ICC Kuralları açısından bu konunun somutlaştırılması için şöyle bir örnek verilmektedir: Bir tahkimde taraflardan biri, sözleşme gereği yapması gereken bir ödemeyi karşı tarafın avukatınca gönderilen bir mektup dolayısıyla artık yapmasının gerekmediğini ileri sürmektedir. Diğer taraf ise bu mektubun rüşvet karşılığında alındığını iddia etmektedir. Rüşvet verildiğini iddia eden tarafın bu iddiasının doğru olabileceğini gösteren bir veri varsa, hakemler bu tarafa delillerini

⁴⁰⁵ Waincymer, s. 82.

⁴⁰⁶ Aygöl, s. 117.

⁴⁰⁷ Genel Sekreterin UNCITRAL Tahkim Kuralları Taslağı'na İlişkin Raporu, A/CN.9/97, **VI Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law 1975**, s. 172.

⁴⁰⁸ Baker/Davis, s. 76-77; Aygöl, s. 115.

⁴⁰⁹ ICC Tahkim Kuralları m. 22(4) hükmü şu şekildedir: “*In all cases, the arbitral tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party has a reasonable opportunity to present its case.*”

⁴¹⁰ Eric A. Schwartz/Yves Derains, **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2005, s. 229; Aygöl, s. 115. LCIA Kuralları m. 14(4) ile DIAC Kuralları m. 17(2) de “*eşit yargılama*” yerine “*adil bir şekilde yargılama*” ifadesinin tercih edildiği kurumsal tahkim kurallarına örnek gösterilebilir.

toplaması için daha çok süre verebilir. Zira, rüşvete ilişkin delil toplanması sözü geçen mektubun hakem heyetine sunulmasına göre daha çok zaman alacaktır ve hakkaniyet bunu gerektirir⁴¹¹.

ICC Kuralları'na benzer şekilde, bazı hukuk sistemlerinde de UNCITRAL Model Kanunu'nun ifadesinden farklı olarak, eşitlik yerine, hakkaniyet (fairness) kavramı tercih edilmiştir⁴¹².

Taraflara hangi durumlarda farklı kuralların uygulanabileceğinin tespit edilmesi ise oldukça zordur. Bu tespit, somut olayın şartları dikkate alınarak hakem heyetince yapılacaktır⁴¹³. Hakem heyeti hakkaniyetin ne şekilde sağlanacağını tespit ederken tahkim yargılamasının etkin ve az masraflı bir şekilde yürütülmesini de gözetmelidir⁴¹⁴. Ayrıca, bu tespit yapılırken hakkaniyetin aşırı şekilde dikkate alınması da bazı pratik problemlere neden olabilir. Örneğin, uyuşmazlığın taraflarının farklı hukuk sistemlerinden gelmeleri durumunda hakkaniyetin tam olarak sağlanabilmesi için her iki tarafın hukukundan farklı kuralların tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar olarak belirlenmesine gerek olmadığı, taraflardan birinin usûl kurallarının tercih edilebileceği, bunun taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir⁴¹⁵.

Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi, tahkimde hangi usûl kuralları uygulanırsa uygulansın, yargılama usulüne hakim olması gereken bir prensiptir⁴¹⁶. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun 182 (3) maddesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu maddeye göre, seçilen usûl kuralları ne olursa

⁴¹¹ Schwartz/Derains, s. 229. Schwartz ayrıca hakkaniyet ilkesinin bu şekilde uygulanmasında çok dikkatli olunması gerektiğini, bu uygulamanın örneğin avukatla temsil edilmeyen tarafa yardım etmek gibi boyutlara ulaşmaması gerektiğini belirtmiştir (Schwartz/Derains, s. 229, dn. 65).

⁴¹² Örneğin, İngiliz Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 33/1(a), Avusturya Medeni Usul Kanunu m. 594(2).

⁴¹³ Roney/Müller, s. 58.

⁴¹⁴ Waincymer, s. 17.

⁴¹⁵ Aygöl, s. 118.

⁴¹⁶ Akıncı, **Tahkim**, s. 168; Kalpsüz, s. 141; Aygöl, s. 116.

olsun hakemler taraflara eşit muamelede bulunmalı ve iddia ve savunma hakkına riayet etmelidirler⁴¹⁷.

Tahkimde hangi usûl kuralları uygulanırsa uygulansın, yargılama usulüne hakim olması gereken bir prensip olan taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi bu yönüyle, hakemlerin taraflardan birini diğeri karşısında dezavantajlı duruma düşürmesini engellediği gibi, taraflar arasında bu ilkeye aykırı bir şekilde yapılacak anlaşmaları da geçersiz kılar. Taraflar da yargılama boyunca bu ilkeyi gözetmelidirler. Taraflardan yalnızca birine usulî haklar tanıyan veya taraflardan yalnızca birini usulî haklardan mahrum eden anlaşmaların ilgili hükümleri bu ilke gereğince geçersiz olacaktır⁴¹⁸. Zira, taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinden tarafların iradi olarak vazgeçmeleri dahi mümkün değildir⁴¹⁹. Yalnızca bir tarafın avukatla temsil edilmesini⁴²⁰, hakemin reddi talebinde bulunmasını veya sadece taraflardan birisi ile duruşma yapılmasını öngören anlaşmalar, bu ilkeye aykırılık teşkil edecek anlaşmalara örnek olarak gösterilebilir⁴²¹. Ayrıca, her iki tarafın da duruşmada avukatla temsil edilme hakkından vazgeçmesi halinde dahi, taraflardan birinin duruşmada kendini savunmaya yönelik her türlü hukuki bilgiye sahip olması halinde diğer tarafa karşı avantajlı konuma geçtiği ve taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin ihlal edildiği söylenebilir⁴²². Taraflara eşit muamelede

⁴¹⁷ İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu m. 182 (3): *“Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire.”*

⁴¹⁸ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, para. 6.12; Scherer, s. 299, dn. 406; Aron Broches, **Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, s. 95; Akıncı, **Tahkim**, s. 169, 316-317; Kaplan, s. 127; Aygöl, s. 117.

⁴¹⁹ Akıncı, **Tahkim**, s. 169, 316-317; Kalpsüz, s. 142; Yeğengil, s. 278.

⁴²⁰ Tahkim yargılamaında tarafların avukat vasıtasıyla temsil edilebilmeleri, iddia ve savunmalarını daha etkin bir şekilde ileri sürebilmelerini sağlar. Her iki tarafın da avukatla temsil edilme hakkından vazgeçmeleri veya tarafların avukatla temsil edilmemesinin tahkim yargılamaının tabi olduğu usûl kurallarından kaynaklanması haricinde taraflara bu hakkın tanınmaması iddia ve savunma hakkının ihlalini teşkil eder. Örneğin, GAFTA Tahkim Kuralları'nın 16. maddesi, taraflar arasında açık bir anlaşma olmadıkça, tarafların duruşmalarda avukatla temsil edilmeyeceğini öngörmektedir. GAFTA Tahkim Kuralları'nda böyle bir düzenlemenin yapılmasının nedeni, GAFTA tahkiminde tarafların tacir olmasının yanında, hakem heyetinin de çoğunlukla hukukçulardan değil tacirlerden oluşmasıdır. Tamamen tacirler arasındaki böyle bir tahkimde taraflar avukatla temsil edilmeksizin de iddia ve savunmalarını etkin bir şekilde ileri sürebileceklerdir. Bkz. Kaplan, s. 130-131.

⁴²¹ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, para. 6.12; Kaplan, s. 127; Aygöl, s. 117.

⁴²² Kaplan, s. 128. *Kaplan*, her iki tarafın da tanık göstermekten vazgeçmesi, ancak gerçekte zaten tek bir tarafın davada tanık sunacağı ihtimalinde ise, tarafların tanık göstermekten vazgeçmesinin hızlı ve

bulunulması ilkesi, bu şekilde taraflarca iddia ve savunma hakkının sınırlandırılmasının da en önemli ölçütlerinden biri görevini görür⁴²³.

Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin, yargılamayı yürüten tüm hakemlerin yargılama boyunca bağımsız olmalarını ve tarafsız bir şekilde hareket etmelerini gerektirdiği de belirtilmelidir⁴²⁴. Başhakem gibi, uyuşmazlık taraflarınca atanan hakemler de her iki tarafa da aynı ölçüde mesafeli davranmalıdırlar. Bunun yanında, başhakeme düşen önemli görevlerden biri, hakem heyetinin kendi içinde yapacağı veya taraflarla yapılacak toplantılarda, müzakerelerde ve yazışmalarda taraflarca atanan hakemler arasındaki eşitliğin sağlanmasıdır⁴²⁵.



pratik yargılamaya hizmet ettiğini, dolayısıyla taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir.

⁴²³ Kaplan, s. 127.

⁴²⁴ Kurkela/Turunen, s. 185; Akıncı, **Tahkim**, s. 315-316; Hacıbekiroğlu, s. 48.

⁴²⁵ Akıncı, **Tahkim**, s. 315-316.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİMDE İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ İHLALİNİN SONUÇLARI

§1. TENFİZ ENGELİ OLARAK İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ İHLALİ

A. Genel Olarak

Türk hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi MÖHUK'un 60 ve 62. maddeleri arasında düzenlenmektedir. MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) hükümlerine göre, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olması hakem kararının tenfizinin reddi sebepleri arasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemelere göre, *“taraplardan biri hakemler önünde usûlüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise”* ve/veya *“hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usûlen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkanından yoksun bırakılmış ise”*, mahkeme yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

Türkiye'nin New York Sözleşmesi'ni 3731 sayılı kanun ile 1991 yılında onaylamış olması ve Sözleşme'nin 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi karşısında⁴²⁶, MÖHUK'un yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümleri New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışında kalan ve yerli hakem kararı da sayılmayan hakem kararlarının tenfizinde uygulama alanı

⁴²⁶ New York Sözleşmesi Türkiye tarafından 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanunla onaylanmış ve 21.5.1991 günlü Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Ancak, Sözleşme'de özel yürürlük maddesi bulunmaktadır. Sözleşme'nin 12. maddesine göre, Sözleşme onay veya katılma belgesinin BM'ye tevdiini takip eden 90. günde yürürlüğe girecektir. Türkiye'nin bu maddedeki prosedürü yerine getirmesinin ardından Sözleşme 1 Ekim 1992 tarihi itibarıyla Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. Sözleşme'nin içerdiği hükümler nitelik itibarıyla usûl kurallarıdır. Usûl kuralları yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren kapsamlarına giren konular bakımından uygulanır hale geldiklerinden, Sözleşme'nin Türkiye bakımından yürürlüğe girdiği 1 Ekim 1992 tarihinden sonra Türk mahkemelerinde açılan yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında New York Sözleşmesi uygulama alanı bulur. Hakem kararının 1 Ekim 1992'den önce verilmiş olması Sözleşme'nin uygulanmasını engellemez. (Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 325).

bulmaktadır⁴²⁷. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 19.11.2001 tarihli kararında da, milletlerarası bir anlaşma olan New York Sözleşmesi hükümlerinin, Sözleşme'nin uygulama alanına giren konularda öncelikle uygulanması gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir: *“Yabancı hakem kararlarının tenfizi yöntemi MÖHUK'un 45. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu konuda milletlerarası anlaşmalar olduğu ve TBMM tarafından onaylandığı takdirde iç hukuk kuralı haline gelen ve MÖHUK'a göre daha özel kanun niteliğinde bulunan milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir.”*⁴²⁸

New York Sözleşmesi'nin uygulanacağı hakem kararlarının kapsamı oldukça geniş olsa da yerli hakem kararlarıyla birlikte iki grup hakem kararı bu Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalmaktadır⁴²⁹. Birinci grup, tenfiz devletinin Sözleşme'nin I(3) maddesi uyarınca mütekabiliyet esası dairesinde sözleşme hükümlerinin sadece diğer bir Âkit Devletin topraklarında verilen hakem kararlarının tanınması ve icrasına uygulanacağını beyan ettiği durumlarda, Sözleşme'ye taraf olmayan devlet ülkelerinde verilmiş hakem kararlarından oluşmaktadır. Türkiye de bu beyanda bulunan devletler arasındadır. İkinci grupta ise New York Sözleşmesi'nin VII. maddesi uyarınca, daha elverişli hükümler içerdiği için hakem kararının tenfiz yeri ülkesi hukukuna göre tenfizinin talep edildiği haller bulunmaktadır⁴³⁰. Bu durumda da New York Sözleşmesi'nin hükümleri uygulanamayacaktır.

Ancak, gerek milletlerarası ticaret hayatında rol oynayan devletlerin neredeyse tamamının New York Sözleşmesi'ne taraf olması⁴³¹, gerekse Sözleşme'nin diğer

⁴²⁷ Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 109; Şit, s. 193.

⁴²⁸ Yarg. 11. HD, 19.11.2001 T., 2001/6144 E., 2001/9045 K. (Ekşi, **Mahkeme Kararları**, s. 488-489).

⁴²⁹ Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 181.

⁴³⁰ New York Sözleşmesi yerine daha elverişli hükümler içerdiği için tenfiz yeri ülkesinin hukukunun uygulandığı durumların oldukça az olduğu, bunun sebebinin yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırma amacını taşıyan New York Sözleşmesi hükümlerinin milli hukuklara göre daha elverişli durumda olması olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 88-89; Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 181, dn. 638. Almanya, milletlerarası ticari hakem kararlarının tenfizi ile ilgili belirli konularda Sözleşme'den daha elverişli hükümler içeren ender hukuk sistemlerinden biridir. Bkz. Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 181-182, dn. 638.

⁴³¹ 16 Nisan 2013'te Myanmar'ın da dahil olmasıyla Anlaşma'ya taraf olan ülkelerin sayısı 149'a yükselmiştir. Taraf devletlerin listesi için bkz. <www.newyorkconvention.org/countries>.

milli hukuklar yanında MÖHUK’a nazaran da daha elverişli hükümler içermesi sebebiyle yabancı hakem kararlarının Türkiye’de tenfizi büyük ölçüde Sözleşme kapsamında gerçekleştirilecektir⁴³². Dolayısıyla, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkı ihlalleri konusunda MÖHUK’un 62(1)(ç) ve (d) maddelerinin uygulanma kabiliyeti oldukça azalmıştır. Türkiye’de yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin davaların büyük bir kısmında MÖHUK’taki bu maddelerin New York Sözleşmesi’ndeki karşılığı olan V(1)(b) maddesi uygulanmaktadır.

Sözleşme’nin V(1)(b) maddesi İngilizce kaynaklarda genel olarak “Violation of Due Process” başlığı altında, “Usûlüne Uygun Tebligat (Proper Notice)”, “Süreler ve İhbar Süreleri (Time Limits and Notice Periods), “Diğer Bir Sebep Yüzünden İddia ve Müdafaa Vasıtalarını İkame Etme İmkânını Elde Edememek (Otherwise unable to present his case)” şeklinde bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir⁴³³.

“*Due process*” kavramı milletlerarası anlaşmalarda⁴³⁴, UNCITRAL Model Kanunu’nda⁴³⁵, mahkeme kararlarında⁴³⁶ ve doktrinde⁴³⁷ farklı şekillerde tanımlanmakla birlikte, New York Sözleşmesi kapsamında bu ifadeyle çekişmeli

⁴³² Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 182; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2015, s. 657-658.

⁴³³ Albert Jan van den Berg, **XXXIX YBCA 2014**, Hollanda: Kluwer Law International, 2014, s. 319-342.

⁴³⁴ AIHS’in 6. maddesinde “*due process*” kavramı, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde yargılanma hakkı olarak tanımlanmıştır.

⁴³⁵ UNCITRAL Model Kanunu’nun 18. maddesinde “*due process*” kavramı, taraflara eşit muamelede bulunulması ve tarafların her birine iddia ve müdafaa vasıtalarının ikame edilmesinde tam imkan tanınması olarak tanımlanmaktadır.

⁴³⁶ Örneğin, Amerikan mahkeme kararlarına göre *due process*’in sağlanmasının temel koşulu taraflara anlamlı bir zamanda ve anlamlı bir şekilde dinlenilme imkanının verilmiş olmasıdır. Bkz. Amerikan İstinaf Mahkemesi’nin 24 Kasım 1992 tarihli *Iran Aircraft Industries v. Iran Helicopter Support, Renewal Company v. Avco Corporation* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 596 – 606.

⁴³⁷ Van den Berg “*due process*” kavramını *audi et alteram partem* olarak da bilinen, hakkaniyete uygun ve iki taraflı yargılama prensibi olarak tanımlamaktadır (Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 297). Bernardini’ye göre ise, “*due process*” üç temel prensibi kapsamaktadır: 1) Hukuki dinlenilme hakkı (en azından yazılı olarak), 2) *Audi et alteram partem* (örneğin, taraflardan her birinin karşı tarafın iddiaları hakkında bilgilendirilmesi ve buna cevap vermeleri için imkan tanınması), 3) Taraflara eşit muamelede bulunulması (Bernardini, s. 116).

yargılamada iddia ve savunma hakkının kastedildiği konusunda fikir birliği bulunmaktadır⁴³⁸.

Bu başlık altında New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin hazırlık çalışmaları, unsurları ve tenfiz davalarında bu maddenin uygulanmasında ortaya çıkan bazı sorunlar ele alınacaktır. İddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespit edilmesinde hangi hukukun uygulanacağı, Sözleşme'nin V(1)(b) maddesinin V(2)(b) ve V(1)(d) maddeleriyle ilişkisi, ispat yükünün kimin üzerinde olduğu, iddia ve savunma hakkının ihlali ile hakem kararı arasında nedensellik ilişkisi olmaması halinde bunun kararın tenfizine ne şekilde yansıtacağı ve iddia ve savunma hakkından feragatin hangi durumlarda söz konusu olabileceği uygulamada ortaya çıkan başlıca sorunlardır.

B. New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) Maddesi

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi, aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilmemiş olduğu, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkanını elde edememiş bulunduğu ispatlanırsa hakem kararının tenfizi talebinin reddedilebileceğini belirtmektedir⁴³⁹.

Bunun anlamı şudur: New York Sözleşmesi'ne taraf olan bir ülkede kendisine karşı bir hakem kararının tenfizi istenen taraf, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini ispatlayarak tenfizi engelleyebilir.

Sözleşme'nin tasarısında, aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın sadece hakem tayininden veya tahkim prosedüründen zamanında haberdar edilmemesi sonucunda iddia ve savunma vasıtalarının ikame edilmesinde yeterli sürenin verilmemiş olması halinde yabancı hakem kararının tenfizinin reddedilebileceği

⁴³⁸ Jana/Armer/Kranenberg, s. 234-235.

⁴³⁹ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, Resmi Gazete Tarihi: 21.5.1991, Sayı: 20877.

öngörölmüştür⁴⁴⁰. Tasarıda maddenin mevcut haline göre daha dar bir ifadenin kullanılmış olmasının nedeni, taraflara iddia ve savunmalarını hazırlamaları için yeterli süre verilmemesinin tenfiz aşamasında en çok karşılaşılan itiraz türü olmasıdır⁴⁴¹. Ancak, New York Konferansı'nın son dan bir önceki oturumunda Hollanda delegesinin önerisi üzerine maddenin daha da genişletilmesine ve tenfiz davasında iddia ve savunma hakkı konusunda karşılaşılabilecek itirazların tamamını kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesine karar verilmiştir⁴⁴².

New York Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına bakıldığında, “*proper*” ifadesinin de Norveç delegesinin önerisi sonucu V(1)(b) maddesinde yer aldığı görölmektedir. Böylece New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde “*proper*” ve “*notice*” ifadeleri bir araya gelmiş ve usûlüne uygun tebligat kavramı ortaya çıkmıştır⁴⁴³.

New York Konferansı sırasında tasarıda yer alan ifadede yapılan değişiklikler sonucunda New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi ilk bakışta 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ndeki karşılığı olan 2(1)(b) maddesinden daha geniş görönmektedir. Zira, Cenevre Sözleşmesi'nin 2(1)(b) hükmüne göre, kendisine karşı hakem kararının tenfizi istenen tarafa yargılamaya ilişkin bildirimler iddia ve savunma vasıtalarını ikame etme imkanı verecek uygun zamanda yapılmamış olursa veya bu kişi hukuki açıdan ehliyetsiz olduğu halde uygun bir şekilde temsil edilmemişse, hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir. Ancak, Cenevre Sözleşmesi yalnızca bildirimlerin zamanında yapılmasından ve tarafların usûlüne uygun bir şekilde temsil edilmesinden bahseder gibi görünse de, uygulandığı dönemde iddia ve savunma hakkının ciddi bir şekilde ihlal edildiği tüm halleri

⁴⁴⁰ V(1)(b) maddesinin tasarıda yer alan halinin İngilizcesi şu şekildedir: “*The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings in sufficient time to enable him to present his case*”.

⁴⁴¹ Kaplan, s. 120.

⁴⁴² Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 306; Kaplan, s. 120; UN DOC E/CONF. 26/SR. 23, s. 15.

⁴⁴³ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 303; UN DOC E/CONF. 26/SR. 17, s. 9. Bu konu için ayrıca bkz. İkinci Bölüm, §1, B.

kapsadığı şeklinde yorumlanmıştır⁴⁴⁴. Dolayısıyla, New York Sözleşmesi'nin bu konuda getirdiği yenilik sadece iddia ve savunma hakkının ihlaline ilişkin tenfiz engelinin kapsamının genişliğini daha açık bir biçimde belirtmek olmuştur⁴⁴⁵.

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi genellikle, “Usûlüne Uygun Tebligat (Proper Notice)”, “Süreler ve İhbar Süreleri (Time Limits and Notice Periods), “Diğer Bir Sebep Yüzünden İddia ve Müdafaa Vasıtalarını İkame Etme İmkânını Elde Edememek (Otherwise unable to present his case)” şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir⁴⁴⁶. Ayrıca, V(1)(b) maddesinde açıkça yer verilmemesine karşın, taraflara eşit muamelede bulunma ilkesinin de bu maddenin bir parçası olduğu konusunda tereddüt edilmemelidir⁴⁴⁷. Dolayısıyla, bu çalışmanın ikinci bölümünde milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının unsurlarını açıklarken yer verilen başlıkların her biri bu dört başlıktan birinin kapsamında yer almaktadır.

Uygulamada iddia ve savunma hakkı ihlallerinin kendisine karşı bir hakem kararının tenfizi istenen tarafça ileri sürülen tenfiz engelleri arasında oldukça önemli bir yer teşkil ettiği ve sık sık kararlara konu olduğu belirtilmektedir⁴⁴⁸. Ancak, birçok tenfiz davasında hakem kararının tenfizini engellemek için davalı tarafından iddia ve savunma hakkının ihlaline dayanılmış olsa da, bu iddianın başarıya ulaştığı ve hakem kararının tenfizinin reddedildiği dava sayısı oldukça azdır⁴⁴⁹. Zira V(1)(b) maddesinin lafzından iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olabileceği hallerin oldukça geniş olduğu anlaşılsa da, mahkemeler Sözleşme'nin yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırma amacını da dikkate alarak yalnızca hakem

⁴⁴⁴ H. W. Greminger, **Die Genfer Abkommen von 1923 und 1927 über die internationaleprivate Shiedsgerichtsbarkeit**, 1957, s. 69 (Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 297'den naklen).

⁴⁴⁵ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 297.

⁴⁴⁶ Van den Berg, **XXXIX YBCA 2014**, s. 319-342.

⁴⁴⁷ Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides, para. 11.72; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3520; Scherer, s. 298.

⁴⁴⁸ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 297.

⁴⁴⁹ Verbist, s. 692; Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 297. Verbist, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin tenfiz engeli olarak ileri sürüldüğü 136 tenfiz davası üzerinde yapmış olduğu çalışmada, bu davalardan sadece 14 tanesinde (%10) iddia ve savunma hakkının ihlali nedeniyle tenfizin reddedildiği sonucuna varmıştır.

kararını etkileyen çok ciddi vakıaları bu hakkın ihlali olarak görme ve dolayısıyla Sözleşme'nin bu maddesini dar ve milli hukuklardan bağımsız olarak yorumlama eğilimindedirler⁴⁵⁰. Maddenin dar yorumlandığı gerçeği, bir milli hukuka göre iddia ve savunma hakkının ihlalini teşkil eden bir durumun milletlerarası bir tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlali anlamına gelmeyebileceğini belirten mahkeme kararlarında daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır⁴⁵¹. Ayrıca, Sözleşme'nin V(1)(b) maddesinin lafzından da anlaşılacağı üzere, mahkemeler için önemli olan, tahkim yargılamasında taraflara iddia ve savunma hakkını kullanma imkanının tanınmış olup olmadığıdır. Bu imkanın tanınmış olması karşısında, tarafların bilerek veya kusurlu olarak bunu kullanmamaları halinde bir tenfiz engelinden bahsedilemez⁴⁵².

C. İddia ve Savunma Hakkının İhlalinin Diğer Tenfiz Engelleriyle İlişkisi

I. İddia ve Savunma Hakkı ve Kamu Düzeni

New York Sözleşmesi'nin V(2)(b) maddesine göre, yabancı hakem kararının tenfizinin, tenfizin talep edildiği devletin kamu düzenine aykırı olduğunun tespit edilmesi halinde de tenfiz talebi reddolunabilir. MÖHUK'un 62(1)(b) hükmünde de yabancı hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise tenfiz isteminin reddedileceği düzenlenmiştir. İki düzenlemeye göre de, kamu düzenine aykırılık aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafça ileri sürülebileceği gibi, tenfiz hakimi tarafından re'sen de tespit edilebilir.

⁴⁵⁰ Van den Berg, *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, s. 297; Kaplan, s. 120.

⁴⁵¹ Van den Berg, *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, s. 297.

⁴⁵² Born, *International Commercial Arbitration*, s. 3539; Kurkela/Turunen, s. 37; Scherer s. 302; Jana/Armer/Kranenberg, s. 253-254; Akıncı, *Ticari Hakem Kararları*, s. 123; Kalpsüz, s. 237; Bayata Canyaş, s. 546; Floransa İstinaf Mahkemesi'nin 8 Ekim 1977 tarihli *Bobbie Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci s.a.s.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 289-291; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12 Ocak 1989 tarihli *G. SA v. T. Ltd.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 509-514; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 30 Temmuz 1998 tarihli *Shipowner v. Time Charterer* kararı, **XXV YBCA 2000**, s. 714-716; İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 739-752; Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 23 Mart 2001 tarihli *Grow Biz International Inc. (US) v. D.L.T. Holdings Inc. (Kanada), Debbie Tanton (Kanada)* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 450-465; Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 26 Kasım 2003 tarihli *Consortio Rive, S.A. de C.V. (Mexico) v. Briggs of Cancun, Inc. (US) v. David Briggs Enterprises, Inc. (US)* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 1160-1171; Avusturya Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 1 Eylül 2010 tarihli *D v. Franz J* kararı, **XXXVI YBCA 2011**, s. 256 – 257; Kolombiya Yüksek Mahkemesi'nin 27 Temmuz 2011 tarihli *Petrotesting Colombia S.A. et al. v. Ross Energy S.A.* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 200 – 204; Kolombiya Yüksek Mahkemesi'nin 19 Aralık 2011 ve 3 Mayıs 2012 tarihli *Drummond Ltd. v. Instituto Nacional de Concesiones – INCO et al.* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 205 – 209.

Bir tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olması genellikle söz konusu hakem kararının tenfiz edilmesinin tenfizi gerçekleştirecek devletin kamu düzenine de aykırı olacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesiyle MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) bentlerinde düzenlenen tenfiz engeli ve kamu düzeni arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır⁴⁵³. *Nomer*'e göre, burada kamu düzeninin müdahalesini gerektirecek olan durum, hakem heyetince uygulanan usûl kurallarının iddia ve savunma hakkının kullanımını önlemesi veya özellikle sürelerle ilişkin kuralların iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılmasını engelleyici ölçüde olmasıdır⁴⁵⁴. Hal böyleyken, bunların iki ayrı bentte, iki ayrı tenfiz engeli olarak düzenlenmiş olması bazı soruları beraberinde getirmektedir: Bu durum iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tamamen kamu düzeni ihlalinin kapsamından çıkartıldığı anlamına gelir mi? Bu soruya verilecek yanıtın olumsuz olması halinde iddia ve savunma hakkının ihlalinin ayrı bir tenfiz engeli olarak düzenlenmesinin anlamı nedir?

Öncelikle, bu tenfiz engellerinin ayrı bentler altında düzenlenmiş olmaları aralarında bazı farklılıklar olduğunu göstermektedir. Örneğin, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) bentlerinde yer alan tenfiz engeli sadece tarafların itirazıyla ve bu itirazı desteklemek üzere sunulan deliller kapsamında inceleme konusu olabilirken, lafzından anlaşılabileceği üzere kamu düzeninin ihlaline ilişkin maddeler tenfiz hakimi tarafından re'sen inceleme konusu yapılabilir⁴⁵⁵.

Ancak, bu farklılıkların iddia ve savunma hakkı ihlallerinin kamu düzenine aykırılık kapsamından çıkartıldığı anlamına gelmeyeceği savunulmaktadır⁴⁵⁶. Zira, New York Sözleşmesi'nin V(2)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(b) hükmü sadece

⁴⁵³ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 299; Jana/Armer/Kranenberg, s. 235; Lew/Mistelis/Kröll, s. 711, para. 26-82; Scherer, s. 291; Yeğengil, s. 278-279, 294; Nomer, s. 562; Akıncı, **Tahkim**, s. 376; Şit, s. 170-171.

⁴⁵⁴ Nomer, s. 562.

⁴⁵⁵ Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 160; Şit, s. 212; Jana/Armer/Kranenberg, s. 235; Scherer, s. 291.

⁴⁵⁶ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 300; Jana/Armer/Kranenberg, s. 236-237; Gaillard/Savage, s. 986, para. 1697. Karşıt görüş için bkz. Bruno Appetit, **"Le Refus d'Exécution d'une Sentence Arbitrale Etrangère dans le cadre de la Convention de New York"**, Revue de l'Arbitrage, Yıl: 1971, Sayı: 3, s. 97.

esasa ilişkin kamu düzenine aykırılıkları değil, usûle ilişkin aykırılıkları da müeyyidelendirir⁴⁵⁷. Basel İstinaf Mahkemesi de bir kararında madde V(2)(b)'nin sadece esasa ilişkin kamu düzenine aykırılıkları değil, usûle ilişkin aykırılıkları da içerdiğini ifade etmiştir⁴⁵⁸. Bu nedenle, iddia ve savunma hakkının ihlali halinde hakem kararının tenfizinin her iki tenfiz engeli uyarınca da reddedilmesi mümkün olmalıdır⁴⁵⁹.

İddia ve savunma hakkı ihlallerinin aynı zamanda kamu düzenine aykırılık olarak görülmesi, aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafın iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek tenfize engel olmadığı hallerde hakimnin bu konuda re'sen inceleme yaparak hakem kararının tenfizini reddedebilmesini sağlayacaktır. Bu nedenle, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) bentleri için öngörülen ispat yükünün, mahkemelerin kendi araştırmalarını yapmalarına engel olacak nitelikte olmadığı söylenebilir. Öngörülen ispat yükünün amacı, hakem kararının tanınması ve tenfizi davasının daha hızlı sonuçlanmasını sağlamaktır⁴⁶⁰.

Bazı devlet mahkemeleri de, tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verirken New York Sözleşmesi'nin V(2)(b) maddesine dayanarak, iddia ve savunma hakkının ihlalinin madde V(2)(b) kapsamına da girdiğini zımnen onaylamışlardır. Paris İstinaf Mahkemesi'nin bir kararı bu zımni onaya örnek gösterilebilir⁴⁶¹. Söz konusu tenfiz davasında davalı, hakemin bir tanığın çapraz sorgusuna izin vermemiş olmasının madde V(2)(b) uyarınca bir tenfiz engeli olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme de bu madde uyarınca bir inceleme yaparak

⁴⁵⁷ Kurkela/Turunen, s. 21-22.

⁴⁵⁸ Basel İstinaf Mahkemesi'nin 3 Haziran 1971 tarihli *Dutch Seller v. Swiss Buyer* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 309-310.

⁴⁵⁹ Bu tenfiz engellerinden birinin ileri sürülmesi, diğerinin de ileri sürülmesini engellemez. Taraflar bu tenfiz engellerinden birini ileri sürmeyi tercih edebilecekleri gibi, her iki tenfiz engelini birlikte de ileri sürülebilirler. Tarafların genellikle devlet mahkemeleri karşısında daha etkileyici olacağını düşünerek, tenfiz engeli olarak New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi yerine V(2)(b) maddesine dayanmayı tercih ettikleri, ancak bu düşüncenin doğru olmadığı ifade edilmektedir. (Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 300).

⁴⁶⁰ Jana/Armer/Kranenberg, s. 236.

⁴⁶¹ Paris İstinaf Mahkemesi'nin 10 Mayıs 1971 tarihli *Compagnie de Saint Gobain-Pont a Mousson v. The Fertilizer Corporation of India Ltd. (FCIL)* kararı, **I YBCA 1976**, s. 184-185.

hakem kararının tenfizinin kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın da iddia ve savunma hakkının ihlalinin aynı zamanda kamu düzenine aykırılık olarak gören kararları bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2011 tarihli bir kararında, Londra'da yürütülen bir tahkim yargılaması sırasında davalı tarafa hakemin tayininde usûlüne uygun tebligat yapılmadığı ve bu nedenle yabancı hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle tenfiz davasının reddinin gerektiğine hükmetmiştir⁴⁶². Yargıtay'ın bu kararına konu olan tenfiz davasında davalının hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu yönünde bir itirazda bulunduğu, ancak New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) bentlerinde düzenlenen tenfiz engellerini ileri sürmediği dikkat çekmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararına konu olan tenfiz davasında ise, davalı tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin hiçbir iddiada bulunmamasına rağmen ilk derece mahkemesi kamu düzenine aykırılık olup olmadığını araştırırken iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediğini de araştırmıştır. İlk derece mahkemesi bu araştırma sonucunda iddia ve savunma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiş, Yargıtay da bu kararı onamıştır⁴⁶³.

Bu durumda, iddia ve savunma hakkının ihlalinin New York Sözleşmesi'nde ve MÖHUK'ta iki ayrı tenfiz engeli olarak düzenlenmesinin sebeplerinin de incelenmesi gerekir. Konu New York Sözleşmesi açısından ele alındığında, bir görüşe göre, madde V(2)(b) varken ayrıca madde V(1)(b)'nin de Sözleşme metnine konulmasının nedeni iddia ve savunma hakkına verilen önemdir⁴⁶⁴. Madde V(1)(b)'de, iddia ve savunma hakkına riayet edilmiş olması için hakem heyetinin taraflara sunması gereken imkanların belirtilmiş olmasıyla taraflar için daha spesifik bir koruma sağlandığı söylenebilir⁴⁶⁵. Ayrıca, madde V(1)(b)'de öngörülen ispat

⁴⁶² Yarg. 19. HD, 03.03.2011 T., 2010/7983 E., 2011/2784 K. (Çiçekli, s. 366-367).

⁴⁶³ Yarg. 11. HD, 02.06.2003 T., 2002/13265 E., 2003/5759 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

⁴⁶⁴ Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 300.

⁴⁶⁵ Jana/Armer/Kranenberg, s. 237.

yükü tenfiz davasının daha hızlı sonuçlanmasını sağlayabilecektir⁴⁶⁶. Bu yorum MÖHUK açısından da geçerli olmalıdır.

II. İddia ve Savunma Hakkının İhlali ve Usûle Uygulanacak Kurallara Aykırılık

New York Sözleşmesi'nin V(1)(d) maddesine göre, aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf hakem kurulunun teşekkülünün veya hakemlik usûlünün tarafların anlaşmasına ve anlaşma olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun bulunmadığını ispat ederse hakem kararının tenfizi talebi reddedilebilir. MÖHUK'un 62(1)(f) hükmünde de hakem seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usûl, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise tenfiz isteminin reddedileceği düzenlenmiştir.

Tarafların kararlaştırdıkları usulî kurallar veya tahkim yerine ait usûl kuralları ile iddia ve savunma hakkı arasındaki ilişki konusunda bugüne kadar yapılan değerlendirmelerin sayısı oldukça azdır. Ancak, kanaatimizce bu konunun aydınlatılması oldukça önemlidir. Zira, tahkim yargılamasının tamamen tarafların üzerinde anlaştığı usûl kurallarına uygun bir şekilde yürütülmesi halinde dahi New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) bentleri uyarınca hakem kararının tenfizinin reddedilmesinin talep edilip edilemeyeceği önemli bir sorundur.

Van den Berg'e göre, tarafların tahkime uygulanacak usûl kurallarını belirlemede irade muhtariyetinin sınırı iddia ve savunma hakkının temel gerekleridir. Taraflar kendi iradeleriyle dahi bu temel gereklerden vazgeçemezler. Bu nedenle, bir tahkim yargılamasında izlenen kurallar tarafların anlaşmasına uygun olsa, dolayısıyla tenfiz engeli olarak Sözleşme'nin V(1)(d) maddesi ileri sürülemeyecek olsa dahi, madde V(1)(b) uyarınca hakem kararının tenfizi reddedilebilir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Jana/Armer/Kranenberg, s. 236.

⁴⁶⁷ Van Den Berg, s. 301.

Van den Berg bu konuda Köln İstinaf Mahkemesi'nin bir kararına atıf yaparak, örneğin, tarafların üzerinde anlaştıkları Tahkim Kuralları uyuşmazlığı çözmek üzere tayin edilen hakemlerin isimlerinin taraflara bildirilmemesini öngörüyorsa, böyle bir düzenlemenin iddia ve savunma hakkının temel gereklerine aykırı olacağını ve bu kural uygulanarak verilmiş bir hakem kararının tenfizinin madde V(1)(b) uyarınca reddedilebileceğini ifade etmektedir⁴⁶⁸. Köln İstinaf Mahkemesi'nin kararına konu olan hakem kararı Kopenhag Hububat ve Yem Ticareti Tahkim Komitesi Kurallarına tabi olan bir tahkim yargılaması sonunda verilmiştir ve bu tahkim yargılamasında başhakem dışındaki diğer hakemlerin isimleri davalıya bildirilmemiştir. Kopenhag Tahkim Komitesi'nin kurallarına göre hakemler tarafların haberi olmadan atanabilmektedir. Köln Mahkemesi'ne göre bu durum New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi uyarınca iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğinin ileri sürülmesine engel değildir. Davayı yürütmekte olan hakemlerin isimleri kendisine bildirilmeyen davalı, davayı yürütmesini uygun görmediği hakemlerin gerçekte yargılamaya katılıp katılmadıklarını tespit edemeyeceğinden iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir⁴⁶⁹.

Tarafların kararlaştırdıkları usulî kurallar ile iddia ve savunma hakkı arasındaki ilişkiyi iki farklı ihtimali göz önünde bulundurarak incelemek gerekir:

Birinci ihtimal, tarafların üzerinde anlaştıkları usul kurallarının Sözleşme'nin V(1)(b) maddesinde öngörülen standartların üzerinde hükümler içermesidir. Bu durumda, tahkim yargılamasında tarafların üzerinde anlaştıkları bu ek kurallara uyulup uyulmadığının denetimi madde V(1)(d) altında yapılacaktır. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında bu tür ek kuralların ihlal edildiği gerekçesiyle hakem kararının tenfizine karşı koymak isteyen taraf tenfiz engeli olarak madde V(1)(b)'yi değil, madde V(1)(d)'yi ileri sürmelidir⁴⁷⁰.

İkinci ihtimal ise tarafların üzerinde anlaştıkları usul kurallarının madde V(1)(b)'de belirtilen standartların altında hükümler içermesidir. Bu durumda,

⁴⁶⁸ Van den Berg, *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, s. 301.

⁴⁶⁹ Köln İstinaf Mahkemesi'nin 10 Haziran 1976 tarihli *Danish buyer v. German (F.R.) seller* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 258 – 260.

⁴⁷⁰ Ulrich Haas, Bölüm 3, Madde 5, para. 24 (Scherer, s. 290'dan naklen).

hakemlerin tarafların belirledikleri usûl kurallarına göre karar vermeleri halinde madde V(1)(b)'de belirtilen daha yüksek standartların yargılama sırasında ihlal edilmesi ihtimali bulunmaktadır. Tarafların anlaşmasını dikkate almayarak madde V(1)(b)'de yer alan standartlara göre karar vermeleri halinde ise madde V(1)(d) uyarınca bir tenfiz engeli ortaya çıkmış olacaktır. Böyle bir durumla karşılaşılması halinde ne yapılması gerektiği konusunda iki görüş ortaya atılmıştır. Birinci görüşe göre, irade muhtariyeti ilkesinin öncelikle gözetilmesi gerekir, dolayısıyla hakemler tarafların anlaşmalarını esas almalıdırlar⁴⁷¹. Zira, tarafların daha düşük standartlardaki usûl kurallarının uygulanmasını kararlaştırmakla madde V(1)(b) kapsamındaki haklarından zımnen feragat ettiği düşünülebilir. İkinci görüşe göre ise, madde V(1)(b) kapsamındaki asgari usulî korumalardan tarafların kendi iradeleriyle dahi vazgeçmeleri mümkün olmadığından, bu madde kapsamında yer alan hakların asgari usulî koruma niteliğinde olanlarının uygulanmayacağını öngören taraf anlaşmaları geçersiz olmalıdır⁴⁷². Feragatin geçersizliğine ilişkin bu görüş *Van den Berg*'in, tarafların kendi iradeleriyle dahi iddia ve savunma hakkının temel gereklerinden vazgeçemeyecekleri yönündeki görüşüyle uyum içindedir.

Kalpsüz ise madde V(1)(d)'yi madde V(1)(b)'den bağımsız bir şekilde ele almaktadır. Bu görüşe göre, madde V(1)(d)'de ifade edilen, tarafların tahkim usûlüne uygulanmasını kararlaştırdıkları hükümler, madde V(1)(b) kapsamına giren yargılama usûlünün asli prensipleri dışında kalan hükümlerdir. Örneğin, tarafların hakem kararının iki lisanda verilmesini kararlaştırmış olmalarına rağmen, kararın sadece bir lisanda verilmesi halinde tarafların belirledikleri usûl kurallarına aykırılık söz konusu olur ve iddia ve savunma hakkının ihlali sebebiyle değil, taraflarca kararlaştırılan tahkim usûlüne riayetsizlik sebebiyle tenfiz talebinin reddedilmesi istenebilir⁴⁷³. Kanaatimizce, *Kalpsüz*'ün görüşü de *Van den Berg*'in, tarafların kendi iradeleriyle dahi iddia ve savunma hakkının temel gereklerinden vazgeçemeyecekleri yönündeki görüşüyle uyum içindedir.

⁴⁷¹ Scherer, s. 291.

⁴⁷² Scherer, s. 290-291; Yeğengil, s. 278.

⁴⁷³ *Kalpsüz*, s. 238.

Sonuç olarak, tarafların üzerinde anlaştıkları usûl kurallarının madde V(1)(b)'de belirtilen standartların altında hükümler içermesi halinde tenfiz hakimi madde V(1)(b) uyarınca hakem kararının tenfizini reddedebilmelidir. Zira, tarafların madde V(1)(b) kapsamındaki asgari usulî korumalardan kendi iradeleriyle dahi vazgeçmeleri mümkün değildir. Ancak bunun için madde V(1)(b)'nin tenfiz davasının davalısı tarafından bir tenfiz engeli olarak ileri sürülmüş olması gerekir.

D. Tenfiz Talebinin Reddedilebilmesi için Gerekli Şartlar

I. İddia ve Savunma Hakkının İhlali ile Hakem Kararı Arasındaki Nedensellik İlişkisi

İddia ve savunma hakkının ihlali ile hakem kararı arasında nedensellik ilişkisi olması, ihlalin gerçekleşmesinin hakem kararının sonucunu etkilemiş olması anlamına gelir. Böyle bir nedensellik ilişkisinin var olup olmadığı tespit edilirken bu ihlal gerçekleşmemiş olsaydı yargılamanın hakkı ihlal edilen taraf lehine sonuçlanıp sonuçlanmayacağı araştırılır.

İddia ve savunma hakkının ihlalinin tenfizin reddi sebebi olarak kabul edilmesi için yargılamanın sonucunu etkilemesinin gerekip gerekmediği, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur. New York Sözleşmesi'nde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak, bu konunun çözümüyle ilgili farklı görüşler ortaya atılmıştır. Bu konuda üç farklı görüş tespit edilmiştir.

Birinci görüşe göre, nedensellik ilişkisi, iddia ve savunma hakkının ihlalinin tenfiz engeli teşkil etmesi için gerekli şartlardandır ve iddia ve savunma hakkının her türlü ihlalinde ayrıca nedensellik ilişkisi araştırılmalıdır⁴⁷⁴. Almanya, Fransa, Hong Kong, İspanya, Amerika ve İngiltere'de verilen mahkeme kararları da genellikle bu görüşü destekler niteliktedir⁴⁷⁵. Bununla birlikte, bu mahkeme kararlarının çoğunda,

⁴⁷⁴ Jean Rouché/Gerald H. Pointon/Jean-Louis Delvolvé, **French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration**, 2. Bası, Hollanda: Kluwer Law International, 2009, s. 253; Kröll, s. 476; Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 302.

⁴⁷⁵ Alman İstinaf Mahkemesi'nin 3 Nisan 1975 tarihli *Firm P v. Firm F* kararı, **II YBCA 1977**, s. 241; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Ocak 1989 tarihli *Seller of soybean flour v. Buyer of soybean flour* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 491-499; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 24 Haziran 1999 tarihli *Manufacturer v. Exclusive distributor* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 687-696; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 30 Eylül 1999 tarihli kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 640-651; Hong Kong Temyiz Mahkemesi'nin 23 Ağustos 1991 tarihli *Guangdong New Technology Import & Export Corporation*

nedensellik ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi için ihlal olmasaydı kararın farklı yönde olacağının mutlak bir şekilde söylenebiliyor olması aranmamış, kararın farklı yönde olma ihtimalinin olması yeterli görülmüştür⁴⁷⁶.

Örneğin, İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına konu olan tenfiz davasında davalı, tahkim yargılamasında hakemin tayinine ilişkin bildirimin kendisine teleks ve bir mektup vasıtasıyla yapıldığını, bunun usûlüne uygun bir bildirim olmadığını, zira teleks ve mektubun bu bildirim için uygun araçlar olmadığını ileri sürmüş ve tenfizin reddedilmesini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, yalnızca bildirimin yapıldığı tarafta bildirim konusuna ilişkin bir bilgi eksikliği olduğu takdirde bu araçların yetersizliğinden bahsedilebileceğini ve tenfizin reddedilebileceğini belirtmiştir. Bu durumda davalı teleksin bildirimin yapıldığı gün ve saatte çalışmıyor olduğunu veya e-mail hizmet sunucusundaki sorunlar nedeniyle mektubun alınamadığını, bu nedenle bilginin kendisine ulaşmadığını, böylece bildirimin uygun araçlarla yapılmamış olmasının yargılamayı etkilediğini kanıtlamalıdır⁴⁷⁷.

Nedensellik ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi için yüzde yüz geçerli bulguların elde edilmesine gerek yoktur. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini ileri süren taraf, bu ihlal gerçekleşmeseydi bu hakkını ne şekilde kullanacağını ve bunun hakem kararını ne şekilde etkileyebileceğini göstermelidir. İhlalin hakemlerin tayinine ilişkin olması halinde ise, en azından ihlal gerçekleşmeseydi farklı üyelerden oluşan bir hakem heyetinin kurulacağı ileri sürülmelidir⁴⁷⁸.

Jiangmen Branch v. Chiu Shing trading as B.C. Property & Trading Company kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 385-388; İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 31 Temmuz 2000 tarihli *Ionian Shipping Line Co. Ltd v. Transshipping SA* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 532-539; İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 27 Ocak 2004 tarihli *Rosso e Nero GastsättenbetriebsgmbH v. Almandrera Industrial Catalana SA (ALICSA)* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 597-602; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 21 Aralık 1992 tarihli *P.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company, Utica Mutual Insurance Company and others* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 788-791. İlgili Fransız ve İngiliz mahkeme kararları için bkz. Scherer, s. 286, dn. 295, 297.

⁴⁷⁶ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3536; Kröll, s. 476; Ulrich Haas, Bölüm 3, Madde 5, para. 37 (Scherer, s. 287'den naklen).

⁴⁷⁷ İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 27 Haziran 1983 tarihli *Tortora Amedeo v. Tolimar S.A.* kararı, **X YBCA 1985**, s. 470-472.

⁴⁷⁸ Kröll, s. 476.

Birinci görüş uyarınca, ihlalin hakem kararı üzerindeki etkisinin tenfiz talebinin reddini gerekli kılacak ölçüde yoğun olup olmadığının tespitinin yeterli olması içeriği tetkik (revizyon) yasağının bir sonucudur⁴⁷⁹. Zira, nedensellik ilişkisinin mutlak surette tespit edilmesine çalışılması tahkim yargılamasında sunulan bazı delillerin tenfiz mahkemesince yeniden incelenmesini gerekli kılarak içeriği tetkik yasağının ihlal edilmesine neden olabilir⁴⁸⁰. İçeriği tetkik yasağının ihlal edilmemesi için tenfiz hakimi nedenselliğin varlığını tespit ederken kendisine ibraz edilen belgeler çerçevesinde, makul ölçüler içinde hareket etmeli, hakem kararının değiştirilerek yerine yeni bir hüküm getirilmesi anlamına gelecek incelemelerden kaçınmalıdır⁴⁸¹.

İkinci görüşe göre, nedensellik ilişkisi yine iddia ve savunma hakkının ihlalinin tenfiz engeli teşkil etmesi için gerekli şartlardan olmakla birlikte ciddi bir ihlalin söz konusu olduğu hallerde nedensellik ilişkisinin var olduğu farz edilmeli ve ayrıca nedensellik ilişkisi araştırılmamalıdır⁴⁸². Bu görüş açısından, iddia ve savunma hakkının hangi hallerde ciddi şekilde ihlal edilmiş sayılacağının tespit edilmesi önemlidir. Örneğin, Hollanda İstinaf Mahkemesi'nin *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV* kararında, tahkim yargılaması sırasında tarafların birinin sunduğu yeni belgeler karşısında diğer tarafa cevap hakkı tanınmaması ciddi bir ihlal olarak görülmüştür. Taraflardan birine bu hak tanınsaydı hakem kararının farklı yönde olacağının ispat edilmesi gerekli görülmemiştir⁴⁸³. Türk doktrininde *Kaplan*, ciddi bir ihlalin varlığının kabul edilmesi için nedensellik ilişkisinin kurulduğu kanısını uyandıracak ölçüde bir ihlalin ortaya çıkmasının yeterli olduğunu ifade etmektedir⁴⁸⁴. *Kaplan*'a göre ifade hakkı, karşı görüş ve beyanlarını ileri sürebilme hakkı veya ispatta bulunma hakkı gibi hakların ihlalinin ciddi ihlal olarak görülmesi mümkündür⁴⁸⁵. Hile, rüşvet vb. davranışlar da ciddi ihlallere örnek olarak

⁴⁷⁹ Scherer, s. 287.

⁴⁸⁰ Van den Berg, *Towards a Uniform Judicial Interpretation*, s. 302.

⁴⁸¹ Kaplan, s. 179.

⁴⁸² Born, *International Commercial Arbitration*, s. 3536-3537; Scherer, s. 288.

⁴⁸³ Hollanda İstinaf Mahkemesi'nin 28 Nisan 1998 tarihli *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV* kararı, **XXIII YBCA 1998**, s. 731-734.

⁴⁸⁴ Kaplan, s. 183.

⁴⁸⁵ Kaplan, s. 184.

gösterilmektedir⁴⁸⁶. Bazı ihlallerin hakem kararını etkiler nitelikte olduğu farz edilerek tenfiz isteminin reddini gerektirici görülmesi, nedensellik ilişkisinin tespit edilmesinde yaşanacak zorlukların bir miktar bertaraf edilmesini sağlayan bir yöntemdir⁴⁸⁷. Ancak, bu yöntemde de hangi iddia ve savunma hakkı ihlallerinin ciddi ihlal teşkil edeceğinin belirlenmesinde zorluklar yaşanacaktır. Kanaatimizce, iddia ve savunma hakkının ciddi bir şekilde ihlal edilip edilmediğine somut olayın şartlarına göre karar verilmelidir.

Üçüncü görüşe göre ise, nedensellik ilişkisi hiçbir durumda aranmamalıdır. Zira, iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olması her durumda ciddi bir usûl ihlali teşkil eder ve hakem kararının tenfizinin reddedilebilmesi için yeterlidir. Bu görüşün savunucuları New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin nedensellik ilişkisine dair bir gereklilik öngörmemesine ve bu ilişkinin ispatlanmasının zorluğuna dayanmaktadırlar⁴⁸⁸. Ayrıca, ihlal gerçekleşmeseydi hakem heyetinin daha farklı bir sonuca varıp varmayacağına ilişkin bir incelemenin revizyon yasağının ihlaline yol açacağı da bu görüşün benimsenmesi için bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir⁴⁸⁹. Ancak, birinci görüşü açıklarken belirtildiği üzere ihlal ile hakem kararı arasındaki nedensellik ilişkisinin tespit edilmesi içeriği tetkik yasağının ihlal edilmesini gerektirmez. Nedenselliğin mutlak bir şekilde tespiti gerekmeyip, varsayımsal olarak tespiti yeterlidir.

Türk hukukunda bu konu çok fazla ele alınmamıştır. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin Türk mahkeme kararlarında bu konudaki tartışmalara yer verilmeksizin nedensellik ilişkisinin mevcudiyetinin aranmadığı, yani üçüncü görüşün benimsendiği görülmektedir. Ancak, nedensellik ilişkisinin hiçbir durumda aranmaması sonucu hakem kararlarının tenfizinin daha kolay bir şekilde reddedilebilmesinin New York Sözleşmesi'nin hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırma amacıyla bağdaşmaması karşısında bu görüşlerin Türk

⁴⁸⁶ Scherer, s. 287; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3536.

⁴⁸⁷ Kaplan, s. 179-180.

⁴⁸⁸ Gaillard/Savage, s. 987, para. 1699; Jacqueline Linsmeau, “**Note-Cour d’appel de Bruxelles 24 janvier 1997-Compagnie inter arabe de garantie des investissements (CIAGI) v. Société Banque arabe et internationale d’investissement (BAII)**”, *Revue de l’Arbitrage*, Yıl: 1998, Sayı: 1, s. 195-210.

⁴⁸⁹ Hollanda İstinaf Mahkemesi’nin 28 Nisan 1998 tarihli *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV* kararı, **XXIII YBCA 1998**, s. 731-734.

mahkemelerince yeniden ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Kanaatimizce, ikinci görüş iddia ve savunma hakkının ihlalden dolayı hakem kararının tenfizinin reddedilebilmesi için birçok durumda (ciddi ihlal olmayan durumlarda) nedensellik ilişkisinin de ayrıca tespit edilmesini gerektirdiğinden, New York Sözleşmesi'nin amacı ile uyum içindedir. Ciddi ihlallerde nedenselliğin var olduğunu farz edip ayrıca araştırılmayacağını öngörmesi ise hem içeriği tetkik yasağının ihlal edilebileceği yönündeki kaygıları ortadan kaldırmakta, hem de ciddi ihlal halinde nedenselliğin tespit edilemediği gerekçesiyle hakem kararının tenfiz edilmesinin önüne geçmektedir. Bu nedenle, ikinci görüş Türk mahkemeleri tarafından da benimsenebilir.

II. İhlalin İspatı

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) bentlerinde belirtilen sebeplere dayanarak hakem kararının tenfizinin reddedilebilmesi için, aleyhine hakem kararı ileri sürülen ve tenfizi engellemek isteyen tarafın bu sebeplerden birinin varlığını ileri sürmesi ve ispatlaması gerekir⁴⁹⁰. Sözleşme'nin V. maddesi ile MÖHUK'un 61(2) hükmünde açıkça belirtilen bu husus, tenfiz davasında ispat yükünün aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafta, yani davalıda olduğunu göstermektedir. Bu konuda ispat yükünün davalı üzerinde olduğu, birçok mahkeme kararında da ifade edilmiştir⁴⁹¹. Sözleşme ile MÖHUK'ta

⁴⁹⁰ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3495-3496; Çelikel/Erdem, s. 697; Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 123-124; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 369; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 643; Cemal Şanlı/Emre Esen, “**Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**”, *Arbitration in Turkey*, Ed. İsmail Esin/Alı Yeşilirmak, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 232. Kanaatimizce, aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf, ciddi olarak nitelendirilemeyecek iddia ve savunma hakkı ihlalleriyle hakem kararı arasında bir nedensellik ilişkisi olduğunu, yani ihlalin hakem kararını etkilediğini de ispatlamalıdır. *Kaplan*'a göre de, “*Savunma haklarına ilişkin ihlaller ne kadar az ve hafif nitelikte ise, tenfize itiraz eden tarafın, bu ihlallerin nedensellik bağının oluşumu için yeterli olduklarını ispatlama yükümlülüğü o ölçüde fazladır.*” (Kaplan, s. 183).

⁴⁹¹ Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 26 Kasım 2003 tarihli *Consortio Rive, S.A. de C.V. (Mexico) v. Briggs of Cancun, Inc. (US) v. David Briggs Enterprises, Inc. (US)* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 1160-1171; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 2 Kasım 2007 tarihli *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 1041-1078; Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 14 Temmuz 2008 tarihli *Four Seasons Hotels & Resorts BV v. Consortio Barr SA* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 1183-1187; İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 24 Mart 1982 tarihli *Cominco France S.A. v. Soquiber S.L.* kararı, **VIII YBCA 1983**, s. 408-409; İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 3 Şubat 2004 tarihli *Tradigrain S.A. (Switzerland) v. Sociedad Ibérica de Molturación SA (SIMSA) (Spain)* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 603-607; İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 19 Kasım 1987 tarihli *Mara Confezioni SpA v. International Alltex Corporation* kararı, **XIV YBCA 1989**, s. 675-676; İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 22 Şubat 1992 tarihli *Trans World Film SpA v. Film Polski Import and Export of Films* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 433-436; İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 23 Nisan 1997 tarihli *Dalmine S.p.A. v. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.* kararı, **XXIV**

yer alan düzenlemeler, “Bir şeyi iddia eden ispat yükünü taşır” şeklindeki ispat hukuku kuralıyla da uyum göstermektedir. Ancak, menfi bir durumun ispat edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirebileceği kabul edilmektedir⁴⁹².

Örneğin, aleyhine hakem kararı ileri sürülen taraf, hakemlerin tayini veya tahkim prosedürü hakkında kendisine hiç tebligat yapılmadığını ileri sürdüğü takdirde, menfi bir durum olan tebligatın yapılmadığı vakiasının ispatı mümkün olmayacağı için ispat yükü yer değiştirecek ve fiilen tenfiz talep eden tarafta olacaktır⁴⁹³. Bu durumda tenfiz talep eden taraf tebligatın yapıldığını ispat etmelidir. Hakem kararında tebligatın usûlüne uygun yapıldığına ilişkin bir ifade olsa bile, tenfiz talep eden taraf bu ifadeyi tebligatın yapıldığının ispatı için kullanamaz. Tebligatın yapıldığını ve usûlüne uygun bir şekilde yapıldığını hakem kararı dışındaki belgelerle ispatlaması gerekir⁴⁹⁴.

Bununla birlikte İsviçre İlk Derece Mahkemesi önündeki bir tenfiz davasında davalı, tahkim yargılamasının başladığını bildiren mektubu almadığını ve bunun

YBCA 1999, s. 709-713; İtalya Temyiz Mahkemesi’nin 21 Ocak 2000 tarihli *De Maio Giuseppe e Fratelli snc v. Interskins Ltd.* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 492-499; Rusya Yüksek Tahkim Mahkemesi’nin 22 Haziran 2004 tarihli *Forever Maritime Ltd. (Malta) v. State Unitary Enterprise Foreign Trade Enterprise Mashinoimport (Russian Federation)* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 650-653.

⁴⁹² Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000, s. 619. Bir diğer görüşe göre ise, menfi bir durumun ispat edilmesinin söz konusu olduğu durumlarda ispat yüküyle ilgili genel kuralın değişerek ispat yükünün karşı tarafa geçmesi gerekmez. Bu tür durumlarda ispat imkansızlığının aşılabilmesi için ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak kabulü, ispat yükü taşımayan tarafa olayın aydınlanmasına katılma yükümlülüğü veya karşı delil ikame yükü yüklenmesi imkanlarından yararlanılabileceği ifade edilmektedir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 371-372).

⁴⁹³ Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 124; Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitler**, s. 369; Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 643; Şanlı/Esen, s. 232.

⁴⁹⁴ Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 643. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin E. 2009/532, K. 2009/6718 sayılı ve 8.4.2009 tarihli, Hollanda Hertogenbosch mahkemesinin 10.08.2007 tarihli boşanma kararının tanınmasına ilişkin kararında, davacının, boşanma davasında davalıya tebligat yapıldığına ilişkin bir belge ibraz edememesi karşısında, kendisine karşı tanıma istenen davalının hükmü veren mahkemeye o yer kanunları uyarınca usûlüne uygun şekilde çağrılmamış olmasının tanımaya engel olduğu sonucuna varılmıştır. Karar için bkz. Ali İhsan Özüğür, **Türk Medeni Kanunu’nun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 1291. Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, 04.10.2005 T., 10735 E., 13428 K. (Özüğür, s. 1286 vd). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2012/3715, K. 2012/8307 sayılı ve 18.05.2012 tarihli kararında açıkça ifade edildiği üzere, davalıya tebligat yapıldığının ispatı bakımından, tenfiz talebine konu yabancı kararda tebligat yapıldığının ifade edilmesi yeterli olmayıp, davalıya hangi usulle tebligat yapıldığı ortaya konulacak surette ispat edilmedikçe yabancı mahkeme kararının tenfizi mümkün değildir. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

savunma haklarını ihlal ettiğini iddia etmiş, mektubun gönderilmediğini kendisi kanıtlamayacağı için ispat yükünün yer değiştirmesi ve mektubu gönderdiğini davacının ispatlaması gerektiğini belirtmiştir. İsviçre Mahkemesi ise New York Konvansiyonu’nun V(1)(b) maddesinin açık lafzı karşısında davada ispat yükünün yer değiştirmesine yer olmadığına karar vermiştir⁴⁹⁵.

III. Feragat Teşkil Eden Bir Davranışın Yokluğu

New York Sözleşmesi’nin V(1)(b) maddesinde koruma altına alınan iddia ve savunma hakkının taraflar için getirilmiş bir yükümlülük değil, bir “hak” olması⁴⁹⁶, bu haktan feragatin de mümkün olabileceğini göstermektedir. Zira, taraflar bu haklarını diledikleri takdirde kullanırlar. Örneğin, taraflar belli bir süre sonunda yeni belge sunulamayacağını kararlaştırarak bu haklarından feragat edebilirler⁴⁹⁷. Ancak, iddia ve savunma hakkından feragat her durumda geçerli olmayıp, belli sınırlandırmalara tabidir⁴⁹⁸. Bu sınırlandırmalar gereğince, tarafların tahkim yargılamasından önce bu hakkın temel gereklerinden vazgeçmeleri geçersizdir⁴⁹⁹. Köln İstinaf Mahkemesi, tarafların tahkim yargılamasına uygulanmak üzere seçtikleri kurumsal tahkim kurallarında hakem isimlerinin taraflara bildirilmesini yasaklayan bir düzenlemenin olmasını iddia ve savunma hakkından erken feragat

⁴⁹⁵ İsviçre İlk Derece Mahkemesi’nin 14 Şubat 2003 tarihli *Italian party v. Swiss company kararı*, **XXIX YBCA 2004**, s. 819 – 833.

⁴⁹⁶ Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 780; Özekes, s. 149; Aygöl, s. 119.

⁴⁹⁷ Hollanda İstinaf Mahkemesi’nin 28 Nisan 1998 tarihli *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV kararı*, **XXIII YBCA 1998**, s. 731-734. Bu karara konu olan olayda, Rice Trading hakem kararının Hollanda’da tenfiz edilmesini talep etmiştir. Ancak, İlk Derece Mahkemesi bu talebi reddetmiş, İstinaf Mahkemesi de İlk Derece Mahkemesi’nin tenfizin reddine ilişkin kararını onamıştır. Tenfiz davasında Nidera, Rice Trading’in tahkim yargılaması sırasında sunduğu yeni belgeler karşısında kendisine cevap hakkı tanınmayarak iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Rice Trading ise Nidera’nın 10 Haziran 1996 tarihinden sonra artık yeni belge ve argüman sunulmayacağını kabul ederek bu hakkından feragat etmiş olduğunu, dolayısıyla iddia ve savunma hakkının ihlalinin söz konusu olmadığını savunmuştur. İstinaf Mahkemesi’ne göre, taraflar belli bir süre sonunda yeni belge sunulamayacağını kararlaştırarak bu haklarından feragat edebilirler. Ancak, dava konusu tahkim yargılamasında Nidera’nın bu hakkından feragat ettiğinin söylenebilmesi için Rice Trading’in 10 Haziran 1996 tarihli dilekçesiyle birlikte sunacağı ve Nidera’nın bu şekilde ilk defa haberdar olacağı belgelere sözlü veya yazılı bir şekilde cevap vermeyeceğini açıkça kabul etmiş olması gerekir. Mahkeme, Nidera’nın bu şekilde açık bir kabulünün olmadığını tespit ederek iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

⁴⁹⁸ Scherer, s. 288.

⁴⁹⁹ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3539; Pekcanitez, “**Hukuki Dinlenilme Hakkı**”, s. 781; Özekes, s. 149.

olarak görerek, bu feragati geçersiz saymıştır⁵⁰⁰. Ayrıca, tarafların iddia ve savunma hakkının asgari usulî koruma niteliğindeki temel gereklerinden tahkim yargılaması başladıktan sonra da vazgeçmeleri mümkün değildir⁵⁰¹.

Tarafların anlaşma yoluyla tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkından feragat edebilmesinin yanında, tahkim yargılaması sırasındaki bazı davranışları da hakem kararının tenfizi aşamasında bu hakkın ileri sürülmesinden feragat edildiği anlamını taşıyabilir. Feragat anlamına gelen bu davranışlar, iddia ve savunma hakkının ihlaline tahkim yargılaması sırasında itiraz edilmemiş olması, hakem kararı aleyhine olan tarafın tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkını kendi kusuru sonucunda kullanamamış olması veya söz konusu ihlalin iptal davasında gündeme getirilmemiş olmasıdır.

İddia ve savunma hakkının ihlaline zamanında, tahkim yargılaması sırasında, itiraz edilmemiş olması veya ihlalin düzeltilmesini sağlayacak yollardan birine (örneğin hakemin reddi) başvurulmamış olması hakem kararının tenfizi aşamasında bu hakkın ileri sürülmesinden feragat edildiği anlamını taşır⁵⁰². Bunun gerekçesi, tarafların hiçbir girişimde bulunmayıp sırf pusuda bekleyerek tenfiz aşamasında milyon dolarlık harcamaları ve yıllarca süren bir çalışmayı birdenbire ziyan edemeyeceği şeklinde ifade edilmiştir⁵⁰³. Taraflar tahkim yargılaması boyunca itirazda bulunmayarak sessiz kaldıktan sonra, kendileri aleyhine bir hakem kararı

⁵⁰⁰ Köln İstinaf Mahkemesi'nin 10 Haziran 1976 tarihli *Danish Buyer v. German (F.R.) Seller* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 258-260.

⁵⁰¹ Van Den Berg, s. 301.

⁵⁰² Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3537-3538; Jana/Armer/Kranenberg, s. 255; Lew/Mistelis/Kröll, s. 713, para. 26-89. Fransa Yüksek Mahkemesi'nin 6 Mayıs 2009 tarihli *Mandataires Judiciaires Associés in the person of Mrs. X and others v. International Company for Commercial Exchanges* kararı, **XXXV YBCA 2010**, s. 353-355; İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 11 Nisan 2000 tarihli *Union Générale de Cinéma SA (France) v. X Y Z Desarrollos SA (Spain)* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 525-531; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 8 Şubat 1978 tarihli *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.* kararı, **XI YBCA 1986**, s. 538-542; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 24 Ağustos 1990 tarihli *International Standard Electric Corporation v. Bidas Sociedad Anonima Petrolera* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 639-652; Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 15 Aralık 2010 tarihli *AO Techsnabexport v. Globe Nuclear Services and Supply GNSS Limited* kararı, **XXXVI YBCA 2011**, s. 407-411.

⁵⁰³ Amerikan mahkemesinin 1971 tarihli *Cook Industries Inc. v. C. Itoh & Co. (Amerika) Inc.* kararı. Bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3537-3538.

ortaya çıktığında önceden bilgileri dahilinde olan durumlar konusunda⁵⁰⁴ itirazda bulunarak hakem kararının icrasının önüne geçemezler. Devlet mahkemeleri bu hallerde gecikmiş itirazları reddederken itiraz hakkının düşmesi (estoppel)⁵⁰⁵, hakkın kötüye kullanılması ve iyiniyet ilkelerine⁵⁰⁶ dayanmaktadır.

Tenfiz aşamasında madde V(1)(b)'nin ileri sürülemeyeceği hallerden biri de, hakem kararı aleyhine olan tarafın tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkını kendi kusuru sonucunda kullanamamış olmasıdır. Usûlüne uygun tebligat yoluyla ve diğer şekillerde taraflara kullanma imkanı tanınan iddia ve savunma hakkı taraflarca kendi kusurları sonucu kullanılmazsa, bu durum hakem kararının tenfizine engel olmaz⁵⁰⁷. Mahkeme kararlarında da, kendisine usûlünce bildirim yapılan bir tarafın kendisinden veya temsilcisinden kaynaklanan bir sebeple duruşmaya katılmamış olması⁵⁰⁸, tanığının dinlenememiş olması gibi tarafların veya vekillerinin eylemsizliği, tecrübesizliği veya ihmali nedeniyle iddia ve savunma hakkının kullanılamadığı hallerde bu hakkın ihlal edildiği iddiasında bulunulamayacağı

⁵⁰⁴ Taraflar tahkim yargılaması sırasında bilgileri dahilinde olmayan iddia ve savunma hakkı ihlallerini tenfiz aşamasında ileri sürebileceklerdir. (Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3539).

⁵⁰⁵ Fransa Yüksek Mahkemesi'nin 6 Mayıs 2009 tarihli *Mandataires Judiciaires Associés in the person of Mrs. X and others v. International Company for Commercial Exchanges* kararı, **XXXV YBCA 2010**, s. 353-355.

⁵⁰⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 8 Şubat 1978 tarihli *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.* kararı, **XI YBCA 1986**, s. 538-542.

⁵⁰⁷ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3539; Jana/Armer/Kranenberg, s. 253-254; Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 123.

⁵⁰⁸ Parasal nedenlerle duruşmanın yapılacağı yere seyahat edilemediği için duruşmaya katılmanın mümkün olmadığı iddiası, duruşmaya vekil aracılığıyla veya çeşitli iletişim araçları vasıtasıyla katılmanın da mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini göstermez. Bu durum, duruşmaya katılamamada tarafların kusurunu ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmemiştir. Bkz. Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 23 Mart 2001 tarihli *Grow Biz International Inc. (US) v. D.L.T. Holdings Inc. (Kanada), Debbie Tanton (Kanada)* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 450-465. Tahkim yargılamasının tarafı olan şirketlerden biriyle bağlantısı olan kişinin tahkim yerinde kendisi aleyhine ceza davası açılmış olması nedeniyle, tutuklanma korkusuyla, duruşmaya katılamamış olması da, duruşmaya katılamamada tarafların kusurunu ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmemiştir. Zira, söz konusu kişi tutuklanma korkusuyla tahkimin görüldüğü yere girememiş olsa da iddia ve savunma hakkının kullanılabilmesi için bu kişinin duruşmada fiziksel mevcudiyeti dışında birçok yol bulunmaktadır. Nitekim, duruşmaya bir avukat veya şirket temsilcisinin gönderilmesi veya söz konusu kişinin duruşmaya uygun iletişim araçları vasıtasıyla katılması mümkündür. Bkz. Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 26 Kasım 2003 tarihli *Consortio Rive, S.A. de C.V. (Mexico) v. Briggs of Cancun, Inc. (US) v. David Briggs Enterprises, Inc. (US)* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 1160-1171.

vurgulanmıştır⁵⁰⁹. Taraflara dilekçelerin sunulması için belirlenen sürelerin uzatılması veya duruşmanın ertelenmesi talebinde bulunma imkanının sunulduğu hallerde, sürelerin kısalığı nedeniyle iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunulamayacağı da ifade edilmiştir⁵¹⁰.

İddia ve savunma hakkının ihlalinin iptal davası açılarak bu davada gündeme getirilmemiş olması halinde tenfiz davasında ileri sürülüp sürülemeyeceği konusu ise tartışmalıdır. Mahkeme kararlarında üç görüş ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, hakem kararının verilmesinden sonra iptal davası açılmaması halinde söz konusu ihlal tenfiz davasında ileri sürülemeyecektir⁵¹¹. Diğer bir görüşe göre, iptal davası açılmasının yararsız olacağı istisnai hallerde iptal davası açılmaksızın söz konusu ihlal tenfiz davasında ileri sürülebilir⁵¹². Bu istisnai haller, iptal davasının açılacağı mahkemenin yetkilerinin çok dar olduğu, tahkim yargılamasında asgari usulî korumaların ihlal edilmiş olması halinde dahi müdahalede bulunma yetkisinin bulunmadığı veya mahkemenin rüşvet gibi sebeplerle bu ihlalleri görmezden geldiği durumlardır. Bazı mahkeme kararlarında, açılacak iptal davasında verilecek kararın tenfiz hakimi açısından bağlayıcı olduğu da ifade edilmiştir⁵¹³. Üçüncü görüşe göre

⁵⁰⁹ Avusturya Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 1 Eylül 2010 tarihli *D v. Franz J* kararı, **XXXVI YBCA 2011**, s. 256 – 257; Kolombiya Yüksek Mahkemesi'nin 27 Temmuz 2011 tarihli *Petrotesting Colombia S.A. et al. v. Ross Energy S.A.* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 200 – 204; Kolombiya Yüksek Mahkemesi'nin 19 Aralık 2011 ve 3 Mayıs 2012 tarihli *Drummond Ltd. v. Instituto Nacional de Concesiones – INCO et al.* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 205 – 209; İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12 Ocak 1989 tarihli *G. SA v. T. Ltd.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 509-514; İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 739-752; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 30 Temmuz 1998 tarihli *Shipowner v. Time Charterer* kararı, **XXV YBCA 2000**, s. 714-716.

⁵¹⁰ Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Haziran 1997 tarihli kararı. Bkz. Jana/Armer/Kranenberg, s. 254.

⁵¹¹ Örneğin, Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Mart 2006 tarihli kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 342-346; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 3 Temmuz 2006 tarihli kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 358-362; İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 739-752.

⁵¹² Britanya Virjin Adaları İstinaf Mahkemesi'nin 18 Haziran 2008 tarihli *IPOC International Growth Fund Limited (Bermuda) v. LV Finance Group Limited (Britanya Virjin Adaları)* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 408-432.

⁵¹³ Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin 9 Eylül 2002 tarihli *International Investor KCSC v. Sanghi Polyesters Ltd.* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 577-590; Britanya Virjin Adaları İstinaf Mahkemesi'nin 18 Haziran 2008 tarihli *IPOC International Growth Fund Limited (Bermuda) v. LV Finance Group Limited (Britanya Virjin Adaları)* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 408-432. Aksi görüş için bkz. Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 12 Şubat 1993 tarihli *Société Unichips Finanziaria v. Gesnouin* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1993, Sayı: 2, s. 276. Bu kararda, Fransız hakiminin tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediğini Fransız hukukuna veya New York Sözleşmesi'ne göre tespit ederken hakem kararının iptali talebini reddeden İsviçre mahkemesinin kararıyla bağlı olmadığı ifade edilmiştir.

ise, iddia ve savunma hakkının ihlalini bir tenfiz engeli olarak ileri sürmek isteyen taraf öncelikle iptal davası açarak bu iddiayı ileri sürmek zorunda değildir⁵¹⁴. *Scherer*'e göre, hakem kararı aleyhine olan tarafı iptal davası açma yükümlülüğü altına sokmak tenfiz davası devam ederken iptal davasının da açılması, böylece paralel davaların ortaya çıkması riskini doğurur. Paralel davaların ortaya çıkması ise New York Sözleşmesi'nin yabancı hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırma amacının gerçekleşmesini engeller⁵¹⁵.

Kanaatimizce, hakem kararı aleyhine olan taraf, bir de tahkim yerinde iptal davası açma masrafıyla karşı karşıya bırakılmamalıdır. İptal davası dilendiği takdirde açılmalı, davanın açılmamış olması iddia ve savunma hakkının ihlaline ilişkin iddiaların tenfiz davasında ileri sürülmesini engellememelidir. Ancak, iptal davası açılmışsa, hakem kararının iptalini gerektirebilecek tüm hususların bu davada ileri sürülmesi gerekir. Aksi takdirde bu iddiaların tenfiz davasında ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır.

E. Tenfiz Davasında İddia ve Savunma Hakkı İhlallerinin Tespit Edilmesinde Uygulanacak Hukuk

I. Genel Olarak

İddia ve savunma hakkı farklı devlet hukuklarında farklı kavramları karşılayan ve içeriği de ülkeden ülkeye farklılık gösterebilen bir kavramdır⁵¹⁶. Örneğin, tahkim yeri hukuku ile tenfiz yeri hukukunda bu konuda uygulanan standartlar farklılık gösterebilir. Bu durum, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkına riayet edilip edilmediğinin tespiti sırasında tenfiz hakiminin hangi hukuku uygulayacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır.

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) hükmü ile MÖHUK'un 62. maddesinin (ç) ve (d) bentleri bu sorunu çözmemektedir. Zira, bu maddelerde tahkim yargılaması

⁵¹⁴ Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nin 26 Nisan 1990 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXI YBCA 1996**, s. 532-534; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 16 Mart 2000 tarihli *Russian Seller v. German Buyer* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 445-450.

⁵¹⁵ Scherer, s. 289.

⁵¹⁶ Scherer, s. 283.

sırasında iddia ve savunma hakkına riayet edilip edilmediğinin hangi hukuka göre saptanacağı düzenlenmemiştir. Bu düzenlemeler, uygulanacak hukuk sorununu çözmedikleri için birer kanunlar ihtilafı kuralı değildir⁵¹⁷.

Doktrinde ve mahkeme kararlarında, iddia ve savunma hakkına uygulanacak hukuk konusunda üç farklı seçenek ortaya atılmıştır. Bu seçenekler tahkim usûlüne uygulanacak hukuk, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk, tenfiz yeri hukuku ve New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin özerk yorumu sonucunda ortaya çıkan milletlerarası standartlardır. *Born*, bunlara dördüncü bir seçenek olarak milletlerarası tahkimde uygulanmak üzere geliştirilmiş milli hukuk standardını eklemekte, ancak bundan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamaktadır⁵¹⁸.

II. Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Görüşler

1. Tahkim Usûlüne Uygulanacak Hukuk (*Lex arbitri*)

Milletlerarası tahkimde usûle uygulanacak hukuk anlamına gelen *lex arbitri*, kural olarak hakem kararının verileceği yer olan tahkim yerine ait usûl kurallarıdır. Bununla birlikte, taraflar tahkime uygulanacak usulü serbestçe kararlaştırarak ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yapma yoluyla belirleyerek, tahkimin başka kurallara tabi olacağını da kararlaştırabilirler. Dolayısıyla, *lex arbitri* genellikle tahkim yeri hukuku, bazı durumlarda ise taraflarca belirlenen, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuktur.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin *Generica v. Pharmaceutical Basics* kararı, iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespit edilmesinde *lex arbitri*'nin uygulanmasına bir örnektir. Bu karara konu olan tahkim yargılamasında taraflarca tahkimde uygulanması kararlaştırılan usûl kuralları Görev Belgesi'ne dahil edilmiştir. Tenfiz davası sırasında, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının

⁵¹⁷ New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığı konusunda bkz. Hans Conrad Schultess, **Das verfahrensrechtliche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz**, Zürich, 1981, s. 139. (Kaplan, s. 121'den naklen).

⁵¹⁸ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3499-3500.

ihlal edilip edilmediği tespit edilirken öncelikle tahkim usûlüne uygulanacak kurallar dikkate alınmıştır⁵¹⁹.

Bu kararın ardından *Inoue*, iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde *lex arbitri*'nin uygulanması gerektiğini vurgulamış, ancak bu tespitin iki aşamada yapılmasını önermiştir. *Inoue* 'nun görüşüne göre, birinci aşamada *lex arbitri*'ye göre bir ihlal olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu aşamada, taraflarca tahkim usulünün başka kurallara tabi olması kararlaştırılmamışsa tahkim yeri hukuku, aksi takdirde tarafların seçmiş olduğu kurallar uygulanacaktır. Birinci aşama sonucunda *lex arbitri*'ye göre bir ihlal olmadığı sonucuna varılması halinde de ikinci aşama devreye girecek ve tahkim yargılamasının iddia ve savunma hakkı açısından tenfiz yeri hukukuna uygun yürütülüp yürütülmediği incelenecektir⁵²⁰. Bu öneri sadece Amerikan mahkemeleri için yapılmış gibi görünse de, tüm devlet mahkemeleri için geçerli olabilecek bir öneridir.

İddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde *lex arbitri*'nin uygulanması gerektiği görüşü temellendirilirken genellikle tarafların irade serbestisine ilişkin gerekçeler kullanılmaktadır. Bu görüşe göre, irade serbestisi tahkimin en önemli özelliklerinden biridir ve New York Sözleşmesi'nin V(1) maddesine de yansımıştır. Zira, bu maddede yer alan tenfiz engellerinin sadece taraflarca ileri sürülmesi halinde dikkate alınacağı öngörülmüştür. Tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olması da madde V(1)'deki tenfiz engelleri arasında yer aldığından, bu ihlallerin tespitinde tarafların iradesini yansıtan *lex arbitri*'nin uygulanması gerekir. Ayrıca, tenfiz davası sırasında tenfiz ülkesinin kamu düzeni açısından bir incelemenin yapılması her zaman mümkün olduğundan, ilk etapta *lex arbitri*'nin uygulanması tenfiz ülkesi kamu düzeni açısından da olumsuz sonuçlara yol açmayacak ve *lex arbitri*'nin uygulanması tarafların beklentileri açısından da doğru olacaktır.

⁵¹⁹ Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 18 Eylül 1996 tarihli *Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics, Inc. et al.* kararı, XXII YBCA 1997, s. 1029 – 1039.

⁵²⁰ Osamu Inoue, “The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: a Proposal for a Standard”, The American Review of International Arbitration, Yıl: 2000, Cilt: 11, Sayı: 1-2, s. 270-275.

Lex arbitri'nin uygulanacağı görüşü kabul edilirse, taraflarca tahkim yeri dışındaki usûl kuralları seçilmiş olduğunda tenfiz hakiminin bu kurallar yanında tahkim yeri hukukunun emredici hükümlerini de dikkate alıp almayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Zira, taraflarca seçilen bu kurallar iddia ve savunma hakkı açısından tahkim yeri hukukunun emredici hükümlerine aykırı maddeler içeriyor olabilir. Kanaatimizce, madde V(1)(b) herhangi bir milli hukuk sistemiyle bağlantı kurmadığı için bu durumda tenfiz hakimi tarafından ayrıca tahkim yeri hukukunun da dikkate alınması gerekmez⁵²¹. Birçok mahkeme kararında da tarafların seçtiği usûl kurallarının uygulanmasının yeterli olacağı ifade edilmiştir.

Örneğin, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir karara konu olan tahkim yargılamasında taraflarca tahkim yeri olarak Brüksel seçilmiş, tahkim usûlüne ICC Kuralları'nın, tâli olarak ise Belçika hukukunun uygulanması kararlaştırılmıştır. Hakem kararının tenfizine ilişkin kararda Federal Yüksek Mahkeme, hakem kararının verileceği sürenin uzatılması prosedürünün taraflarca tahkim usûlüne uygulanması kararlaştırılmış olan ICC Kuralları'nın 18(2) maddesine uygun olduğuna, dolayısıyla New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesine aykırılık olmadığına karar vermiştir. Bu kararda Federal Yüksek Mahkeme'nin iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediğini incelerken tahkim yeri hukuku dahil olmak üzere herhangi bir milli hukuk sistemine göre değerlendirme yapmadığı, tarafların seçtiği milli hukuk dışı usûl kurallarına uygunluğu yeterli saydığı görülmektedir⁵²².

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararına konu olan olayda ise taraflar arasındaki satım ilişkisi için GAFTA standart sözleşmesi kullanılmış ve sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların GAFTA tahkiminde GAFTA Tahkim Kuralları'na göre çözülmesi kararlaştırılmıştır. Hakem kararının tenfizi davasında İsviçre Federal Mahkemesi tahkim yargılaması boyunca GAFTA Tahkim Kuralları'na bir aykırılık olmadığını vurgulayarak New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesine dayanan

⁵²¹ New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin herhangi bir milli hukuk sistemiyle bağlantı kurmadığı konusunda bkz. Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 124-125.

⁵²² Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 14 Nisan 1988 tarihli *SpA Ghezzi v. Jacob Boss Söhne* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 450 – 454. Karar için ayrıca bkz. Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 125.

tenfiz itirazını reddetmiştir. Burada da tenfiz itirazının incelenmesi sırasında herhangi bir milli hukuk sistemi ile bağlantı kurulmamıştır⁵²³.

Türk Yargıtay uygulamasında ise aksi yönde kararların bulunduğu görülmektedir. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, tenfiz davasında tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verilirken tahkim yeri hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yargıtay'ın bu kararında, bildirimlerin tahkim yeri hukukuna uygun olarak yapılmış olmasının gerekli ve yeterli olduğu ifade edilmiştir⁵²⁴.

İddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde *lex arbitri*'nin uygulanması gerektiği görüşü doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştiriler üç sebebe dayandırılmaktadır:

Öncelikle, iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespit edilmesinde tahkim yeri hukukunun uygulanmasının New York Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına ters düşeceği belirtilmiştir⁵²⁵. Zira, hazırlık çalışmaları sırasında Yeni Zelanda delegasyonu madde V(1)(b) uyarınca iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde hakem kararının verildiği yer hukukunun esas alınacağını madde metninde açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmiş, ancak bu öneri kabul edilmemiştir⁵²⁶. Hazırlık çalışmaları sırasında Belçika hükümeti de benzer bir talepte bulunmuştur⁵²⁷. Kanaatimizce, tahkim yeri hukukunun uygulanması için maddede böyle bir ifadeye açıkça yer verilmesinin gerekli olmadığı düşünülmüş olabilir. Dolayısıyla, bu önerilerin kabul edilmemesi kesin bir şekilde tahkim yeri hukukunun uygulanmayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle New York Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına ters düşülecek olması, tek başına iddia ve savunma hakkı ihlallerinin

⁵²³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12 Ocak 1989 tarihli *G. SA v. T. Ltd. kararı*, **XV YBCA 1990**, s. 509 – 514. Karar için ayrıca bkz. Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 125-126.

⁵²⁴ Yarg. 11. HD, 08.04.2013 T., 2820 E., 7002 K. (Lale, s. 623-625).

⁵²⁵ Scherer, s. 283.

⁵²⁶ E/CONF.26/3, “**Comments by Governments on the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards**”, United Nations Economic and Social Council, 10 Mart 1958, s. 2.

⁵²⁷ E/2822, “**Report by the Secretary General**”, United Nations Economic and Social Council, 31 Ocak 1956, s. 22.

tespitinde tahkim yeri hukukunun uygulanmaması için bir sebep teşkil etmemelidir. Ayrıca, hazırlık çalışmalarına ters düşülecek olması nedeniyle tahkim yeri hukukunun uygulanamayacağı kabul edilse dahi, delegasyonların reddedilen önerileri sadece tahkim yeri hukukuna ilişkin olduğundan, tarafların kararlaştıracığı diğer usûl kurallarının uygulanması önünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Lex arbitri'nin uygulanmaması için ileri sürülen ikinci sebep, tarafların tahkim usûlüne uygulanmasını kararlaştırdıkları kuralların veya tahkim yeri hukukunun ihlalinin ayrı bir tenfiz engeli olarak New York Sözleşmesi'nin V(1)(d) maddesinde düzenlenmiş olmasıdır. Zira, madde V(1)(b)'ye göre iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde de bu kuralların uygulanması halinde Sözleşme'de bu iki hükmün iki ayrı tenfiz engeli olarak düzenlenmesinin bir anlamı kalmayacaktır⁵²⁸.

Üçüncü sebep ise, tahkim yeri usûl kurallarının dikkate alınmasının, bu kurallara ilişkin yapılacak tahkikatın zorluğu dikkate alındığında tenfiz hakimi açısından oldukça zor olacaktır. Ayrıca, tahkim yeri hukukuna aykırılıkların tespit edilmesini isteyen tarafın hakem kararına karşı tahkim yerinde geçerli olan kanun yollarına veya iptal davası açma yoluna başvurma imkanı olması karşısında, tenfiz hakiminden de böyle bir araştırma yapması beklenmemelidir⁵²⁹. Tahkim yeri hukukuna veya başka bir milli hukuk sistemine dahil olmayan kuralların tahkime uygulanacak usûl kuralları olarak seçilmiş olması durumunda ise bu kurallara ilişkin yapılacak tahkikatın zor olmayacağı kanaatindeyiz.

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi uyarınca iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde *lex arbitri*'nin uygulanmasını destekleyen ve eleştiren bu görüşler MÖHUK'un 62. maddesinin (ç) ve (d) bentleri uyarınca yapılacak incelemeler için de geçerli olacaktır. Zira, söz konusu hükümlerde de iddia ve savunma hakkına riayet edilip edilmediğinin denetimi yapılırken hangi hukukun esas alınacağı belirtilmemiş, bu konuda herhangi bir milli hukuka atıf yapılmamıştır⁵³⁰.

⁵²⁸ Scherer, s. 283; Kröll, s. 469-470.

⁵²⁹ Kaplan, s. 121.

⁵³⁰ Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 191.

2. Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

New York Sözleşmesi'nin V(1)(a) maddesinde, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine tahkim sözleşmesine uygulanacak hukukun, taraflarca böyle bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde ise tahkim yeri hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. *Martinez*, uygulanacak hukukun V(1)(a) maddesinde açıkça düzenlenmiş olması karşısında, tenfiz mahkemelerinin bu düzenlemeyi madde V(1)(b) için de uygulayabileceklerini belirtmiştir⁵³¹. Bu görüşe göre, mahkeme iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde öncelikle tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku dikkate almalı, taraflarca bu hukukun kararlaştırılmamış olması halinde ise tahkim yeri hukukunu uygulamalıdır.

Kanaatimizce, bu doğru bir görüş değildir. Zira, New York Sözleşmesi'nin V(1)(a) maddesinde yer alan tenfiz engelinin iddia ve savunma hakkının ihlaliyle herhangi bir bağlantısı yoktur, tamamen bağımsız bir tenfiz engelidir. Dolayısıyla, madde V(1)(a)'da yer alan ifade sadece bu bende özgü olarak değerlendirilmelidir. Bu görüşü destekleyen başka bir yazar ya da bir mahkeme kararı da bulunmamaktadır. Ayrıca, New York Konferansı'na ilişkin kayıtlarda da bu görüşü destekleyen bir ifadeye rastlanmamaktadır.

3. Tenfiz Ülkesi Hukuku

Doktrinde ağırlıklı olan ve birçok mahkeme kararında da ifade edilen görüş, iddia ve savunma hakkına riayet edilip edilmediği hususunun tenfiz mahkemesinin bulunduğu devlet hukukuna göre tespit edileceği görüşüdür. Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin *Parsons & Whittemore* kararı bu görüşün temelini oluşturmaktadır. Zira, bu kararda “*Madde V(1)(b) esasen tenfiz ülkesindeki iddia ve savunma hakkı standartlarının uygulanmasına izin verir*” ifadesi kullanılmıştır⁵³². Birçok devlet mahkemesinin New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi kapsamında iddia ve

⁵³¹ Martinez, s. 499.

⁵³² Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 23 Aralık 1974 tarihli *Parsons & Whittemore Overhead Co., Inc. v. RAKTA*, kararı, **I YBCA 1976**, s. 205; Van den Berg, **Towards a Uniform Judicial Interpretation**, s. 297. Karar için ayrıca bkz. Mercangöz, s. 829.

savunma hakkı ihlallerini tespit ederken bu karara atıf yaparak veya yapmayarak tenfiz ülkesi hukukunu uyguladığı görülmektedir⁵³³.

Ancak, tenfiz ülkesi hukukunun uygulanacak olması tahkim yargılamasının iç hukuka ait usûl hukuku kurallarının tamamına uygun bir şekilde yürütülmesi gerektiği anlamına gelmez. İddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde tenfiz ülkesi hukukunu uygulayan mahkemeler tahkimin milletlerarası niteliğini dikkate alarak, tahkimde iç hukuktaki temel yargılama ilkelerine uyulmuş olmasını yeterli görmektedirler. Örneğin, dilekçelerin sunulması, duruşmaya hazırlanılması veya hakemlerin tayin edilmesi için verilen süreler iç hukukta öngörülen sürelerden daha kısa olabilir. Önemli olan, bu sürelerin yeterli olmasıdır. Dolayısıyla, iç hukukta iddia ve savunma hakkının ihlali anlamına gelen her durum New York Sözleşmesi'ne göre ihlal anlamına gelmeyebilir⁵³⁴.

Örneğin, Alman İstinaf Mahkemesi'nin bir kararında Alman usûl hukukunun temel prensipleri açısından bir inceleme yapılmış, tahkim yargılamasında uygulanan kuralların bu prensiplere büyük bir aykırılık teşkil etmediği ifade edilerek New York

⁵³³ Alman İstinaf Mahkemesi'nin 27 Temmuz 1978 tarihli *German (F.R.) buyer v. English seller* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 266-268; Alman İstinaf Mahkemesi'nin 2 Eylül 1999 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 697-699; İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 20 Şubat 1975 tarihli *Carters (Merchants) Ltd. v. Francesco Ferraro* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 275-276 (Bu davada *lex arbitri* ile tenfiz ülkesi hukuku birlikte uygulanmıştır); İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 18 Mayıs 1982 tarihli *Bauer & Grobmann OHG v. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele* kararı, **X YBCA 1985**, s. 461; İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 739-752; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 27 Ekim 1988 tarihli *Geotech Lizen AG v. Evergreen Systems, Inc.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 562-567; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 29 Mayıs 1992 tarihli *Compagnie des Bauxites de Guinée v. Hammerrills Inc.* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 566-574; Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 24 Kasım 1992 tarihli *Iran Aircraft Industries v. Avco Corporation* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 596-606; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 21 Aralık 1992 tarihli *P.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 788-791; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 11 Mart 1996 tarihli *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise v. Tradeway Inc.* kararı, **XXII YBCA 1997**, s. 958-966; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 4 Aralık 2001 tarihli *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al.* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 814-838; Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 23 Mart 2004 tarihli *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al.* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 1262-1297; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 2 Kasım 2007 tarihli *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 1041-1077; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 10 Eylül 2012 tarihli *Sonera Holding B.V. v. Çukurova Holding A.S.* kararı, **XXXVIII YBCA 2013**, s. 483-487; Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 6 Aralık 2012 tarihli *China National Chartering Corporation v. Pactrans Air & Sea Incorporation* kararı (<http://cases.justia.com/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2009cv07629/238354/63/0.pdf?ts=1411533443>); Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 6 Ağustos 2013 tarihli *Yukos Capital SARL v. OAO Samaraneftgaz* kararı (<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2010cv06147/366751/128>).

⁵³⁴ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3503-3504; Scherer, s. 284-285.

Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi kapsamında bir tenfiz engelinin mevcut olmadığına hükmedilmiştir⁵³⁵.

Bu görüşün kabul edilmesi halinde, MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) hükümlerine göre iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediği tespit edilirken de tenfiz yeri ülkesi hukukunun aradığı standartlar dikkate alınmalıdır.

Jana'ya göre, tenfiz yeri hukukunun uygulanması, hakemleri kararın tenfiz edilme ihtimali olan her ülkenin iddia ve savunma hakkına ilişkin temel standartlarını araştırma yükümlülüğü altına sokacak, bu da tarafların tahkimden beklentisine aykırı şekilde yargılamanın çok uzun sürede sonuçlanmasına yol açacaktır. Ancak, birçok devletin iç hukukunun UNCITRAL Model Kanunu ile uyumlu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, hakemlerin bu yükümlülüğünün düşünüldüğü kadar ağır olmayacağı da ifade edilmiştir⁵³⁶.

4. Milletlerarası Kabul Görmüş Standartlar

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi kapsamında iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde uygulanacak hukuka ilişkin bir diğer görüşe göre, milletlerarası bir anlaşmanın bir parçası olan bu madde iç hukuk sistemlerinden bağımsız bir şekilde yorumlanmalı ve bu yorum vasıtasıyla bazı milletlerarası standartlar oluşturularak tenfiz hakimince bu standartlar uygulanmalıdır⁵³⁷. Sözleşme'nin V(1)(a), V(1)(d), V(2)(a) ve V(2)(b) maddelerinin aksine bu maddede herhangi bir milli hukuka atıf yapılmamış olması bu görüşü destekler niteliktedir.

Bu görüş, New York Sözleşmesi'nin tüm devletlerce kullanılacak yeknesak kurallar oluşturarak hakem kararlarının tanınması ve tenfizini kolaylaştırma amacıyla bağdaşmaktadır⁵³⁸. Ayrıca, *lex arbitri*'nin ya da tenfiz ülkesi hukukunun uygulanmasının yaratacağı olumsuzlukları ortadan kaldıracaktır. Nitekim, hakemler kendilerine yabancı olan bir hukuk sisteminin kurallarını araştırarak bu kurallara

⁵³⁵ Alman İstinaf Mahkemesi'nin 2 Eylül 1999 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 697-699.

⁵³⁶ *Jana/Armer/Kranenberg*, s. 240.

⁵³⁷ Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3504-3507; Gaillard/Savage, s. 986, para. 1696.

⁵³⁸ Scherer, s. 286; Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3505.

göre yargılamayı yürütmek zorunda kalmayacaktır. Aynı durum tenfiz hakimi için de geçerlidir. Farklı devlet mahkemelerinin New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi uyarınca verdikleri kararlar arasındaki farklılıklar da ortadan kalkacak, böylece milletlerarası alanda içtihat birliği sağlanabilecektir⁵³⁹.

Bu görüşün uygulanabilmesi için öncelikle iddia ve savunma hakkına ilişkin asgarî milletlerarası standartların belirlenmesi gerekir. *Born*'a göre bunun yapılması kolay olmamakla birlikte mümkündür. Zira, iddia ve savunma hakkı konusunda farklı hukuk sistemlerinde farklı hükümler bulunmakla birlikte tüm hukuk sistemlerinin üzerinde uzlaşabileceği ortak standartlar bulunmaktadır. Yargılama sırasında taraflara eşit muamelede bulunulması ile iddia ve savunma vasıtalarının ikamesi için yeterli imkanın sağlanması tüm devletlerce kabul edilen temel yargılama ilkeleridir. Nitekim bu ilkeler UNCITRAL Model Kanunu'nun 18. maddesine de yansımış ve bu kanunu model olarak kullanan devletlerin iç hukuklarına da aktarılmıştır⁵⁴⁰.

İddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespitinde milletlerarası standartların uygulanması yönündeki görüşün kaynağı New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin milletlerarası niteliği ve bağımsız bir şekilde yorumlanması olduğu için MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) hükümleri kapsamında iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespit edileceği hallerde bu görüş geçerli olmayacaktır. MÖHUK uyarınca inceleme yapılırken uygulanacak hukuk konusunda diğer görüşlerden birinin veya birkaçının esas alınması gerekir.

III. Değerlendirme

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) hükümlerine uygulanacak hukuk konusunda hangi görüş benimsenirse benimsensin, Sözleşme'nin V(2)(b) maddesi ile MÖHUK'un 62(1)(b) maddesi uyarınca tenfiz ülkesinin kamu düzeninin müdahalesiyle her zaman karşılaşılabılır, dolayısıyla tenfiz ülkesi hukukunun aradığı standartlar tenfiz hakimince her halükarda dikkate alınabilecektir. Kanaatimizce, tenfiz hakimi tarafından başka bir hukuk sistemine ilişkin araştırma yapılmasının zorluğu ve tenfiz ülkesinin kamu düzenine ilişkin

⁵³⁹ Scherer, s. 286.

⁵⁴⁰ Born, *International Commercial Arbitration*, s. 3506.

tenfiz engelinin tenfiz hakimince re'sen dikkate alınıp araştırılabileceği dikkate alındığında, tenfiz davasında iddia ve savunma hakkı ihlallerinin tespit edilmesinde şöyle bir yol izlenmelidir:

Öncelikle tahkim yeri hukukuna veya başka bir milli hukuk sistemine dahil olmayan kuralların tahkime uygulanacak usûl kuralları olarak seçilmiş olup olmadığı tespit edilmelidir (Örneğin ICC Kuralları, GAFTA Kuralları veya diğer kurumsal tahkim kuralları). Eğer böyle bir seçim yapılmışsa bu kurallar uygulanmalıdır. Zira, yukarıda açıklandığı üzere bu tür kurallara ilişkin araştırma yapmak zor olmayacaktır. Bu kuralların uygulanmasından sonra kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir husus varsa bu açıdan inceleme yapılarak sonuca varılmalıdır. Hem New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi, hem de MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) hükümleri kapsamında yapılacak incelemelerde bu yolun izlenmesi mümkündür.

Tahkime uygulanacak usûl kurallarının taraflarca bu şekilde belirlenmemiş olması halinde ise öncelikle milletlerarası standartlar uygulanmalı, ardından gerekirse yine tenfiz yeri hukukuna göre kamu düzenine ilişkin araştırmalar yapılmalıdır. Ancak, milletlerarası standartların uygulanması sadece New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesi kapsamında yapılacak incelemelerde mümkündür.

§2. İPTAL SEBEBİ OLARAK İDDİA VE SAVUNMA HAKKININ İHLALİ

A. 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Hakemliğe İlişkin Avrupa Sözleşmesi

Başlangıçta doğu ve batı bloklarına mensup devletler arasındaki ticari uyuşmazlıklar düşünülerek hazırlanan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemliğe İlişkin Avrupa Sözleşmesi, sonraları aynı blokta yer alan devletler arasındaki ticari uyuşmazlıklar için de uygulanabilir duruma gelmiştir⁵⁴¹. Türkiye, Avrupa Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarına katılarak 1961 yılında Sözleşme'yi imzalamış, 1991 yılında ise onaylamıştır⁵⁴².

⁵⁴¹ Akıncı, **Ticari Hakem Kararları**, s. 109-110.

⁵⁴² Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 3730, Kabul Tarihi: 8.5.1991, Resmi Gazete Tarihi: 21.5.1991, Sayı: 20877.

Sözleşme'nin I. maddesine göre Sözleşme, muamele merkezi veya mutad meskeni farklı Âkit devletlerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklara uygulanmaktadır.

İddia ve savunma hakkının ihlali, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinde bir tenfiz engeli olarak düzenlenmesinin yanında, Avrupa Sözleşmesi'nin IX. maddesi (b) bendinde de hakem kararları için bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir:

“İşbu sözleşmeye tabi bir hakem kararının Âkit bir devlet ülkesinde iptal edilmesi...iptal kararı aşağıda yazılı sebeplerden birine dayanılarak verilmedikçe hakem kararını diğer bir Âkit devlet ülkesinde tanımadan veya icradan çekinme sebebi teşkil etmeyecektir.

(...)

İptal talebinde bulunan taraf hakemin tayininden veya hakem prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkanını elde edememiş ise”⁵⁴³

Avrupa Sözleşmesi'nin IX. maddesinin (b) bendi lafzı itibarıyla New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) hükmü ile aynıdır.

B. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)

I. Genel Olarak

Türk hukukunda, Avrupa Sözleşmesi'nin IX(1)(b) maddesine karşılık gelen kanuni düzenleme MTK'nın 8/B ve 15A/1-g maddeleridir. MTK'nın 8/B maddesine göre *“Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır.”* MTK'nın 15A maddesinin 1. fıkrasının (g) bendinde ise tahkim yargılamasında tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi hakem kararları için bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü

⁵⁴³ Sözleşmenin İngilizce ve Türkçe tam metni için bkz. Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara: Batider, 1990, s. 98-115.

gibi, bu maddelerin lafzı Avrupa Sözleşmesi'nin IX(1)(b) maddesinden daha farklıdır.

Daha önce belirtildiği üzere⁵⁴⁴, Kalpsüz, MTK'da yer alan bu ifadelerin birçok bakımdan hatalı olduğunu ifade etmektedir:

“Önce Milletlerarası Tahkim Kanunu, Anayasa, Seçim Kanunu vs. gibi vatandaşların siyasi haklarını düzenleyen bir kanun değildir; dolayısıyla kanun önünde fertlerin eşitliği prensibini çağrıştıracak şekilde burada genel olarak “ tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi”nin iptal sebebi olarak zikredilmesi son derece başarısız bir ifade tarzıdır.

Saniyen bir özel hukuk uyuşmazlığında tarafların eşit durumda olması esasen söz konusu değildir. Bir şirketin %95'ine sahip ortakla %5'ine sahip olan bir ortak arasında çıkan uyuşmazlıkta, haiz oldukları haklar, savunma imkanları ve kullanabilecekleri prosedural vasıtalar itibarıyla tarafların eşit durumda oldukları söylenemez.”⁵⁴⁵

Kanaatimizce de, bir özel hukuk yargılaması olan tahkim yargılamasında tarafların eşit durumda oldukları söylenemeyeceğinden, MTK'da “*tarafların eşitliği*” veya “*eşit hak ve yetki*” ifadelerinin yerine “*taraflara eşit muamelede bulunulması*” ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu.

Nitekim, UNCITRAL Model Kanunu'nun 18. maddesinde “*Taraflar eşit muameleye tabi tutulacak ve her tarafa iddia ve savunmasını tam olarak sunma fırsatı verilecektir*” ifadesi yer almaktadır⁵⁴⁶. Bu durum, taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin hatalı çeviri sonucunda MTK'ya yanlış bir şekilde alındığını göstermektedir⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Bkz. İkinci Bölüm, § 4.

⁵⁴⁵ Kalpsüz, s. 140.

⁵⁴⁶ UNCITRAL Model Kanunu m. 18: “*The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.*”

⁵⁴⁷ Kalpsüz, s. 140.

Ayrıca, her ne kadar MTK'nın 8/B maddesinde ayrı ayrı ifade edilmiş olsalar da, tahkim yargılamasının tüm aşamalarında riayet edilmesi gereken iddia ve savunma hakkı ile taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin birbirinden ayrı olarak ele alınamayacağını da belirtmek gerekir⁵⁴⁸. Yargılama devam ettiği sürece iddia ve savunma hakkının sağlanmasında taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi gözetilmeli ve taraflardan biri diğerine göre daha avantajlı duruma getirilmemelidir⁵⁴⁹. Dolayısıyla, taraflara eşit muamelede bulunma ilkesine uygun hareket edilmediği takdirde iddia ve savunma hakkına riayet edildiği de söylenemez. Daha önce belirtildiği üzere⁵⁵⁰, kanaatimizce, iddia ve savunma hakkı taraflara eşit muamelede bulunulmasına göre daha üst bir kavramı ifade etmektedir.

Bu tespitler doğrultusunda, bazı yanlış anlaşılma ve belirsizliklerin önüne geçmek için, MTK'nın 8/B maddesi ile 15A/1-g maddelerinde değişiklik yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu maddelerde yapılabilecek değişikliklere ilişkin önerilerimiz şu şekildedir:

MTK m. 8/B açısından;

1. öneri: Söz konusu madde "*Tahkim yargılamasında taraflar eşit muameleye tabi tutularak, her tarafa iddia ve savunma vasıtalarının ikamesi için yeterli imkan tanınır*" şeklinde değiştirilmelidir.

Gerekçe: Böylece, UNCITRAL Model Kanunu'nun 18. maddesinin yanlış bir şekilde çevrilmesi sonucu MTK'ya "*taraflar tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler*" şeklinde aktarılan ifade düzeltilmiş olacaktır. Ayrıca, böyle bir değişiklik sonucunda, tarafların eşit muameleye tabi tutulması ilkesi ile iddia ve savunma hakkı arasındaki bağlantı da ortaya konmuş olacaktır. Böylece, iddia ve savunma hakkının sağlanabilmesi için taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin

⁵⁴⁸ Hacıbekiroğlu, s. 47; Bernardini, s. 116. Ancak, her ne kadar iç içe geçmiş olsalar da bu hakların aynı olmadığını da belirtmek gerekir. İstisnai bir durum olmakla birlikte taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin veya iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinin diğerinin de ihlal edildiği anlamına gelmediği haller bulunmaktadır⁵⁴⁸ (Arroyo, s. 226; Berger/Kellerhals, s. 291, para. 1012, dn. 44). Bu haller genellikle iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği ancak eşit muamelede bulunma ilkesinin ihlal edilmediği hallerdir.

⁵⁴⁹ Kaplan, s. 118; Özekes, s. 107; Hacıbekiroğlu, s. 46.

⁵⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm, § 4.

de gözetilmesi gerektiği kanunun lafzından daha kolay bir şekilde anlaşılır hale gelecektir. Bu öneride “*tam imkan*” yerine “*yeterli imkan*” ifadesinin kullanılmasının sebebi ise şudur: ICC Tahkim Kuralları Şerhi’nde belirtildiği üzere, taraflara iddia ve savunma vasıtalarının ikamesinde tam imkan verilmesi, hakem heyetinin tarafların usûle ilişkin her türlü talebine olumlu cevap vermesi gerektiği gibi yanlış bir izlenim yaratabilir. Tarafların usûli taleplerine cevap verilirken tarafların menfaatleri arasında dengenin ve tahkim yargılamasının süratli ve en az masraflı bir şekilde yürütülmesinin de gözetilerek taraflara bu konuda yeterli imkan verilmesi daha uygun olacaktır⁵⁵¹.

2. öneri: Söz konusu madde “*Tahkim yargılamasında her tarafa iddia ve savunma vasıtalarının ikamesi için yeterli imkan tanınacaktır*” şeklinde değiştirilmelidir.

Gerekçe: İddia ve savunma hakkı, taraflara eşit muamelede bulunulmasına göre daha üst bir kavramı ifade ettiğinden, aslında taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin maddede belirtilmesine gerek yoktur. Nitekim, Avrupa Sözleşmesi’nin IX. maddesinin (b) bendinde de bu ilkeye ayrıca yer verilmemiştir. Bununla birlikte, taraflara eşit muamelede bulunulmasına verilen önem gereği birinci önerideki şekliyle maddede yer almasının daha isabetli olacağı düşünülebilir.

MTK m. 15A/1-g açısından;

1. öneri: Söz konusu madde “*Başvuruyu yapan taraf, tahkim yargılamasında taraflara eşit muamelede bulunulmadığını veya tarafların iddia ve savunma hakkının başka şekillerde ihlal edildiğini ispat ederse hakem kararı iptal edilebilir*” şeklinde değiştirilmelidir.

Gerekçe: MTK’nın 15A/1-g hükmünde sadece tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemiş olmasının bir iptal sebebi olarak öngörülmüş olması, iddia ve savunma hakkının başka şekillerde ihlal edilmesinin bu hüküm kapsamına girmediği sonucuna ulaşılmasına neden olabilir. Dolayısıyla, hükmün bu öneri doğrultusunda değiştirilmesi isabetli olacaktır. Nitekim, HMK’nın 439(2)(f) hükmü de, tarafların

⁵⁵¹ Fry/Greenberg/Mazza, s. 238.

eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği tespit edilirse hakem kararlarının iptal edilebileceği şeklindedir.

2. öneri: Söz konusu madde “*Başvuruyu yapan taraf, hakemin tayininden veya tahkim prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame etmek imkanını elde edememiş olduğunu ispat ederse hakem kararı iptal edilebilir*” şeklinde değiştirilmelidir.

Gerekçe: İddia ve savunma hakkı, taraflara eşit muamelede bulunulmasına göre daha üst bir kavramı ifade ettiğinden, aslında taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin maddede belirtilmesine gerek yoktur. Böyle bir değişiklik sonucunda, Avrupa Sözleşmesi’nin IX. maddesinin (b) bendiyle uyum sağlanmış olacaktır.

Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin E. 2007/192-K.2007/309 sayılı ve 25.07.2007 tarihli kararında, taraflardan birinin delil olarak dayandığı “keşif” delilinin ve karşı taraf defterlerinin incelenmemesi taraflara eşit muamelede bulunma ilkesinin ihlali olarak kabul edilmiş ve hakem kararı MTK’nın 15A/1-g maddesine istinaden iptal edilmiştir⁵⁵².

II. İptal Talebinin Kabul Edilmesi İçin Gerekli Şartlar

1. İddia ve Savunma Hakkının İhlali ile Hakem Kararı Arasındaki Nedensellik İlişkisi

MTK’nın 8/B ve 15A/1-g maddelerinden anlaşılaacağı üzere, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinin hakem kararının iptal edilmesi sonucunu doğurması için yargılamanın sonucunu etkilemesinin gerekip gerekmediği, başka bir deyişle, hakem kararıyla arasında nedensellik ilişkisi bulunmasının gerekip gerekmediği konusunda MTK’da bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu konu birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türk hukukunda da tartışmalıdır.

⁵⁵² Şanlı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s.624, dn. 529.

Alman hukukunda, bir görüşe göre, hakem kararının iptal edilebilmesi için iddia ve savunma hakkı ihlalinin karar üzerinde etkisinin olması gerekmez⁵⁵³. Ancak, ağırlıklı görüşe göre kararın iptal edilebilmesi için iddia ve savunma hakkının esaslı bir şekilde ihlal edilmiş olması ve böylece kararı etkilemesi gerekmektedir. Bunun sonucu olarak, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini iddia eden taraf, hakkı ihlal edilmeseydi bunun kararı ne şekilde değiştireceğini de göstermelidir⁵⁵⁴. Eğer iddia ve savunma hakkının ihlali hakemlerin tayin edilmesine ilişkinse, ihlali iddia eden taraf ihlal olmasaydı hakem heyetinin farklı hakemlerden oluşacağını ispatlamalıdır⁵⁵⁵.

Fransız hukukunda da bu konuda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, hakem kararının iptal edilmesi için iddia ve savunma hakkı ihlal edilen kişi açısından bir zarara yol açması gerekmez⁵⁵⁶. Ancak, Fransız hukukunda da ağırlıklı görüş, kararın iptal edilebilmesi için iddia ve savunma hakkının esaslı bir şekilde ihlal edilmiş olması gerektiğidir. Başka bir deyişle, iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinin karar üzerinde etkili olması, ihlal olmasaydı kararın aynı yönde olmayacağını, farklı bir kararın ortaya çıkacağını söylenebilmesi, böylece hakkı ihlal edilen taraf aleyhine bir sonuca yol açması gerekir⁵⁵⁷.

İngiliz hukukunda ise bu konuda kanunda açık hüküm bulunmaktadır. 1996 tarihli İngiliz Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 68(2) hükmüne göre, hakemlerin taraflara iddia ve savunma vasıtalarını ikame etme imkanını sunarak taraflar

⁵⁵³ Stefan Kröll/Peter Kraft, “**Recourse Against the Award-Application for Setting Aside**”, Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, Ed. Karl-Heinz Böckstiegel/Stefan Michael Kröll/Patricia Nacimiento, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 404 (dn. 123'te zikredilen eserler).

⁵⁵⁴ Kröll/Kraft, s. 404, 406 (dn. 124 ve 137'de zikredilen karar ve eserler); Kröll, s. 476.

⁵⁵⁵ Kröll, s. 476.

⁵⁵⁶ Gaillard/Savage, s. 952, para. 1644.

⁵⁵⁷ Jaeger, s. 118; Rouche/Pointon/Delvolvé, s. 253. Paris İstinaf Mahkemesi'nin 27 Haziran 2002 tarihli *Société Comecim v. Société Theobrama* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2003, Sayı: 2, s. 427-434. Bu kararda tahkim dili Fransızca olmasına rağmen Theobrama'nın bir dilekçesinin İngilizce olarak sunulması ve Comecim'in bu belgenin Fransızcaya çevrilmesi yönündeki talebinin hakemlerce kabul edilmemesi kararın iptal edilmesini gerektiren bir sebep olarak görülmemiştir. Mahkeme, tahkim yargılaması boyunca taraflar arasındaki iletişimin İngilizce yapılmış olmasının her iki tarafın da İngilizceye hakim olduğunu gösterdiğini, hal buyken bir belgenin Fransızca olarak sunulmamasının Comecim açısından bir zarara yol açmadığını belirterek iddia ve savunma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

karşısında adil ve tarafsız davranma yükümlülüğünü ihlal etmeleri, iptal davasını açan taraf açısından bir haksızlık yaratmışsa hakem kararı iptal edilebilir⁵⁵⁸.

MTK'da bu konuda açık bir hüküm olmaması karşısında, kanaatimizce, Alman ve Fransız hukukundaki ağırlıklı görüşün Türk hukukunda da benimsenmemesi için bir neden yoktur. Zira, tahkim yargılaması sırasında meydana gelen her türlü iddia ve savunma hakkı ihlalinin hakem kararının iptali sonucunu doğurması, karar üzerinde hiçbir etkisi olmayan ihlallerin yıllar süren, oldukça masraflı ve meşakkatli bir tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının kolaylıkla etkisiz hale getirilebilmesine neden olur. Tahkim davasını kaybeden tarafça açılan iptal davalarında en çok ileri sürülen iptal sebebinin iddia ve savunma hakkının ihlali olduğu göz önünde bulundurulduğunda, birçok hakem kararının bu şekilde sonuçsuz kalması söz konusu olabilir. Böyle bir durum ise, tarafların tahkim yargılamasından beklentilerine aykırı olacak ve tahkim yargılamasını anlamsız hale getirecektir. Dolayısıyla, sadece karar üzerinde etkili olan ihlaller iptal sebebi teşkil edebilmelidir.

Sadece karar üzerinde etkili olan ihlallerin hakem kararının iptaline yol açabileceği görüşüne, içeriği tetkik (revizyon) yasağı açısından bir eleştiri getirilerek, iddia ve savunma hakkı ihlalinin hakem kararı üzerinde etkili olup olmadığına karar verilirken mahkemece bu yasağın ihlal edileceği söylenebilir. Bununla birlikte, bir tenfiz engeli olarak iddia ve savunma hakkının ihlaline ilişkin açıklamaları yaparken belirtildiği üzere⁵⁵⁹, nedensellik ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi için ihlal olmasaydı kararın farklı yönde olacağının mutlak bir şekilde söylenebiliyor olması gerekmez, kararın farklı yönde olma ihtimalinin olması yeterlidir⁵⁶⁰. Nedensellik ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi için yüzde yüz geçerli bulguların elde edilmesine gerek yoktur. Bu durum revizyon yasağı açısından getirilecek eleştirilere cevap niteliğinde olmakla birlikte, ciddi bir ihlalin söz konusu olduğu hallerde ihlalin hakem kararını etkiler nitelikte olduğu farz edilmeli ve ihlal ile hakem kararı

⁵⁵⁸ İngiliz Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 68: "(2) *Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant. (a) Failure by the tribunal to comply with section 33 (...)*"

⁵⁵⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, § 1, D, I.

⁵⁶⁰ Bkz. Born, **International Commercial Arbitration**, s. 3536.

arasında nedensellik ilişkisi olup olmadığı ayrıca araştırılmamalıdır⁵⁶¹. Bu görüşün benimsenmesi, hem içeriği tetkik yasağının ihlal edilebileceği yönündeki kaygıları ortadan kaldıracak, hem de ciddi ihlal halinde nedenselliğin tespit edilemediği gerekçesiyle hakem kararının iptal edilememesinin önüne geçecektir.

2. İhlalin İspatı

Avrupa Sözleşmesinin IX. maddesinin (b) bendi ile MTK'nın 15A/1-g hükmünde belirtilen sebeplere dayanarak hakem kararının iptal edilebilmesi için, iptal davası açan tarafın bu sebeplerden birinin varlığını ileri sürmesi ve ispatlaması gerekir. Sözleşme'nin IX. maddesi ile MTK'nın 15A/1-g hükmünde açıkça belirtilen bu husus, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği konusunda ispat yükünün, iptal davasını açan tarafta olduğunu göstermektedir.

Bununla birlikte, iptal davası açan taraf, hakemlerin tayini veya tahkim prosedürü hakkında kendisine hiç tebligat yapılmadığını ileri sürdüğü takdirde, tenfize ilişkin açıklamalar burada da geçerli olmalıdır. Bu durumda, menfi bir durum olan tebligatın yapılmadığı vakiasının ispatı mümkün olmayacağı için ispat yükü yer değiştirecek ve fiilen diğer tarafta olacaktır⁵⁶². Bu durumda diğer taraf tebligatın yapıldığını ispat etmelidir. Hakem kararında tebligatın usûlüne uygun yapıldığına ilişkin bir ifade olsa bile, bu ifade tebligatın yapıldığının ispatı için kullanılamaz. Tebligatın yapıldığının ve usûlüne uygun bir şekilde yapıldığının hakem kararı dışındaki belgelerle ispatlanması gerekir⁵⁶³.

⁵⁶¹ İddia ve savunma hakkının hangi hallerde ciddi şekilde ihlal edilmiş sayılacağına tespit edilmesi önemlidir. *Kaplan*, ifade hakkı, karşı görüş ve beyanlarını ileri sürebilme hakkı veya ispatta bulunma hakkı gibi hakların ihlalinin ciddi ihlal olarak görülebileceğini ifade etmektedir. (Kaplan, s. 184). Hile, rüşvet vb. davranışlar da ciddi ihlallere örnek olarak gösterilmektedir. (Scherer, s. 287; Born, *International Commercial Arbitration*, s. 3536).

⁵⁶² Akıncı, *Ticari Hakem Kararları*, s. 124; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, s. 369; Şanlı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 643; Şanlı/Esen, s. 232.

⁵⁶³ Şanlı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 643. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2009/532, K. 2009/6718 sayılı ve 8.4.2009 tarihli, Hollanda Hertogenbosch mahkemesinin 10.08.2007 tarihli boşanma kararının tanınmasına ilişkin kararında, davacının, boşanma davasında davalıya tebligat yapıldığına ilişkin bir belge ibraz edememesi karşısında, kendisine karşı tanıma istenen davalının hükmü veren mahkemeye o yer kanunları uyarınca usûlüne uygun şekilde çağrılmamış olmasının tanımaya engel olduğu sonucuna varılmıştır. Karar için bkz. Özüğür, s. 1291. Aynı yönde bkz. Yarg. 2. HD, 04.10.2005 T., 10735 E., 13428 K. (Özüğür, s. 1286 vd). Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/3715, K. 2012/8307 sayılı ve 18.05.2012 tarihli kararında açıkça ifade edildiği üzere, davalıya tebligat yapıldığının ispatı bakımından, tenfiz talebine konu yabancı kararda tebligat yapıldığının ifade edilmesi yeterli olmayıp, davalıya hangi usulle tebligat yapıldığı ortaya konulacak surette ispat edilmedikçe yabancı mahkeme kararının tenfizi mümkün değildir. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

3. Hakkın Kullanılmasından Feragat Edilmemiş Olması

Tahkim yargılaması boyunca meydana gelen iddia ve savunma hakkı ihlallerine dayanarak iptal davası açma hakkından feragat, iddia ve savunma hakkının kullanılmasından vazgeçildiğini ifade eder. Kural olarak, tek taraflı bir irade beyanı veya davranışla bir haktan feragat edilebilir⁵⁶⁴.

Nitekim Alman hukukunda, iddia ve savunma hakkı ihlalini bir iptal sebebi olarak ileri sürecektir taraf tahkim yargılaması sırasında da bunu dile getirmiş olmalıdır. Aksi durum, bu hakkın ileri sürülmesinden feragat anlamına gelmektedir⁵⁶⁵.

İsviçre hukukunda da, tahkim yargılamasının sona ermesinin ardından bu iptal sebebine dayanılabilmesi için bu hak ihlallerinin tahkim yargılaması sırasında gündeme getirilmiş olması gerekir. İsviçre hukukunda bu ihlali hakemler önünde değil de yargılamanın sona ermesinden sonra mahkeme önünde ileri süren tarafın iyi niyet ilkesini ihlal ettiği addedilmekte ve iptal talebi reddedilmektedir. İsviçre hukukunda tarafların bir sözleşme yoluyla iptal davası açma haklarından tamamen feragat etmiş olmaları da mümkündür⁵⁶⁶.

MTK'nın 15(A) maddesinde iptal davası açma hakkından feragate ilişkin özel bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, *“Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.”*

MTK'nın 15(A) maddesinde yer alan bu düzenlemenin anlamı şudur: Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye’de bulunan taraflar, sadece iptal sebeplerinin gerçekleşmesi halinde sonradan yapacakları bir anlaşma ile iptal davası

⁵⁶⁴ Kalpsüz, s. 153.

⁵⁶⁵ Kröll/Kraft, s. 406.

⁵⁶⁶ Arroyo, s. 223-224 (dn. 235 ve 237’de zikredilen Federal Mahkeme kararları).

açma hakkından feragat edebilir. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar için ise yeni bir imkan öngörülmüştür. Bunlar, henüz iptal sebepleri gerçekleşmeden, tahkim anlaşmasına koyacakları bir beyanla da iptal davası açma hakkından feragat edebilirler. Ayrıca, her iki durumda da feragat beyanı açık olmalı, başka bir deyişle, tarafların irade beyanlarından iptal davası açmaktan feragat ettikleri hiçbir tereddüt ve şüpheyi yer bırakmayacak şekilde anlaşılabilmesi ve feragat ilişkisi anlaşma yazılı olmalıdır⁵⁶⁷.

MTK açısından dikkati çeken husus, feragatin tek taraflı bir irade beyanı olarak değil, bir sözleşme olarak düzenlenmiş olmasıdır. Kanunda feragatin, taraflarca tahkim anlaşmasına konacak açık beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle yapılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinden dolayı iptal davası açmaktan feragat de, ancak tahkim davası taraflarının varacakları yazılı bir anlaşma ile mümkün olabilir. Kanundaki açık hüküm gereğince, taraflardan birinin sadece kendi iradesi veya davranışıyla iptal davası açmaktan feragat etmesi mümkün değildir. Bu durumda, MTK'ya göre yürütülen bir tahkim yargılaması boyunca iddia ve savunma hakkı ihlalini dile getirmeyen tarafın, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi bu hakkın iptal davasında ileri sürülmesinden feragat etmiş sayılmayacağı kanaatindeyiz.

C. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme (ICSID)

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme 1961-1965 yılları arasında Dünya Bankası inisiyatifiyle hazırlanmış ve 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Uygulamada kısaca ICSID veya Dünya Bankası Sözleşmesi olarak anılan bu Sözleşme ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için merkezi Washington'da olan uluslararası bir merkez kurulmuştur. Sözleşme, milletlerarası alanda kabul görmüş ve yatırımların korunması konusunda en önemli düzenlemelerden biri haline gelmiştir⁵⁶⁸.

⁵⁶⁷ Kalpsüz, s. 151-153.

⁵⁶⁸ Akıncı, **Tahkim**, s. 38-39.

Türkiye, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme'nin Uygun Bulunduğuna Dair Kanunu 2 Haziran 1988 tarihinde kabul ederek ICSID Sözleşmesi'ne taraf olmuştur. Böylece, yabancı sermayenin Türkiye'de karşılaşılabilecek hukuki uyuşmazlıklarla ilgili kaygısının azaltılması ve yabancı sermayenin Türkiye'ye gelişinin önünün açılması hedeflenmiştir.

İddia ve savunma hakkı, ICSID Sözleşmesi kapsamında hazırlanan ICSID Tahkim Kuralları'nın da birçok maddesine yansımıştır. Özellikle m. 20, 21, 27, 31, 32, 37, 39, 40, 41, 42, 44, 49, 50, 54 ve 55 bunun örneğidir⁵⁶⁹. Bu maddelerin ortak özelliği ise tahkim yargılamasının her aşamasında tarafların bilgilendirilmesini ve taraflardan birinin talebi üzerine bu talep hakkında karar verilmeden önce diğer tarafın da görüşünün alınmasının öngörülmesidir.

ICSID Sözleşmesi kapsamında iddia ve savunma hakkı, tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürme ve bunları destekleyecek delilleri sunma haklarını ve bu hakların kullanılmasında taraflara eşit muamelede bulunulmasını içerir⁵⁷⁰. Ayrıca, taraflardan her birine hakem heyeti önündeki her türlü talep veya öneri hakkında görüş bildirme imkanının verilmesini de kapsar. Bu talep veya öneriler hakkında ne karar verileceği oldukça açık olsa da, bu prensip uygulanmalıdır. Ancak, bu durumun hakem heyetinin tarafların görüşünü almadan taraflarca ileri sürülmeyen hukuki sebeplere dayanarak karar veremeyeceği anlamına gelmediği de ifade edilmiştir⁵⁷¹.

ICSID Tahkim Kuralları m. 47(1) ve 50(1)'e göre ise, hakem kararlarının gerekçeli olarak yazılması zorunludur. Bu zorunluluğun yerine getirilmemiş olması halinde, ICSID hakem kararı iptal edilmelidir⁵⁷².

⁵⁶⁹ Christoph H. Schreuer, **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 976.

⁵⁷⁰ Bishop/Crawford/Reisman, s. 1546.

⁵⁷¹ Schreuer, s. 979-980.

⁵⁷² Bkz. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, İptal Talebine İlişkin 3 Mayıs 1985 tarihli karar, **2 ICSID Reports 1994**, s. 136-143; *Republic of Indonesia v. Amco Asia Corp. and others*, ICSID Case No. ARB/81/1, 16 Mayıs 1986 tarihli İptal Kararı, **XII YBCA 1987**, s. 129-148. Bu kararda, kararın gerekçeli olmasının da tek başına yeterli olmadığı, gösterilen gerekçenin hakemlerin vardığı sonucu desteklemesi gerektiği belirtilmiştir.

ICSID Sözleşmesi'nin 52. maddesinde düzenlenen hakem kararlarının iptal sebeplerinden biri de yargılamanın temel kurallarından ciddi bir sapma olmasıdır (m. 52/1-d). Hakem kararının bu sebepten dolayı iptal edilebilmesi için iptal başvurusunda bulunan tarafın iki hususu ispat etmesi gerekir. Temel bir yargılama kuralının ihlal edildiği ve bunun kuraldan ciddi bir şekilde sapma teşkil ettiği ispatlanmalıdır⁵⁷³. Yargılamanın temel bir kuralından "ciddi" bir şekilde sapılmış olması için ise verilmiş olan hakem kararı bu ihlal olmasaydı verilecek olan karardan esaslı şekilde farklı olmalı, ihlal, iptali talep eden tarafı etkilemiş olmalıdır⁵⁷⁴. Ayrıca, tahkim yargılaması sırasında temel bir yargılama kuralından ciddi bir şekilde sapıldığıнын farkında olan taraf, bu konuda itirazını derhal dile getirmediği takdirde daha sonra buna dayanarak hakem kararının iptalini isteyemez. Zira, ICSID Tahkim Kuralları m. 27 uyarınca yargılama sırasında itirazın dile getirilmemesi daha sonraki aşamalarda bu ihlali ileri sürmekten feragat olarak yorumlanacaktır⁵⁷⁵.

Bir görüşe göre, bir yargılama kuralı tahkim yargılamasının bütünlüğünü sağlamaya yönelikse temel bir yargılama kuralıdır⁵⁷⁶. İddia ve savunma hakkına riayet edilmesinin yargılamanın temel kuralları arasında yer aldığı belirtilmektedir⁵⁷⁷. Dolayısıyla, taraflardan biri iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek, Genel Sekreterlik'e yazılı başvuru ile kararın iptal edilmesini isteyebilir. İptal talebi hakkında karar, tahkim yargılamasında yer alan hakemlerden farklı 3 üyeden oluşan ve sırf bu amaçla kurulan bir Geçici Kurul tarafından verilir⁵⁷⁸.

⁵⁷³ Bishop/Crawford/Reisman, s. 1546; *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, İptal Talebine İlişkin 22 Aralık 1989 tarihli karar, **4 ICSID Reports 1997**, s. 87.

⁵⁷⁴ Bishop/Crawford/Reisman, s. 1546; Rudolf Dolzer/Christoph Schreuer, **Principles of International Investment Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 306; *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, İptal Talebine İlişkin 8 Aralık 2000 tarihli karar, **41 ILM 2002**, s. 944, para. 58.

⁵⁷⁵ Dolzer/Schreuer, s. 306.

⁵⁷⁶ Lucy Reed/Jan Paulsson/Nigel Blackaby, **Guide to ICSID Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2010, s. 165.

⁵⁷⁷ Dolzer/Schreuer, s. 306 (dn. 398'de zikredilen kararlar).

⁵⁷⁸ Reed/Paulsson/Blackaby, s. 162.

Geçici Kurul *Wena Hotels* kararında⁵⁷⁹ iptal talebinde bulunan tarafa faiz değerlendirmesiyle ilgili yeterli görüş bildirme imkanı verilmediği iddiasını, bu iddia ispatlanamadığı için kabul etmemiştir. Ayrıca bu kararda, hakem heyetinin ICSID Tahkim Kuralları m. 34(2) uyarınca taraflardan yeni delil sunmalarını isteme yükümlülüğü bulunmadığına, hakem kararının dayanağının bir konuda delil bulunmaması olabileceğine hükmedilmiştir⁵⁸⁰.

İddia ve savunma hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek ICSID hakem kararının iptalinin talep edildiği en önemli davalardan biri *AMCO II* davasıdır. ICSID hakem heyeti önüne ikinci kez götürülen davada nihai kararın verilmesinin ardından Amco, ICSID Tahkim Kuralları m. 49(2) uyarınca ek karar ve kararın düzeltilmesi talebinde bulunmuştur. Madde 49(2) ile 49(3)'e göre, böyle bir talep öncelikle diğer tarafa da bildirilmeli ve tarafların bu talep ile ilgili görüşlerini sunmaları için bir süre belirlenmelidir. Amco'nun ek karar ve karar düzeltme talebi üzerine Endonezya, hakem heyetinin bu taleple ilgili karar verme konusunda yetkisiz olduğunu belirtmiş, ancak hakem heyetinin yetkisinin olduğuna karar verilmesi halinde talebin esasına ilişkin görüşlerini bildirme hakkını saklı tutmuştur. Hakem heyeti talebi inceleme yetkisinin olduğuna karar verdikten sonra Endonezya'ya yeniden görüş bildirme hakkı vermemiştir. Sonuçta Amco'nun ek karar talebi reddedilse de karar düzeltme talebi kabul edilmiştir. Endonezya, iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bu kararın iptalini talep etmiştir. Bu iptal talebi üzerine geçici kurul, bir talep hakkında verilecek karar aşıkâr olsa dahi, taraflara söz konusu talep hakkında görüş bildirme imkanı verilerek iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁵⁸¹

Bu konuda ikinci bir örnek ise *Klöckner* davasıdır⁵⁸². Nihai hakem kararından sonra Klöckner, tahkim yargılaması sırasında yargılamanın temel kurallarından ciddi

⁵⁷⁹ *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, İptal Talebine İlişkin 8 Aralık 2000 tarihli karar, **41 ILM 2002**, s. 933-951.

⁵⁸⁰ Bishop/Crawford/Reisman, s. 1547.

⁵⁸¹ Aron Broches, "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of Its Application", 18 YBCA 1993, s. 694; Schreuer, s. 977-978.

⁵⁸² *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, İptal Talebine İlişkin 3 Mayıs 1985 tarihli karar, **2 ICSID Reports 1994**, s. 95-164.

bir şekilde sapıldığını ileri sürerek hakem kararının iptalini talep etmiştir. Klöckner'in bu iddiasının temelinde, hakem kararının taraflarca ileri sürülmeyen veya tartışılmayan argümanlara dayanması bulunmaktadır. Geçici kurulun bu iddia ile ilgili verdiği karar ilginçtir. Geçici kurul, hakem kararının taraflarca ileri sürülmeyen argümanlara dayandırılması arzu edilir bir şey olmasa da, bu durumun yargılamanın temel kurallarından ciddi bir şekilde sapıldığını göstermediği belirtilmiştir⁵⁸³. Kanaatimizce, iddia ve savunma hakkının içeriğine ilişkin olarak daha önceki bölümlerde yer alan açıklamalar dikkate alındığında bu karar eleştirilebilir bir karardır.

MINE davasında da, Klöckner davasındakine benzer sebeplerle hakem kararının iptali talep edilmiştir⁵⁸⁴. Ancak, bu davada karar başka bir sebeple iptal edilerek, yargılamanın temel kurallarından ciddi bir şekilde sapılıp sapılmadığı incelenmemiştir.

§3. DEVLET MAHKEMELERİNİN TENFİZ VE İPTALE İLİŞKİN KARARLARINA KARŞI AİHM'E BAŞVURULUP BAŞVURULAMAYACAĞI SORUNU

AİHS'in 6(1) maddesinin tahkim yargılamasında doğrudan uygulanabilirliği konusunda AİHM'in henüz açık bir karar vermediği ve her iki ihtimale ilişkin de kararlar ve gerekçeler bulunduğu daha önce belirtilmişti⁵⁸⁵. Tahkime ilişkin davalarda devlet mahkemelerince AİHS'in 6(1) maddesinin uygulanacağı konusunda ise bir soru işareti bulunmamaktadır⁵⁸⁶.

Buna göre, tahkim yargılamasında gerçekleşen bir iddia ve savunma hakkı ihlaline tenfiz veya iptal davasının görüldüğü devlet mahkemesi tarafından bir yaptırım uygulanmazsa, AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle o devlete

⁵⁸³ Schreuer, s. 978-979.

⁵⁸⁴ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, İptal Talebine İlişkin 22 Aralık 1989 tarihli karar, **4 ICSID Reports 1997**, s. 82, 106.

⁵⁸⁵ Bkz. Birinci Bölüm, §2.

⁵⁸⁶ Svobodová, s. 119.

karşı AİHM'e başvurulabileceği ifade edilmektedir⁵⁸⁷. Tabii bunun için AİHM'e başvuru yapılabilmesi için diğer şartlar da sağlanmış olmalıdır.

Tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkı ihlal edildiği halde devlet mahkemesince kararın iptal edilmemesine veya tenfiz edilmesine karar verilirse AİHM'e başvuru yapılabilmesi görüşünün dayanakları şunlardır: Her devletin kendi ülkesindeki faaliyetleri kontrol etme yetkisi vardır. Eğer bir tahkim yargılaması taraflardan birini temel haklarından mahrum bırakıyorsa, o tahkim yargılamasının yürütüldüğü devlet de bundan sorumludur⁵⁸⁸. Ayrıca, devletlerin insan haklarının etkin bir şekilde korunması için gerekli tedbirleri alma görevi de vardır. Devlet insan hakları ihlallerine karşı bir yaptırım uygulamıyorsa AİHS'in ihlalden dolayı sorumludur⁵⁸⁹.

Nitekim, AİHM'in *Jakob Boss Söhne KG v. Almanya* kararında, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinden dolayı devletin sorumluluğunun olmadığı söylenemeyeceği, zira, hakem kararının devlet mahkemesince tenfiz edilmesi sırasında tahkim yargılamasının hakkaniyete uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Jakob Boss Almanya'da kurulu bir şirkettir. Bu şirket ile İtalya'da kurulu bir şirket arasında çıkan uyuşmazlık sonucu verilen 10 Aralık 1983 tarihli ICC kararı İtalyan şirketin lehinedir. İtalyan şirket Almanya'da hakem kararının tenfizi için dava açmıştır. Jakob Boss ise tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edildiğini iddia ederek tenfize engel olmaya çalışmıştır. Ancak, Alman ilk derece mahkemesi tenfizi kabul etmiştir. Bunun üzerine Jakob Boss İstinaf Mahkemesi'ne başvurmuştur. Burada, ilk derece mahkemesine aksi yönde karar verilmiştir. Ancak, İtalyan şirketin Federal Mahkeme'ye yaptığı başvuru sonucunda Federal Mahkeme, tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Jakob Boss, Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı bireysel başvurunun da olumsuz sonuçlanması üzerine, AİHM'e başvuru yapmıştır. AİHM, kararında, tahkim sözleşmesi yapılmasının AİHS'in 6(1) maddesinin tüm unsurlarından feragat edildiği anlamına gelmediğini ve devlet mahkemelerinin de tenfiz ve iptal davalarında hakem

⁵⁸⁷ Svobodová, s. 119.

⁵⁸⁸ Samuel, s. 424.

⁵⁸⁹ Jaksic, s. 162.

kararını bu yönden incelemeleri gerektiğini belirtmiştir. Ancak, Alman mahkemelerinin sundukları gerekçelerin herhangi bir keyfilik içermemesi nedeniyle AİHS'in 6. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları asılsız görerek davayı reddetmiştir⁵⁹⁰.

Konu, AİHM'e başvuru koşulları açısından da ayrıca değerlendirilmelidir:

Öncelikle, kendisine karşı AİHM'e başvuru yapılacak devletin AİHS'e taraf olması gerekir. Dolayısıyla, AİHS'e taraf olmayan bir devlette görülen iptal veya tenfiz davalarına karşı AİHM'e başvurulamaz.

Söz konusu devletin AİHS'de güvence altına alınan hakları ihlal eden bir müdahalesi veya eylemsizliği olmalıdır. Devlet mahkemelerinin iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği bir tahkim yargılaması sonucunda verilen kararı iptal etmemeleri veya tenfiz etmeleri böyle bir müdahale veya eylemsizliğe örnektir.

Ayrıca, bu ihlale karşı iç hukuk yolları tüketilmiş olmalıdır. Örneğin, Türkiye'ye karşı dava açılacaksa Yargıtay'a kadar gidilmesinin ardından, Anayasa Mahkemesi'ne de bireysel başvuru yapmış olmak gerekir⁵⁹¹.

Başvuruda bulunabilmek için hakkın ihlal edildiği devletin vatandaşı olmaya ise gerek yoktur. Önemli olan, AİHS'e taraf bir devlete atfedilebilir bir tasarruftan etkilenmiş olmaktır⁵⁹². Ayrıca, tüzel kişiler de AİHM'e başvuru yapabilmektedir⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun *Jakob Boss Sohne KG v. Almanya* kararı, Başvuru No: 18479/91, T: 2 Aralık 1991.

⁵⁹¹ AİHM, Hasan Uzun v. Türkiye davasında oy çokluğu ile (5'e karşı 2 oy) verdiği kararla, T.C. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkının başladığı tarihten itibaren, bu hak kullanılmaksızın AİHM'e yapılan başvuruları, "iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması" gerekçesiyle kabul edilemez bulunduğunu ifade etmiştir. AİHM, kararında, T.C. Anayasası'nın 13 Mayıs 2010 tarihinde değişen 148. maddesi uyarınca kabul edilen bireysel başvuru hakkının, 6216 sayılı Kanun hükümlerine göre, 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşmiş kararlar için kullanılabileceğini tespit etmiştir. (AİHM'in *Hasan Uzun v. Türkiye* kararı, Başvuru No: 10755/13).

⁵⁹² H. Burak Gemalmaz, "Uluslararası Tahkim Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları – Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AİHM'e Götürülmesi", Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Ed. Emre Esen/Ahmet Aksoy, 2013, s. 67-68.

⁵⁹³ Gemalmaz, s. 68. Örneğin bkz. *Sovtransavto Holding v. Ukrayna* kararı, Başvuru No: 48553/99, T: 25 Temmuz 2002; *Rosenzweig ve Bonded Warehouses Ltd. v. Polonya* kararı, Başvuru No:

Bu açıklamalar doğrultusunda, iddia ve savunma hakkının ihlal edildiği bir tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararının iptal edilmemesi veya tenfiz edilmesi karşısında, diğer başvuru şartlarının da sağlanması halinde, AİHM'e başvuru yapılabileceği kanaatindeyiz.



SONUÇ

İnsan onurunu ve taraflar arasındaki eşitliği korumayı amaçlayan iddia ve savunma hakkına riayet edilmesi ilkesi temel olarak devlet yargısının önemli bir prensibi olmakla birlikte, tahkim yargılamasında da geçerlidir. Ayrıca, iç tahkimde olduğu gibi, milletlerarası tahkimde de iddia ve savunma hakkına riayet edilmelidir. İddia ve savunma hakkı, tahkim yargılaması boyunca riayet edilmesi gereken bir haktır. Milletlerarası tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkına riayet edilmemiş olması milletlerarası sözleşmeler ve milli hukuklar uyarınca hakem kararları açısından bir tenfiz engeli ve iptal sebebi teşkil etmektedir.

İddia ve savunma hakkı usulî bir temel hak olma özelliği taşımaktadır ve maddi bir hak garanti etmemektedir. Başka bir deyişle, bu hak şekli bir hak olup buna bağlı maddi hakkın gerçekleşmesini sağlamaktadır. İddia ve savunma hakkı bu şekilde maddi gerçeğin tespit edilebilmesini amaçlar.

Adil yargılanma hakkı ile iddia ve savunma hakkı birbiriyle tam olarak örtüşmemektedir. İddia ve savunma hakkı, adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından biri olan hakkaniyete uygun olarak yargılanma içinde ele alınmaktadır. Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı iddia ve savunma hakkından daha geniştir.

New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesinin İngilizce, Fransızca ve Almanca metinlerinde kullanılan *“right to present his case”*, *“droit de faire valoir ses moyens”* ve *“Angriffs oder Verteidigungsmittel geltend machen”* ifadeleri de iddia ve savunma hakkını karşılamaktadır. Dolayısıyla, New York Sözleşmesi'nin V(1)(b) maddesiyle Avrupa Sözleşmesi'nin IX (b) maddesinde hakem kararı için öngörülen tenfiz engeli ve iptal sebebi tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilmiş olmasıdır. MÖHUK'un 62(1)(ç) ve (d) maddeleri ile MTK'nın 8/B ve 15A maddesinin 1.fıkrasının (g) bendinde de benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Milletlerarası tahkimde iddia ve savunma hakkının ihlali kamu düzeniyle de yakın ilişki içindedir. Tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunma hakkının ihlal

edilmiş olması genellikle söz konusu hakem kararının tenfiz edilmesinin tenfizi gerçekleştirecek devletin kamu düzenine de aykırı olacağı anlamına gelmektedir.

Milletlerarası tahkim yargılaması açısından iddia ve savunma hakkı kapsamında yer alan haklar hakemin tayininden ve hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilme hakkı, iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkı, iddia ve savunmaların dikkate alınması ve değerlendirilmesi hakkı ile bütün bu hakların kullanılmasının sağlanmasında gözetilmesi gereken, taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesidir.

Hakemin tayininden ve hakemlik prosedüründen usûlü dairesinde haberdar edilme hakkı, davadan, karşılıklı iddia ve savunmalardan, bunları destekleyen delillerden, karşı tarafın açıklamalarından, yargılamanın seyrinden, aşamalarından ve duruşmalardan haberdar olmayı içerir. Bu hak, hukuki sebepler hakkında haberdar edilmeyi de kapsar. Ayrıca, hakemlerden birinin değiştirilecek olması halinde, tarafların gerektiğinde hakemin reddi isteminde bulunma haklarını kullanabilmeleri için, hakem heyetinin oluşumu hakkında da tarafların bilgilendirilmesi şarttır. Haberdar etme yükümlülüğünün gerçekleştirildiğinin söylenebilmesi için yapılan tebligatın usûlüne uygun olması gerekir. Doktrinde hangi hallerde usûlsüz tebligattan bahsedileceği tek tek belirtilmemiştir. Bununla birlikte, usûlsüz tebligat kapsamına nelerin girip nelerin girmediği konusunda uygulamada birçok mahkeme kararı bulunmaktadır. Bu kararlarda tebligat şekli, tebligat dili, süreler ve tebliğin yöneltildiği taraf açısından inceleme yapılarak tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkının ihlal edilip edilmediği hakkında sonuca ulaşılmıştır. Tebligatın hangi hallerde yeterli olacağı somut olayın şartlarına göre değerlendirilmekle birlikte, tahkim yargılamasında tebligatın resmi bir şekle uygun olarak yapılmasının gerekmediği söylenebilir.

İddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkına riayet edildiğinden bahsedilebilmesi için, karardan önce taraflara iddia ve savunmalarının dayanağı olan vakıaları bildirmeleri, bunların doğruluğunu açıklayabilmeleri, delillerini sunabilmeleri, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıa ve deliller hakkında karşı beyanda bulunabilmeleri ve diğer tarafın elindeki belgelerin ibrazını isteyebilmeleri için imkan tanınmış olması gerekir. İddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilme hakkı,

tarafllara hakem kararını etkileyebilecek tüm maddi ve hukuki konular hakkında görüş bildirme imkanının tanınmasını da içerir. Bu kapsamda taraflara, karşı tarafın sunduğu veya hakem heyetinin kendiliğinden elde ettiğı tüm deliller hakkında görüş bildirme imkanının tanınması önemlidir. Herkes tarafından bilinen olayların (malum, maruf ve meşhur vakıalar) ve basit bilgilerin ispatlanmasına gerek olmasa da bunlar hakkında da görüş bildirme imkanının tanınması gerekir. Ayrıca, taraflara dayandıkları hukuki sebepleri bildirme ve hakem heyetinin karara esas alacağı hukuki sebepler konusunda görüş bildirme imkanı da tanınmalıdır. Bütün bu imkanların tanındığının söylenebilmesi için taraflara bunun için yeterli süre verilmiş olmalıdır.

İddia ve savunma hakkının kapsamında yer alan üçüncü ana hak ise, ileri sürülen iddia ve savunmaların dikkate alınıp değerlendirilmesi ve buna göre kararın verilmesidir. Bu hakka riayet edildiğinin söylenebilmesi için hakem kararının gerekçeli olması gerekmez.

Tahkim yargılamasının tüm aşamalarında riayet edilmesi gereken iddia ve savunma hakkı ile taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi de birbirinden ayrı olarak ele alınamazlar. Yargılama devam ettiğı sürece iddia ve savunma hakkının sağlanmasında taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi gözetilmeli ve taraflardan biri diğetine göre daha avantajlı duruma getirilmemelidir. Dolayısıyla, iddia ve savunma hakkı, taraflara eşit muamelede bulunulmasına göre daha üst bir kavramı ifade etmektedir. Taraflara gösterilmesi gereken eşit muamelenin matematiksel bir eşitlik anlamına gelip gelmediğı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, matematiksel eşitlik sağlanmasının gerekmediğı görüşünün daha desteklenebilir bir görüş olduğu kanaatindeyiz. Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi, tahkimde hangi usûl kuralları uygulanırsa uygulansın, yargılama usulüne hakim olması gereken bir prensiptir. Bu prensip, hakemlerin taraflardan birini diğeri karşısında dezavantajlı duruma düşürmesini engellediğı gibi, taraflar arasında bu ilkeye aykırı bir şekilde yapılacak anlaşmaları da geçersiz kılar. Dolayısıyla, taraflar da yargılama boyunca bu ilkeyi gözetmelidirler. Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesi, yargılamayı yürüten tüm hakemlerin yargılama boyunca bağımsız olmalarını ve tarafsız bir şekilde hareket etmelerini de gerektirmektedir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin Türk mahkeme kararlarında iddia ve savunma hakkının ihlali ile hakem kararı arasında nedensellik ilişkisinin mevcudiyetinin aranmadığı görülmektedir. Ancak, nedensellik ilişkisinin hiçbir durumda aranmaması sonucu hakem kararlarının tenfizinin daha kolay bir şekilde reddedilebilmesinin New York Sözleşmesi'nin hakem kararlarının tenfizini kolaylaştırma amacıyla bağdaşmaması karşısında nedensellik ilişkisinin aranmasına ilişkin görüşlerin Türk mahkemelerince yeniden ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Aynı görüşler iptal davaları için de ele alınmalıdır.

Tarafların anlaşma yoluyla tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkından feragat edebilmesinin yanında, tahkim yargılaması sırasındaki bazı davranışları da hakem kararının tenfizi aşamasında bu hakkın ileri sürülmesinden feragat edildiği anlamını taşıyabilir. Feragat anlamına gelen bu davranışlar, iddia ve savunma hakkının ihlaline tahkim yargılaması sırasında itiraz edilmemiş olması, hakem kararı aleyhine olan tarafın tahkim yargılamasında iddia ve savunma hakkını kendi kusuru sonucunda kullanamamış olması veya söz konusu ihlalin iptal davasında gündeme getirilmemiş olmasıdır. Ancak, kanaatimizce, hakem kararı aleyhine olan taraf, bir de tahkim yerinde iptal davası açma masrafiyle karşı karşıya bırakılmamalıdır. İptal davası dilendiği takdirde açılmalıdır. MTK'ya göre ise, açık hüküm gereğince, taraflardan birinin sadece kendi iradesi veya davranışıyla iptal davası açmaktan feragat etmesi mümkün değildir. Bu durumda, MTK'ya göre yürütülen bir tahkim yargılaması boyunca iddia ve savunma hakkı ihlalinin dile getirmeyen tarafın, bu hakkın iptal davasında ileri sürülmesinden feragat etmiş sayılmayacağı kanaatindeyiz.

İddia ve savunma hakkının farklı devlet hukuklarında farklı kavramları karşılayan ve içeriği de ülkeden ülkeye farklılık gösterebilen bir kavram olması sonucunda, tahkim yargılamasında bu hakkın ihlal edilip edilmediği incelenirken devlet mahkemelerince hangi hukukun uygulanacağı konusu da önem kazanmaktadır. Tenfiz davasında öncelikle tahkim yeri hukukuna veya başka bir milli hukuk sistemine dahil olmayan kuralların tahkime uygulanacak usûl kuralları olarak seçilmiş olup olmadığı tespit edilmeli, eğer böyle bir seçim yapılmışsa bu kurallar uygulanmalıdır. Bu kuralların uygulanmasından sonra kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir husus varsa bu açıdan da inceleme yapılarak sonuca

varılmalıdır. İptal davalarında ise tahkim yeri hukukunun emredici kuralları yol gösterici olacaktır.

Taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin düzenlendiği MTK'nın 8/B ve 15A/1-g maddeleri birçok bakımdan hatalıdır. Öncelikle, bir özel hukuk yargılaması olan tahkim yargılamasında tarafların eşit durumda oldukları söylenemeyeceğinden, *“tarafların eşitliği”* ve *“eşit hak ve yetki”* ifadeleri hatalıdır. Ayrıca, bu maddeler iddia ve savunma hakkı ile taraflara eşit muamelede bulunulması ilkesinin birbirinden tamamen bağımsız olduğu izlenimini yaratmaktadır. Bu tespitler doğrultusunda, bazı yanlış anlaşılma ve belirsizliklerin önüne geçilmesi için, MTK'nın 8/B maddesi ile 15A/1-g maddelerinde değişiklik yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak, milletlerarası tahkim yargılamasında tarafların iddia ve savunma hakkının ihlal edilmesinin hakem kararının iptal edilmesi veya tenfizinin reddedilmesi dışındaki bir sonucunun da, böyle bir hakem kararının devlet mahkemesince iptal edilmemesi veya tenfiz edilmesi halinde o devlete karşı AİHM'e başvuru yapılması olabileceği kanaatindeyiz. Tabii bunun için AİHM'e başvuru yapılabilmesi için diğer şartların da sağlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Akıncı Ziya, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1994 (“**Ticari Hakem Kararları**”).

Akıncı Ziya, **Arbitration Law of Turkey: Practice and Procedure**, New York: JurisNet, 2011 (“**Arbitration Law of Turkey**”).

Akıncı Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016 (“**Tahkim**”).

Aristoteles, **Nichomachean Ethics**, Çeviren: Martin Ostwald, Upper Saddle River: Prentice-Hall Inc, 1999.

Arroyo Manuel, **Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide**, Hollanda: Kluwer Law International, 2013.

Aygül Musa, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Usulüne Uygulanacak Hukuk ve Deliller**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2014.

Baker Stewart Abercrombie/Davis Mark David, **The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice**, Hollanda: Kluwer Law International, 1992.

Berger Bernhard/Kellerhals Franz, **International and Domestic Arbitration in Switzerland**, 2. Baskı, Bern: Sweet&Maxwell, 2010.

Bishop R. Doak/Crawford James/Reisman W. Michael, **Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary**, Hollanda: Kluwer Law International, 2005.

Born Gary B., **International Commercial Arbitration: Commentary and Materials**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2001.

Born Gary B., **International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2014.

Böckstiegel Karl Heinz/Kröll Stefan Michael/Nacimiento Patricia, **Arbitration in Germany: The Model Law in Practice**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2015.

Broches Aron, **Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990.

Budak Ali Cem, **Medeni Usul Hukuku Ders Malzemesi**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012.

Çiçekli Bülent, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

David René, **L'Arbitrage dans le Commerce International**, Paris: Economica, 1982.

Dayınlarlı Kemal, **Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1994.

Demir Gökyayla Cemile, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2001 (“Kamu Düzeni”).

Demir Gökyayla Cemile, **Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi**, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2014 (“Belge İbrazi”).

Di Pietro Domenico/Platte Martin, **Enforcement of International Arbitration Awards**, Cameron May, 2001.

Dolzer Rudolf/Schreuer Christoph, **Principles of International Investment Law**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2012.

Ekşi Nuray, **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2007 (“Mahkeme Kararları”).

Fry Jason/Greenberg Simon/Mazza Francesca, **The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration**, Paris: International Chamber of Commerce, 2012.

Gaillard Emmanuel/Savage John, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 1999.

Girsberger Daniel/Voser Nathalie, **International Arbitration in Switzerland**, Zürich: Schultess, 2012.

Hacıbekiroğlu Ekin, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul: On İki Levha, 2012.

Kalpsüz Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2010.

Kaplan Yavuz, **Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

Karadaş İzzet, **6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Kuijer Martin, **The Blindfold of Lady Justice-Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR**, Doktora Tezi, Hollanda: Wolf Legal Publishers, 2004.

Kunter Nurullah/Yenisey Feridun, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2010.

Kurkela Matti S./Turunen Santtu, **Due Process in International Commercial Arbitration**, 2. Baskı, New York: Oxford University Press, 2010.

Kuru Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul: Demir-Demir Yayınevi, 2001.

Lale Muktedir, **Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

Lalive Pierre/Poudret Jean François/Reymond Claude, **Droit de l’Arbitrage Interne et International en Suisse**, Lozan: Editions Payot, 1989.

Lew Julian D.M./Mistelis Loukas A./Kröll Stefan Michael, **Comparative International Commercial Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2003.

Moses Margaret L., **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**, USA: Cambridge University Press, 2012.

Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.

O’Malley Nathan D., **Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide**, Londra: Informa Law, 2012.

Özekes Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

Özüğür Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunu’nun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, **Medeni Usûl Hukuku Temel Bilgiler**, 3. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.

Petrochilos Georgios, **Procedural Law in International Arbitration**, İngiltere: Oxford University Press, 2004.

Poudret Jean François/Besson Sebastien, **Comparative Law of International Arbitration**, Çeviren: Stephen V. Berti ve Annette Ponti, Londra: Sweet & Maxwell, 2. Baskı, 2007.

Redfern Alan/Hunter J. Martin/Blackaby Nigel/Partasides Constantine, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. Baskı, İngiltere: Oxford University Press, 2015.

Reed Lucy/Paulsson Jan/Blackaby Nigel, **Guide to ICSID Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2010.

Ringquist Fredrik, **Do Procedural Human Rights Requirements Apply to Arbitration-a Study of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights and its Bearing upon Arbitration**, Yüksek Lisans Tezi, University of Lund Faculty of Law, 2005.

Rouche Jean/Pointon Gerald H./Delvolvé Jean-Louis, **French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2009.

Scherer Maxi/Richman Lisa/Gerbay Rémy, **Arbitrating Under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide**, Hollanda: Kluwer Law International, 2015.

Schreuer Christoph H., **The ICSID Convention: A Commentary**, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Schwartz Eric A./Derains Yves, **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2005.

Schwarz Franz T./Konrad Christian W., **The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria**, Hollanda: Kluwer Law International, 2009.

Şanlı Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2013 (“Uluslararası Ticari Akitler”).

Şanlı Cemal, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Baskı, İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2015.

Şit Banu, **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara: İmaj Yayıncılık, 2005.

Tosun Zelal Narçin, **Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2009.

Üstündağ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, İstanbul: Nesil Matbaacılık, 2000.

Van den Berg Albert Jan, **The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation**, Hollanda: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981 (“Towards a Uniform Judicial Interpretation”).

Van den Berg Albert Jan, **XXXIX YBCA 2014**, Hollanda: Kluwer Law International, s. 319-342.

Waincymer Jeffrey, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Hollanda: Kluwer Law International, 2012.

Yeğengil Rasih, **Tahkim (L'Arbitrage)**, İstanbul, 1974.

Makaleler/Kitap Bölümleri

Akıncı Ziya, **“Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir Mi?”**, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 1996, Cilt: 70, Sayı: 1-2-3, s. 83-91 (**“Gerekçesiz Hakem Kararları”**).

Alberti Christian P., **“Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?”**, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Ed. Stefan Michael Kröll/Loukas A. Mistelis/Pilar Perales Viscasillas/Vikki M. Rogers, Hollanda: Kluwer Law International, 2011, s. 3-32.

Appetit Bruno, **“Le Refus d’Exécution d’une Sentence Arbitrale Etrangère dans le cadre de la Convention de New York”**, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 1971, Sayı: 3, s. 97-101.

Ashford Peter, **“Documentary Discovery and International Commercial Arbitration”**, American Review of International Arbitration, Yıl: 2006, Cilt: 17, Sayı:1, s. 89-143.

Bayata Canyaş Aslı, **“Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Turkey”**, 3 ASA Bulletin 2013, s. 537-556.

Berger Klaus Peter, **“Evidentiary Privileges: Best Practice Standards versus/and Arbitral Discretion”**, Arbitration International, Yıl: 2006, Cilt: 22, Sayı: 4, s. 501-520.

Berger Klaus Peter, **“The Settlement Privilege-A General Principle of ADR Law”**, Arbitration International, Yıl: 2008, Cilt: 24, Sayı: 2, s. 265-276 (**“The Settlement Privilege”**).

Bernardini Piero, **“The Role of the International Arbitrator”**, Arbitration International, Yıl: 2004, Cilt: 20, Sayı: 2, s. 113-122.

Besson Sébastien, **“Arbitration and Human Rights”**, 24 ASA Bulletin 2006, s. 395-416.

Briner Robert/Von Schlabrendorff Fabian, **“Article 6 of the European Convention on Human Rights and its bearing upon international arbitration”**, Law of International Dispute Settlement in the 21st Century, Ed. R.Briner/Y.Fortier/K.P.Berger/J.Bredow, Carl Heymanns: Köln, 2001, s. 89-109.

Broches Aron, **“Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of 1965: Explanatory Notes and Survey of Its Application”**, 18 YBCA 1993, s. 627-717.

Brower Charles, **“Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules”**, International Lawyer, Yıl: 1994, Cilt: 28, s. 47-58.

Budak Ali Cem, **“Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”**, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 1, Sayı: 1, s. 31-60.

Castellane Beatrice, **“The New French Law on International Arbitration”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2011, Cilt: 28, Sayı: 4, s. 371-380.

Ekşi Nuray, **“Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 2003, Cilt: 23, Sayı: 1-2, Prof.Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 295-338.

Ekşi Nuray, **“Türkiye’nin Taraf Olduğu Milletlerarası Antlaşmalara Göre Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerden Delil Temini”**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 25, Sayı: 1-2, Yıl: 2005-2006, Prof. Dr. Aslan Gündüz’ün Anısına Armağan, s. 129-168.

Emberland Marius, **“The Usefulness of Applying Human Rights Arguments in International Commercial Arbitration: A Comment on Arbitration and Human Rights by Aleksandar Jaksic”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2003, Cilt: 20, Sayı: 4, s. 355-363.

Feutrill Michael/Rubins Noah, **“The Preparation of Expert Evidence in International Commercial Arbitration: Practical Aspects”**, International Business Law Journal, Yıl: 2009, Sayı: 3, s. 307-332.

Gemalmaz H. Burak, **“Uluslararası Tahkim Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları – Türkiye’nin Taraf Olduğu Uluslararası Tahkim Davalarına Konu Uyuşmazlıkların Ayrıca AIHM’e Götürülmesi”**, Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Ed. Emre Esen/Ahmet Aksoy, 2013, s. 55-97.

Ginsburg Tom/Mosk Richard M., **“Evidentiary Privileges in International Arbitration”**, International and Comparative Law Quarterly, Yıl: 2001, Cilt: 50, Sayı: 2, s. 345-385.

Greenberg Simon/Lautenschlager Felix, **“Adverse Inferences in International Arbitral Practice”**, International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Ed. Stefan Michael Kröll/Loukas A. Mistelis/Pilar Perales Viscasillas/Vikki M. Rogers, Hollanda: Kluwer Law International, 2011, s.179-205.

Hanotiau Bernard/Caprassé Olivier, **“Arbitrability, Due Process, and Public Policy Under Article V of the New York Convention-Belgian and French Perspectives”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 6, s. 721-741.

Inoue Osamu, **“The Due Process Defense to Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in United States Federal Courts: a Proposal for a**

Standard", The American Review of International Arbitration, Yıl: 2000, Cilt: 11, Sayı: 1-2, s. 247-285.

Jaeger Laurent, **"La Production de Documents non Traduits dans la langue de l'Arbitrage Peut Violer le Principe de la Contradiction"**, Revue de l'Arbitrage, Yıl: 2014, Sayı: 1, s. 113-119.

Jaksic Aleksandar, **"Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings"**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2007, Cilt: 24, Sayı:2, s. 159-171.

Jana Andrés/Armer Angie/Klein Kranenberg Johanna, **"Article V(1)(b)"**, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Ed. Herbert Kronke/Patricia Nacimiento/Dirk Otto/Nicola Christine Port, Hollanda: Kluwer Law International, 2010, s. 231-256.

Jarrosson Charles, **"L'Arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme"**, Revue de l'Arbitrage, Yıl: 1989, Sayı: 4, s. 573-607.

Kaufmann-Kohler Gabrielle/Bärtsch Philippe, **"Discovery in International Arbitration: how much is too much?"**, German Arbitration Journal, 2004, s. 13-21.

Kaufmann-Kohler Gabrielle, **"The Arbitrator and the Law: Does He/She Know It? Apply It? How? And a Few More Questions"**, 21 Arbitration International 2005, s. 631-638.

Kaya Cemil/Akcan Recep, **"Medeni ve İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı"**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2009, Cilt LXVII, Sayı 1-2, s. 123-141.

Knuts Gisela, **"Jura Novit Curia and the Right to Be Heard-An Analysis of Recent Case Law"**, Arbitration International, Yıl: 2012, Cilt: 28, Sayı: 4, s. 669-688.

Köküsarı İsmail, **"Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri"**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2011, Cilt: XV, Sayı: 1, s. 163-208.

Kröll Stefan, **"Recognition and Enforcement of Awards-Foreign Awards"**, Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, Ed. Karl Heinz Böckstiegel/Stefan Michael Kröll/Patricia Nacimiento, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 443-504.

Kröll Stefan/Kraft Peter, **"Recourse Against the Award-Application for Setting Aside"**, Arbitration in Germany: The Model Law in Practice, Ed. Karl-Heinz Böckstiegel/Stefan Michael Kröll/Patricia Nacimiento, 2. Baskı, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 383-420.

Kurkela Matti, **"Jura Novit Curia and the Burden of Education in International Arbitration-A Nordic Perspective"**, 21 ASA Bulletin 2003, s. 486-500.

Kurkela Matti, **“Due Process in Arbitration: A Finnish Perspective”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2004, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 221-225.

Laliv Pierre, **“Note-Cour d’appel de Paris 15 septembre 1998-Société Cubic Defense Systems Inc v. Chambre de commerce internationale”**, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 1999, Sayı: 1, s. 113-120.

Lew Julian D.M., **“Iura Novit Curia and Due Process”**, Queen Mary University of London, Legal Studies Research Paper No. 72/2010, 2010.

Linsmeau Jacqueline, **“Note-Cour d’appel de Bruxelles 24 janvier 1997-Compagnie inter arabe de garantie des investissements (CIAGI) v. Société Banque arabe et internationale d’investissement (BAII)”**, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 1998, Sayı: 1, s. 195-210.

Lu May, **“The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: Analysis of the Seven Defenses to Oppose Enforcement in the United States and England”**, Arizona Journal of International & Comparative Law, Yıl: 2006, Cilt: 23, Sayı: 1, s. 747-785.

Magnusson Annette, **“Fast Track Arbitration-The SCC Experience”** (http://sccinstitute.com/media/56055/fast_track_arbitration.pdf).

Martinez Ramona, **“Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards Under the United Nations Convention of 1958: The “Refusal” Provisions”**, The International Lawyer, Yıl: 1990, Cilt: 24, Sayı: 2, s. 487-518.

Matscher Franz, **“L’Arbitrage et la Convention”**, La Convention européenne des droits de l’homme, Ed. L.E.Pettiti/E.Decaux/P.H.Imbert, Economica: Paris, 1999, s. 281-292.

Mayer Pierre, **“Note-Cour d’appel de Paris (1re Ch. C) 6 février 1997”**, Revue de l’Arbitrage, Yıl: 1997, Sayı: 4, s. 560-568.

McDonald Neil, **“More Harm than Good? Human Rights Considerations in International Commercial Arbitration”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2003, Cilt: 20, Sayı: 6, s. 523-538.

Mercangöz Ebru, **“Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Savunma Haklarına Uyuma Şartı”**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Yıl: 2002, Sayı: 1, s. 827-835.

Moitry Jean Hubert, **“Right to a Fair Trial and the European Convention on Human Rights: Some Remarks on the République de Guinée Case”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 1989, Cilt: 6, Sayı: 2, s. 115-122.

Müller Eva, **“Fast Track Arbitration: Meeting the Demands of the Next Millenium”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 1998, Cilt: 15, Sayı: 3, s. 5-18.

Nikiforov Ilya, **“Interpretation of Article V of the New York Convention by Russian Courts-Due Process, Arbitrability, and Public Policy Grounds for Non-**

Enforcement", Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 6, s. 787-808.

O'Hare Judith, **"The Denial of Due Process and the Enforceability of CIETAC Awards under the New York Convention-The Hong Kong Experience"**, Journal of International Arbitration, Yıl: 1996, Cilt: 13, Sayı: 4, s. 179-196.

Öztekin Gelgel Günseli, **"New York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi"**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 2002, Cilt: 22, Sayı: 2, s. 1137-1158.

Patocchi Paolo Michele/Meakin Ian L., **"Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration"**, International Business Law Journal, Yıl: 1996, Sayı: 7, s. 884-895.

Pekcanitez Hakan, **"Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti"**, Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl: 1995, Cilt: 12, s. 255-282 (**"Anayasa Şikayeti"**).

Pekcanitez Hakan, **"Medeni Yargıda Adil Yargılama"**, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 1997, Sayı: 2, s. 35-55 (**"Adil Yargılama"**).

Pekcanitez Hakan, **"Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi"**, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 1999, s. 21-42.

Pekcanitez Hakan, **"Hukuki Dinlenilme Hakkı"**, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s. 753-791.

Pekcanitez Hakan, **"Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi"**, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Yıl: 2009, Cilt: I, Ankara, s. 789-850 (**"Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller"**).

Pietrowski Robert, **"Evidence in International Arbitration"**, Arbitration International, Yıl: 2006, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 373-410.

Platte Martin, **"An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards"**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2003, Cilt: 20, Sayı: 3, s. 307-313.

Reed Lucy/Freda James, **"Narrow Exceptions: A Review of Recent U.S. Precedent Regarding the Due Process and Public Policy Defenses of the New York Convention"**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 6, s. 649-656.

Roney David P./Müller Anna K., **"The Arbitral Procedure"**, International Arbitration in Switzerland, Ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler/Blaise Stücker, Kluwer Law International, 2004, s. 49-68.

Samuel Adam, **"Arbitration, Alternative Dispute Resolution Generally and the European Convention on Human Rights"**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2004, Cilt: 21, Sayı: 5, s. 413-437.

Scherer Maxi, **“Violation of Due Process, Article V(1)(b)”**, New York Convention: Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 Commentary, Ed. Reinmar Wolff, Almany: Verlag C.H. Beck, 2012, s. 279-309.

Schneider M.E., **“Art. 182”**, International Arbitration in Switzerland: An Introduction and Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, Ed. Stephen V. Berti, Hollanda: Springer, 2010.

Schternge Max, **“The Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Focus on Document Production and Privilege”**, International Disputes Quarterly, White & Case, Summer 2010, s. 11-13.

Steindl Barbara, **“Watch Out and Act! Recent Case Law on Due Process in Light of Austrian Law and the 1958 New York Convention”**, Journal of International Arbitration, Yıl: 2008, Cilt: 25, Sayı: 4, s. 513-520.

Svobodová Klara, **“Application of the Article 6(1) of the ECHR in International Commercial Arbitration”**, s. 108-121 (dfk-online.sze.hu/images/egyedi/doktori/%C3%A1ll_%C3%A9s_jog_alap_%C3%A9rt_%C3%A9kei_2010/2.%20k%C3%B6t/k1%C3%A1ra.pdf).

Şanlı Cemal/Esen Emre, **“Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”**, Arbitration in Turkey, Ed. İsmail Esin/Alı Yeşilırmak, Hollanda: Kluwer Law International, 2015, s. 211-240.

Tanrıver Süha, **“Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”**, TBB Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 53, s. 191-215.

Toraman Barış, **“Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler”**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 13, Hukuk Fakültesi 20. Yıl Özel Sayısı, s. 115-129.

Uzar Gökçe Nazar, **“Milletlerarası Tahkimde Delillerin İkametine İlişkin Yaklaşımlar ve Milletlerarası Barolar Birliği (IBA) Kuralları”**, Haluk Konuralp’in Anısına Armağan, Yıl: 2009, Cilt: I, s. 1169-1197.

Ülgen Özen, **“Anayasaya Uygunluk Denetiminde Çelişme İlkesi”**, TBB Dergisi, Yıl: 2014, Sayı: 111, s. 297-324.

Van den Berg Albert Jan, **“New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement”**, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Yıl: 2007, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 21-23.

Van Houtte Vera, **“Adverse Inferences in International Arbitration”**, Written Evidence and Discovery in International Arbitration, Ed. Teresa Giovannini/Alexis Mourre, Paris, 2009, s. 195-320.

Veit Marc D., **“Commentary on Chapter 12 PILS, Article 184 [Procedure: Taking of Evidence]”**, Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide, Ed. Manuel Arroyo, Hollanda: Kluwer Law International, 2013, s. 127-140.

Verbist Herman, “**Challenges on Grounds of Due Process Pursuant to Article V(1)(B) of the New York Convention**”, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, The New York Convention in Practice, Ed. Emmanuel Gaillard/Domenico di Pietro, İngiltere: Cameron May Ltd, 2008, s. 679-728.

Wedam-Lukic Dragica, “**Arbitration and Art. 6 of the European Convention on Human Rights**”, Arbitration-Journal of the Chartered Institute of Arbitrators, Yıl: 1998, Cilt: 64, Sayı: 1, s. 16-21.

Welser Irene/Klausegger Christian, “**Fast Track Arbitration: Just fast or something different?**”, Austrian Arbitration Yearbook, Ed. Gerold Zeiler/Irene Welser/Jenny Power/Nikolaus Pitkowitz/Alexandre Petsche/Florian Kremslehner/Peter Klein/Christian Klausegger, 2009, s. 259-279.

Yılmaz Ejder, “**Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Notlar**”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V-Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirilmesi, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2007, s. 169-197.

Zabunoğlu Yahya, “**Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı**”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir Barosu, s. 314-320.

Ziade Roland/Taffin Charles-Henri, “**Les temoins dans l’arbitrage international**”, International Business Law Journal, Yıl: 2010, Sayı: 2, s. 115-134.

Kararlar

ICC Kararları

ICC’nin 28 Şubat 1994 tarihli *W., a Corporation organized and existing under the laws of the Republic of X. v. F., a State agency, and U., a bank authorized and existing under Y. Law* kararı, Karar no. 7047/JJA, **13 ASA Bulletin 1995**, s. 301-357.

AİHM Kararları

Deweer v. Belçika kararı, Başvuru No: 6903/75, T: 27 Şubat 1980.

Dombo Beheer BV v. Hollanda kararı, Başvuru No: 14448/88, T: 27 Ekim 1993.

Elsholz v. Almanya kararı, Başvuru No: 25735/94, T: 13 Temmuz 2000.

Garcia Ruiz v. İspanya kararı, Başvuru No: 30544/96, T: 21 Ocak 1999

Hasan Uzun v. Türkiye kararı, Başvuru No: 10755/13.

Jakob Boss Sohne KG v. Almanya kararı, Başvuru No: 18479/91, T: 2 Aralık 1991.

Jon Axelsson ve diğerleri v. İsveç kararı, Başvuru No: 11960/86, T: 13 Temmuz 1990.

Lithgow ve diğerleri v. UK kararı, Başvuru No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, T: 24 Haziran 1986.

Mantovanelli v. Fransa kararı, Başvuru No: 21497/93, T: 18 Mart 1997.

Osmo Suovaniemi ve diğerleri v. Finlandiya kararı, Başvuru No: 31737/96, T: 23 Şubat 1999.

Regent Company v. Ukrayna kararı, Başvuru No: 773703, T: 3 Nisan 2008.

Rosenzweig ve Bonded Warehouses Ltd. v. Polonya kararı, Başvuru No: 51728/99, T: 28 Temmuz 2005.

Sovtransavto Holding v. Ukrayna kararı, Başvuru No: 48553/99, T: 25 Temmuz 2002.

Transado-Transporters Fluviais Do Sado, S.A. v. Portekiz kararı, Başvuru No: 35943/02, T: 16 Aralık 2003.

Unistar Ventures GMBH v. Moldova kararı, Başvuru No: 19245/03, T: 9 Aralık 2008.

Almanya

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 3 Nisan 1975 tarihli *Firm P v. Firm F.* kararı, **II YBCA 1977**, s. 241.

Köln İstinaf Mahkemesi'nin 10 Haziran 1976 tarihli *Danish buyer v. German (F.R.) seller* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 258 – 260.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 27 Temmuz 1978 tarihli *German (F.R.) buyer v. English seller* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 266 – 268.

Alman İlk Derece Mahkemesi'nin 20 Ocak 1983 tarihli *Portuguese Company A v. Trustee in bankruptcy of German company X* kararı, **XII YBCA 1987**, s. 486-487.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 14 Nisan 1988 tarihli *SpA Ghezzi v. Jacob Boss Söhne* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 450 – 454.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Ocak 1989 tarihli *Seller of Soybean flour v. Buyer of Soybean flour* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 491-499.

Almanya Federal Yüksek Mahkemesi'nin 18 Ocak 1990 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 503-509.

Almanya Federal Adalet Mahkemesi'nin 26 Nisan 1990 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXI YBCA 1996**, s. 532-534.

Köln İstinaf Mahkemesi'nin 16 Aralık 1992 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXI YBCA 1996**, s. 535-541.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Haziran 1997 tarihli kararı.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 30 Temmuz 1998 tarihli *Shipowner v. Time Charterer* kararı, **XXV YBCA 2000**, s. 714-716.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 24 Haziran 1999 tarihli *Manufacturer v. Exclusive distributor* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 687-696.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 2 Eylül 1999 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 697-699.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 30 Eylül 1999 tarihli kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 640-651.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 16 Mart 2000 tarihli *Russian Seller v. German Buyer* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 445-450.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 2 Ekim 2001 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 303-308.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 6 Aralık 2001 tarihli *Seller v. Buyer* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 742-746.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 23 Nisan 2004 tarihli *Trading Company v. Buyer* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 557-562.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 28 Kasım 2005 tarihli *Construction Company v. Painting Contractors* kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 722-728.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 26 Mart 2006 tarihli kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 342-346.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 3 Temmuz 2006 tarihli kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 358-362.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 31 Mayıs 2007 tarihli *Licensor v. Licensee* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 524-533.

Alman İstinaf Mahkemesi'nin 28 Kasım 2008 tarihli kararı, **XXXIV YBCA 2009**, s. 536-544.

Karlsruhe Bölge Yüksek Mahkemesi'nin 4 Ocak 2012 tarihli kararı, (<http://us.practicallaw.com>).

Amerika

Amerikan mahkemesinin 1971 tarihli *Cook Industries Inc. v. C. Itoh & Co. (Amerika) Inc.* kararı.

Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 23 Aralık 1974 tarihli *Parsons & Whittemore Overhead Co., Inc. v. RAKTA*, kararı, **I YBCA 1976**, s. 205.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 27 Ekim 1988 tarihli *Geotech Lizenz AG v. Evergreen Systems, Inc.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 562-567.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 28 Aralık 1989 tarihli *Sesostriis, S.A.E. v. Transportes Navales S.A.* kararı, **XVI YBCA 1991**, s. 640 – 644.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 24 Ağustos 1990 tarihli *International Standard Electric Corporation v. Bidas Sociedad Anonima Petrolera* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 639-652.

Amerikan Federal Bölge Mahkemesi'nin 23 Ocak 1992 tarihli *National Development Company v. Adnan M. Khashoggi* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 506-510.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 29 Mayıs 1992 tarihli *Compagnie des Bauxites de Guinée v. Hammermills Inc.* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 566-574.

Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 24 Kasım 1992 tarihli *Iran Aircraft Industries v. Iran Helicopter Support, Renewal Company v. Avco Corporation* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 596 – 606.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 21 Aralık 1992 tarihli *P.T. Reasuransi Umum Indonesia v. Evanston Insurance Company, Utica Mutual Insurance Company and others* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 788-791.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 11 Mart 1996 tarihli *Ukrvneshprom State Foreign Economic Enterprise v. Tradeway Inc.* kararı, **XXII YBCA 1997**, s. 958-966.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 18 Eylül 1996 tarihli *Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics, Inc. et al.* kararı, **XXII YBCA 1997**, s. 1029 – 1039.

Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 29 Eylül 1997 tarihli *Generica Limited v. Pharmaceutical Basics Inc.* kararı, **XXIII YBCA 1998**, s. 1076-1081.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 4 Aralık 2001 tarihli *Karaha Bodas Co. LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al.* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 814-838.

Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 26 Kasım 2003 tarihli *Consortio Rive, S.A. de C.V. v. Briggs of Cancun, Inc. v. David Briggs Enterprises, Inc.* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 1160 – 1171.

Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 23 Mart 2004 tarihli *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al.* kararı, **XXIX YBCA 2004**, s. 1262-1297.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 5 Mayıs 2006 tarihli *Jorf Lasfar Energy Company S.C.A. v. AMCI Export Corporation* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 713-718.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 2 Kasım 2007 tarihli *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 1041-1078.

Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 14 Temmuz 2008 tarihli *Four Seasons Hotels & Resorts BV v. Consorcio Barr SA* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 1183-1187.

Amerikan İstinaf Mahkemesi'nin 15 Aralık 2010 tarihli *AO Techsnabexport v. Globe Nuclear Services and Supply GNSS Limited* kararı, **XXXVI YBCA 2011**, s. 407-411.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 10 Eylül 2012 tarihli *Sonera Holding B.V. v. Çukurova Holding A.S.* kararı, **XXXVIII YBCA 2013**, s. 483-487.

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 6 Aralık 2012 tarihli *China National Chartering Corporation v. Pactrans Air & Sea Incorporation* kararı (<http://cases.justia.com/federal/district-courts/illinois/ilndce/1:2009cv07629/238354/63/0.pdf?ts=1411533443>).

Amerika Federal Bölge Mahkemesi'nin 6 Ağustos 2013 tarihli *Yukos Capital SARL v. OAO Samaraneftgaz* kararı (<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2010cv06147/366751/128>).

Avusturya

Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 31 Mart 2005 tarihli *C v. Dr. Vladimir Z.* kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 583-586.

Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 23 Ekim 2007 tarihli *K v. F AG* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 354-359.

Avusturya Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 1 Eylül 2010 tarihli *D v. Franz J* kararı, **XXXVI YBCA 2011**, s. 256 – 257.

Finlandiya

Finlandiya Yüksek Mahkemesi'nin Temmuz 2008 tarihli *Werfen Austria v. Polar Electro* kararı (www.jurispub.com/Finland-Werfen-Austria-GmbH-v-Polar-Electro-Europe-B-V-Zug-Branch-International-Arbitration.html).

Fransa

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 10 Mayıs 1971 tarihli *Compagnie de Saint Gobain-Pont a Mousson v. The Fertilizer Corporation of India Ltd. (FCIL)* kararı, **I YBCA 1976**, s. 184-185.

Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 23 Temmuz 1981 tarihli *Denis Coakley Ltd. v. Sté Michel Reverdy* kararı, **IX YBCA 1984**, s. 400-402.

Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 8 Mart 1990 tarihli *Coumet, ès qual. et Ducler v. Société Polar-Rakennusos a Keythio* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1990, Sayı: 3, s. 675.

Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 12 Şubat 1993 tarihli *Société Unichips Finanziaria v. Gesnouin* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1993, Sayı: 2, s. 276.

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 6 Şubat 1997 tarihli *Société Carter v. Société Alsthom et AGF* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1997, Sayı: 4, s. 556-559.

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 15 Eylül 1998 tarihli *Société Cubic Defense Systems Inc. v. Chambre de Commerce Internationale* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 1999, Sayı: 1, s. 103-112.

Fransa Yüksek Mahkemesi'nin 20 Şubat 2001 tarihli *Société Cubic Defense Systems Inc. v. Chambre de Commerce Internationale* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2001, Sayı: 3, s. 511-527.

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 27 Haziran 2002 tarihli *Société Comecim v. Société Theobrama* kararı, **Revue de l'Arbitrage**, Yıl: 2003, Sayı: 2, s. 427-434.

Fransız İstinaf Mahkemesi'nin 10 Ocak 2008 tarihli *Robert Fayez Mouawad, Triple M. Mouawad Management & Marketing SAL and others v. Henco Heneine Construction & Development Co. SARL* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 480-483.

Fransa Yüksek Mahkemesi'nin 6 Mayıs 2009 tarihli *Mandataires Judiciaires Associés in the person of Mrs. X and others v. International Company for Commercial Exchanges* kararı, **XXXV YBCA 2010**, s. 353-355.

Paris İstinaf Mahkemesi'nin 3 Aralık 2009 tarihli *Engel Austria GmbH v. Don Trade* kararı, pole 1, 1re ch., no RG: 08/13618.

Hindistan

Hindistan Yüksek Mahkemesi'nin 9 Eylül 2002 tarihli *International Investor KCSC v. Sanghi Polyesters Ltd.* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 577-590.

Hollanda

Hollanda İstinaf Mahkemesi'nin 16 Temmuz 1992 tarihli *G.W.L Kersten & Co. BV v. Société Commerciale Raoul-Duval et Cie* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 708-709.

Hollanda İlk Derece Mahkemesi'nin 24 Kasım 1994 tarihli *Isaac Glecer v. Moses Israel Glecer and Estera Glecer-Nottman* kararı, **XXI YBCA 1996**, s. 635-642.

Hollanda İstinaf Mahkemesi'nin 28 Nisan 1998 tarihli *Rice Trading (Guyana) Ltd. v. Nidera Handelscompagnie BV* kararı, **XXIII YBCA 1998**, s. 731-734.

Hollanda İlk Derece Mahkemesi'nin 18 Haziran 2009 tarihli *LoJack Equipment Ireland Ltd. v. A. Voorzieningenrechter* kararı, **XXXIV YBCA 2009**, s. 715-721.

Hong Kong

Hong Kong Temyiz Mahkemesi'nin 23 Ağustos 1991 tarihli *Guangdong New Technology Import & Export Corporation Jiangmen Branch v. Chiu Shing trading as B.C. Property & Trading Company* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 385-388.

Hong Kong Yüksek Mahkemesi'nin 15 Ocak 1993 tarihli *Paklito Investment Limited v. Klockner East Asia Limited* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 664-674.

Hong Kong İstinaf Mahkemesi'nin 15 Mart 1996 tarihli *Apex Tech Invetment Ltd. v. Chuang's Development Ltd.* kararı (<http://www.newyorkconvention1958.org>).

İngiltere

İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin 20 Ocak 1999 tarihli *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 739-752.

İngiliz İstinaf Mahkemesi'nin 21 Şubat 2006 ve 8 Mart 2006 tarihli *Ajay Kanoria, eSols Worldwide Limited, and Indekka Software Pvt Limited v. Tony Francis Guinness* kararı, **XXXI YBCA 2006**, s. 943-954.

Britanya Virjin Adaları İstinaf Mahkemesi'nin 18 Haziran 2008 tarihli *IPOC International Growth Fund Limited (Bermuda) v. LV Finance Group Limited (Britanya Virjin Adaları)* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 408-432.

İrlanda

İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin 13 Kasım 2009 tarihli *Kastrup Trae-Aluvinduet A/S v. Aluwood Concepts Ltd.* kararı, **XXXV YBCA 2010**, s. 404-406.

İspanya

İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 24 Mart 1982 tarihli *Cominco France S.A. v. Soquiber S.L.* kararı, **VIII YBCA 1983**, s. 408-409.

İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 14 Ocak 1983 tarihli *E3, X S.A. v. Y* kararı, **XI YBCA 1986**, s. 523-524.

İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 11 Nisan 2000 tarihli *Union Générale de Cinéma SA (France) v. X Y Z Desarrollos SA (Spain)* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 525-531.

İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 31 Temmuz 2000 tarihli *Ionian Shipping Line Co. Ltd v. Transshipping SA* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 532-539.

İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 14 Ekim 2003 tarihli *Fashion Ribbon Company Inc. v. Iberband S.L.* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 627-632.

İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 27 Ocak 2004 tarihli *Rosso e Nero GastsättenbetriebsgmbH v. Almandrera Industrial Catalana SA (ALICSA)* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 597-602.

İspanya Yüksek Mahkemesi'nin 3 Şubat 2004 tarihli *Tradigrain S.A. (Switzerland) v. Sociedad Ibérica de Molturación SA (SIMSA) (Spain)* kararı, **XXXII YBCA 2007**, s. 603-607.

İsviçre

Basel Mahkemesi'nin 11.3.1971 tarihli kararı, **BJM**, 1971, s. 95.

İsviçre İstinaf Mahkemesi'nin 3 Haziran 1971 tarihli *Dutch Seller v. Swiss Buyer* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 309-310.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 8 Şubat 1978 tarihli *Chrome Resources S.A. v. Léopold Lazarus Ltd.* kararı, **XI YBCA 1986**, s. 538-542.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12 Ocak 1989 tarihli *G. SA v. T. Ltd.* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 509-514.

İsviçre İstinaf Mahkemesi'nin 27 Şubat 1989 tarihli *N.Z. v. I. kararı*, **XVII YBCA 1992**, s. 581 – 583.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1 Temmuz 1991 tarihli *U. SpA, U. BV v. Époux G.* kararı, **9 ASA Bulletin 1991**, s. 415-420.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Mayıs 1992 tarihli kararı, **10 ASA Bulletin 1992**, s. 381-401.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 11 Haziran 2001 tarihli *A.v. L'Union des associations européennes de Football (UEFA)* kararı, **19 ASA Bulletin 2001**, s. 566-574.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 10 Eylül 2001 tarihli *X. GmbH v. Y.SA.* kararı, **20 ASA Bulletin 2002**, s. 473-481.

İsviçre İlk Derece Mahkemesi'nin 14 Şubat 2003 tarihli *Italian party v. Swiss company kararı*, **XXIX YBCA 2004**, s. 819 – 833.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 3 Mayıs 2005 tarihli kararı, BGE 131 I 272 (http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F131-I-272%3Ade).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28 Mart 2007 tarihli *X. GmbH (Almanya) v. A. (İran/İsviçre)* kararı, **25 ASA Bulletin 2007**, s. 610-617.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Ocak 2008 tarihli *X. SA v. Y. Inc.* kararı, **26 ASA Bulletin 2008**, s. 543-548.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin Şubat 2009 tarihli *Urguijo Goitia v. da Silva Muniz* kararı, **27 ASA Bulletin 2009**, s. 495-500.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 15 Şubat 2010 tarihli kararı, **28 ASA Bulletin 2010**, s. 277-281.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 3 Ağustos 2010 tarihli *X. SA v Y. SA* kararı (www.swissarbitrationdecisions.com/claim-of-violation-of-due-process-denied-no-unforeseen-legal-arg).

İtalya

İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 20 Şubat 1975 tarihli *Carters (Merchants) Ltd. v. Francesco Ferraro* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 275 – 276.

Floransa İstinaf Mahkemesi'nin 8 Ekim 1977 tarihli *Bobbie Brooks Inc. v. Lanificio Walter Banci s.a.s.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 289-291.

İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 28 Ocak 1982 tarihli *Fratelli Variola S.p.A. v. Danaos Shipping Company* kararı, **IX YBCA 1984**, s. 423-425.

İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 18 Mayıs 1982 tarihli *Bauer & Grobmann OHG v. Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele* kararı, **X YBCA 1985**, s. 461.

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 27 Haziran 1983 tarihli *Tortora Amedeo v. Tolimar S.A.* kararı, **X YBCA 1985**, s. 470-472.

İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 3 Nisan 1987 tarihli *SpA Abati Legnami v. Fritz Häupl* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 529-533.

İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 19 Kasım 1987 tarihli *Mara Confezioni SpA v. International Alltex Corporation* kararı, **XIV YBCA 1989**, s. 675-676.

İtalyan İstinaf Mahkemesi'nin 3 Haziran 1988 tarihli *Holzindustrie Schweighofer GmbH v. Industria Legnami Trentina – ILETsrl* kararı, **XV YBCA 1990**, s. 498 – 500.

İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 22 Şubat 1992 tarihli *Trans World Film SpA v. Film Polski Import and Export of Films* kararı, **XVIII YBCA 1993**, s. 433-436.

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 16 Kasım 1992 tarihli *ILET Industria Legnami Trentina S.r.l. v. Ditta Holzindustrie Schweighofer S.r.l. and Co. S.a.s.* kararı, **XIX YBCA 1994**, s. 694 – 696.

İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 23 Nisan 1997 tarihli *Dalmine S.p.A. v. M. & M. Sheet Metal Forming Machinery A.G.* kararı, **XXIV YBCA 1999**, s. 709-713.

İtalya Temyiz Mahkemesi'nin 21 Ocak 2000 tarihli *De Maio Giuseppe e Fratelli snc v. Interskins Ltd.* kararı, **XXVII YBCA 2002**, s. 492-499.

Kanada

Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 23 Mart 2001 tarihli *Grow Biz International Inc. v. D.L.T. Holdings Inc.* kararı, **XXX YBCA 2005**, s. 450-465.

Quebec Yüksek Mahkemesi'nin 8 Aralık 2008 tarihli *Louis Dreyfus S.A.S. v. Holding Tusculum B.V.* kararı (www.mcgill.ca/arbitration/files/arbitration/TusculumDreyfus1.pdf).

Kolombiya

Kolombiya Yüksek Mahkemesi'nin 27 Temmuz 2011 tarihli *Petrotesting Colombia S.A. et al. v. Ross Energy S.A.* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 200 – 204.

Kolombiya Yüksek Mahkemesi'nin 19 Aralık 2011 ve 3 Mayıs 2012 tarihli *Drummond Ltd. v. Instituto Nacional de Concesiones – INCO et al.* kararı, **XXXVII YBCA 2012**, s. 205 – 209.

Kore

Kore Yüksek Mahkemesi'nin 10 Nisan 1990 tarihli *Kukje Sangsa Co. Ltd. v. GKN International Trading Limited* kararı, **XVII YBCA 1992**, s. 568-571.

Meksika

Meksika Yüksek Mahkemesi'nin 24 Şubat 1977 tarihli *Presse Office S.A. v. Centro Editorial Hoy S.A.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 301.

Meksika Yüksek Mahkemesi'nin 1 Ağustos 1977 tarihli *Malden Mills Inc. v. Hilaturas Lourdes S.A.* kararı, **IV YBCA 1979**, s. 302 – 304.

Norveç

Norveç Tenfiz Mahkemesi'nin 10 Temmuz 2002 tarihli *Pulsarr Industrial Research B.V. v. Nils H. Nilsen A.S.* kararı, **XXVIII YBCA 2003**, s. 821-828.

Rusya

Rusya Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin 22 Haziran 2004 tarihli *Forever Maritime Ltd. (Malta) v. State Unitary Enterprise Foreign Trade Enterprise Mashinoimport (Russian Federation)* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 650-653.

Rusya Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin 22 Şubat 2005 tarihli *Codest Engineering v. OOO Grupa Most* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 666-672.

Rusya Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin 12 Şubat 2007 tarihli *OOO Inko Food v. OOO Myasokombinat Gvardeiskii plius* kararı, **XXXIII YBCA 2008**, s. 695-697.

Türkiye

AYM 29.1.1980 T., 1979/38 E., 1980/11 K. (AMKD., Sayı: 18, s. 91).

AYM 19.9.1991 T., 1991/2 E., 1991/30 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

AYM 14.07.1998 T., 1997/41 E., 1998/47 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 19. HD, 17.12.1998 T., 1998/6099 E., 1998/7735 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 19. HD, 9.11.2000 T., 2000/7171 E., 2000/7602 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 11. HD, 19.11.2001 T., 2001/6144 E., 2001/9045 K. (Nuray Ekşi, **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2007, s. 488-489).

Yarg. 15. HD, 20.11.2001 T., 2001/4352 E., 2001/5322 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 13. HD, 5.12.2001 T., 2001/9007 E., 2001/11406 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 19. HD, 7.3.2002 T., 2001/6576 E., 2002/1513 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 11. HD, 02.06.2003 T., 2002/13265 E., 2003/5759 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 15. HD, 5.5.2005 T., 2004/7613 E., 2005/2801 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 2. HD, 04.10.2005 T., 10735 E., 13428 K. (Ali İhsan Özüğür, **Türk Medeni Kanunu'nun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 1286 vd).

Yarg. 2. HD, 8.6.2006 T., 2006/2612 E., 2006/9147 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 2. HD, 8.4.2009 T., 2009/532 E., 2009/6718 K. (Ali İhsan Özüğür, **Türk Medeni Kanunu'nun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 1291).

Yarg. 19. HD, 03.03.2011 T., 2010/7983 E., 2011/2784 K. (Bülent Çiçekli, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 366-367).

Yarg. 20. HD, 7.2.2012 T., 2011/15852 E., 2012/1321 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

YİBGK, 10.2.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 11. HD, 18.05.2012 T., 2012/3715 E., 2012/8307 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 3. HD, 7.6.2012 T., 2012/11403 E., 2012/14612 K. (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Yarg. 11. HD, 08.04.2013 T., 2820 E., 7002 K. (Muktedir Lale, **Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 623-625).

Yarg. 21. HD, 30.12.2013 T., 2013/22022 E., 2014/25102 K. (Çalışma ve Toplum, Yıl: 2014, Sayı: 3, s. 443-445).

ICSID Kararları

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais, ICSID Case No. ARB/81/2, İptal Talebine İlişkin 3 Mayıs 1985 tarihli karar, **2 ICSID Reports 1994**, s. 95-164.

Republic of Indonesia v. Amco Asia Corp. and others, ICSID Case No. ARB/81/1, 16 Mayıs 1986 tarihli İptal Kararı, **XII YBCA 1987**, s. 129-148.

Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea, İptal Talebine İlişkin 22 Aralık 1989 tarihli karar, **4 ICSID Reports 1997**, s. 79-110.

Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt, İptal Talebine İlişkin 8 Aralık 2000 tarihli karar, **41 ILM 2002**, s. 933-951.

Methanex Corp v USA, NAFTA/UNCITRAL, Nihai Karar, 3 Ağustos 2005.

EDF Services Ltd. v. Romanya, ICSID Case no. ARB/05/13, Usule İlişkin Karar No. 3, 2009.

Libananco Holdings v. Türkiye, ICSID Case no. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23 Haziran 2008.

Mevzuat

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Madde Gerekçeli), Ankara: TBMM Kütüphanesi, Haziran 2011.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, Resmi Gazete Tarihi: 21.5.1991, Sayı: 20877.

Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 3730, Kabul Tarihi: 8.5.1991, Resmi Gazete Tarihi: 21.5.1991, Sayı: 20877.

Diğer Kaynaklar

Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara: Batıder, 1990.

E/2822, **“Report by the Secretary General”**, United Nations Economic and Social Council, 31 Ocak 1956.

E/CONF.26/3, **“Comments by Governments on the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”**, United Nations Economic and Social Council, 10 Mart 1958.

Genel Sekreterin UNCITRAL Tahkim Kuralları Taslağı’na İlişkin Raporu, A/CN.9/97, **VI Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law 1975**.

New York Sözleşmesi’ne taraf devletlerin listesi,
<www.newyorkconvention.org/countries>.

Request for the Recognition and Enforcement of an Arbitral Award, ICCA’s Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, International Council for Commercial Arbitration, 2011.

The International Law Association Rio de Janeiro Conference Final Report, *Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration* (<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>).

UN DOC E/CONF. 26/SR. 17 (file:///C:/Users/Stajyer13/Downloads/E-CONF-26-SR17.pdf).

UN DOC E/CONF. 26/SR. 23 (file:///C:/Users/Stajyer13/Downloads/E-CONF-26-SR23.pdf).

ÖZGEÇMİŞ

Ferda Nur Güvenalp 1989 yılında Erzincan’da doğmuştur. İlköğrenimini 2003 yılında Erzurum Sabancı İlköğretim Okulu’nda, lise öğrenimini ise 2008 yılında Galatasaray Lisesi’nde tamamlamıştır. Ferda Nur Güvenalp, 2013 yılında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olmuştur. Aynı sene Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli yüksek lisans programına kabul edilmiş ve aynı zamanda avukatlık stajını yapmıştır. 2014 yılından beri İstanbul Barosu’na kayıtlı olarak avukatlık yapmaktadır.



TEZ ONAY SAYFASI

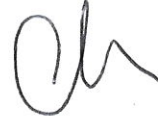
Üniversite	Galatasaray Üniversitesi
Enstitü	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı Tez Başlığı	Ferda Nur GÜVENALP Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlali
Savunma Tarihi Danışmanı	29.07.2016 Prof. Dr. Ziya AKINCI

JÜRİ ÜYELERİ

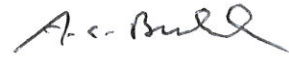
Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. Ziya AKINCI



Prof. Dr. Ali Cem BUDAK



Doç. Dr. S. Anlam ALTAY



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK

