

NEW YORK KONVANSİYONU'NUN 5. MADDESİ KAPSAMINDA HAKEM KARARININ DEVLET MAHKEMELERİ TARAFINDAN TANINMASI ve İNFAZININ REDDİ

Prof. Dr. Ansgar STAUDINGER

Bildiri sahibi geçen yıl üniversite öğretim üyeliğinin yanında Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin bir dairesinde hâkim olarak görev yapmıştır. Görev yaptığı dairenin bakmakla yetkili olduğu işler, diğeriyle birlikte yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin Alman mahkemesi kararlarıdır. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde, tahkim konulu Uluslararası Sempozyumumuza içerik olarak çok uyan, uygulama açısından da oldukça önem arz eden tartışmalı konuları içerecek şekilde tipik bir kurpratik çalışması olabilecek bir davada çalışmıştır. Aşağıda tebliğ sunucusu kendi kişisel hukuki görüşünü yansıtan oyuyla ilgili açıklamalarda bulunmaktadır. Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi Dairesi'ndeki diğer hâkimler ayrıntılı müzakerelerden sonra tebliğ sunucusunun önerisine katılarak, öncelikle bir bilirkişi tayinine karar vermişlerdir. Bilirkişi somut olayın esasını oluşturan Lichtenstein eşya hukukunun yorumu ve uygulamasıyla ilgili bir rapor hazırlayacaktır. Aşağıdaki açıklamalar bilhassa, uygulanacak hukuk olarak belirli bir hukukun seçiminin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında da hukuki etkiler doğuracağını göstermektedir. Bu açıdan yapılacak olan bir denetim devlet mahkemelerinin görevi olduğundan ve devlet mahkemeleri geçersiz bir tahkim anlaşmasının söz konusu olması halinde hakem kararının tenfizini reddetmek zorunda olduklarından, belirli bir hukukun seçimindeki riskler ve olanaklar sözleşme yapılmadan önceki aşamada enine boyuna değerlendirilerek karar verilmelidir. Tebliğ sunucu haklı gerekçelerle yabancı hukukun seçiminde ne kadar dikkatli davranılması gerektiğini, aksi takdirde tahkim anlaşmasının dahi geçersizliği sonucu doğabileceğini vurgulamaktadır (editörün notu).

I. Usule İlişkin Arka Plan:

Davalıya karşı başvuru sahibi olarak Subway International B.V. davasındaki işlemler 13 Nisan 2007 tarihinde Manchester, Connecticut, ABD'de bu-

lunan Uluslararası Tahkim Merkezi'nde bir hakem tarafından verilmiş kararın tenfizi ile ilgilidir.

Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (OLG) kaza yetkisi Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun (ZPO) 1061. Kısmı ile bağlantılı 1062(2) numaralı kısmından gelmektedir.

II. Davanın Unsurları

Tahkim davası kapsamında ileri sürülen iddialar Subway International B.V. ile davalı arasında 23 Kasım 2004 tarihinde imza edilmiş bir bayilik sözleşmesinden doğmaktadır. Bu sözleşmenin 13. maddesi gereğince, sözleşme Liechtenstein kanununa tabidir ve sözleşmede aksi öngörülmedikçe Liechtenstein medeni kanunun hükümlerine göre yorumlanacaktır. Bahsi geçen sözleşmenin 10. maddesinin (c) fıkrasına göre taraflar bir tahkim anlaşmasına varmışlardır. Bahsi geçen fıkranın 2. cümlesinin Almanca çevirisi tekrardan İngilizce'ye çevrildiğinde: "Tahkim, Amerikan Tahkim Birliği'nin bir üyesi olan Uluslararası Tahkim Merkezi tarafından, New York, New York, ABD'de görülecek bir davada Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'nun Tahkim Kuralları (UNCITRAL Tahkim Kuralları) uyarınca gerçekleştirilecektir. Tahkim işlemleri İngilizce dilinde yürütülecek ve münferit bir hakem tarafından karara bağlanacaktır..." Sözleşmenin İngilizce anlatımındaki tek fark Uluslararası Tahkim Merkezi'nin bir seçenek olarak alıntılanmasıdır ("such as"). Bununla birlikte, New York'un tahkim için zorunlu yer olduğu ve dolayısıyla tahkim yerinin "davacının tercihinine" bağlı bir husus olmadığı da İngilizce anlatımdan çıkarılmaktadır (bu görüş aynı zamanda Bremen Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin, 2 Sch 2/08, 30 Ekim 2008 tarihli kararı, Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 11 Sch 0008/07, 7 Aralık 2007 tarihli kararı tarafından da paylaşılmaktadır.).

Davalılar şahsi aciz hali ile ilgili (henüz) başvuruda bulunmamışlardır.

III. Liechtenstein Genel Medeni Kanunu'nun (AGBL) 879 (3) Kısmı Uyarınca Alman Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 1061 (1) Kısmı s. 1 ve New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrası Gereğince Tenfizin Reddi

Öncelikle cevaplanması gereken hukuki soru, Subway International B.V.'nin New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrası ile bağlantılı olarak Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 1061 (1) kısmı s. 1 gereğince yaptığı tenfiz başvurusunun reddedilmesinin gerekip gerekmediğidir.

Bu, tahkim anlaşmasının AGBL'nin 879(3) Kısmı gereğince geçersiz olması halinde uygun hareket tarzı olurdu.

(1) 'Competence-competence' (Yetkiye hüküm yetkisi) ve hakların sükûtu

Mahkeme hâlâ bu tip bir adli inceleme yapma seçeneğine sahiptir ve devlet mahkemeleri "yetkiye hüküm yetkisine" sahip olmaya devam etmektedir (Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Baskı, 2005, ch. 24, marg. 9). Davalıların tahkim duruşmasına katılmamasına itiraz edilmemiş olduğu için herhangi bir hakkın sükutu gerekçesi de bulunmamaktadır (Zöller/Geimer, 26. Baskı, 2007, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu kısım 1061, marg. 22; New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrasında belirtilen unsurlar göz önüne alındığında genel olarak milli sükutun aleyhine: Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Baskı, 2005, ch. 30, marg. 9). Davalı tahkim anlaşmasının geçersizliğini kanıtlamak amacıyla tahkim işlemleri ile uğraşmak gibi bir yükümlülüğe sahip değildir (MüKo/Adolphsen, 3. Baskı, 2008, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu kısım 1061, New York Konvansiyonu Ek 1, ek referanslarla birlikte marg. 10).

(2) New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrası Gereğince doğrulanmış savunma

New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrası, davalının New York Konvansiyonu'nun II. maddesine atıfta bulunulan anlaşmanın açıkça tabi olduğu Liechtenstein hukuku gereğince geçerli olmadığı yönünde kanıt sunmasını gerektirmektedir (Nagel/Gottwald, IZVR, 6. Baskı, 2007, kısım 16, marg. 127). Hakim görüş, New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrasında belirtilen ret gerekçesi ile ilgili olarak dava beyanı ve ispat yükümlülüğünün davalıya ait olduğu yönündedir (MüKo/Adolphsen, 3. Baskı, 2008, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu kısım 1061, New York Konvansiyonu Ek 1, ek referanslarla birlikte marg. 17). Bu tip bir ret gerekçesinin doğrulanması, davalının yalnızca New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesine başvurması ve gerekli kanıtı sunması ile onaylanabilir. Sonuç olarak literatürde varılan sonuç (MüKo/Adolphsen, 3. Baskı, 2008, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu kısım 1061, New York Konvansiyonu Ek 1, ek referanslarla birlikte marg. 17), yabancı hukukun geçerli olduğunun ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu kısım 293'ü sınırlandıran gerekli hükümleri içerdiğinin kanıtlanması yükümlülüğünün de davalıya ait olduğu yönündedir.

Örneğin, davalının bu manada bir savunma bile yapmadığı veya savunmasını sunmadığı Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi'nde görülen dava-

dan (6 U 11/93, 22 Aralık 1993 tarihli karar, marg. 33 f.) farklı olarak, tahkim anlaşmasının yürürlükte bulunan yabancı hukuk gereğince geçersiz olduğu yönünde hakimler tarafından verilen tavsiyelere aldırımsızın, tahkime sebebiyet veren uyuşmazlıktaki davalı spesifik olarak Liechtenstein Genel Medeni Kanunu'nun (AGBL) 879 (3) kısmına başvurmuştur. Ayrıca, davalı 1 Haziran 1811 tarihli ve 22 Nisan 2007 tarihinde tadil edilen bu kanunun Avusturya Medeni Kanunu ile benzerlik gösterdiğini ileri sürmüştür. Buna ek olarak, davalı bahsi geçen hükümden alıntı yapmış ve sonuçta, haklar ve yükümlülükler arasındaki kayda değer muvazenesizlik nedeniyle tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla davalı yeterince doğrulanmış bir savunma ileri sürmüştür. Aksi durumda, şartlar fazlasıyla abartılmış, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun kısım 293'ü aşındırılmış olurdu. Şu halde, bu Federal Mahkeme [Bundesgerichtshof] tarafından getirilen sıkı şartlarla (VIZ R 105/07 15 Temmuz 2008 tarihli karar, marg. 8) uyuşmazlık içinde olurdu.

(3) Bir tahkim anlaşmasının hükümlerini adli incelemesinin kabul edilebilirliği

Şu durumda, işlemler *re'sen* başlatılmış durumdadır; tahkim anlaşmasının hükümlerinin bu tip bir incelenmesi New York Konvansiyonu'nun ifade tarzı ve sistemi ile uyumlu olmak zorunda olacaktır. Bu, koşullarının dengeliğini ortaya koymak amacıyla genel standart şart ve koşulları düzenleyen ulusal hukuk kurallarının aleyhine bir tahkim anlaşmasının incelenip incelenemeyeceği ile ilgili olarak Alman Federal Mahkemesi'nin herhangi bir kati ve bağlayıcı yaptırımının bulunmaması ile ilgili bir sorunun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. İlk bakışta, madde V(1) fıkra (a)'da New York Konvansiyonunun II. maddesine yapılan atıf konunun bu olmadığını ortaya koymaktadır. Bu, sadece tahkim anlaşmasının özünün incelemeye tabi tutulması gerektiğini, fakat buna tahkim yeri veya diğer detaylarla ilgili diğer şartların buna dahil edilmemesi gerektiğini ortaya koyabilir. Bununla birlikte New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrası, konvansiyonun kavramların bu şekilde dar bir yorumuna dayanmadığını kanıtlamaktadır. Dolayısıyla, literatürde ileri sürülen görüşlerin ezici bir ekseriyeti, New York Konvansiyonu'nun II. maddesi tahkim anlaşmasının usule ilişkin etkinliğinin incelenmesi ile ilgili kati ve bağlayıcı bir ölçüt sunmasına rağmen (MüKo/Adolphsen, 3. Baskı, 2008, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu kısım 1061, New York Konvansiyonu Ek 1, ek referanslarla birlikte marg. 24), II. maddenin standart biçimli bir tahkim maddesinin dezavantajlı şartların belirlenmesi için tayin edilmiş bir incelemeye tabi olmasını öngören ulusal kuralları bloke etmediğini iddia etmektedir (Retihmann/Martiny, 6. Baskı, 2004, sayfa 2276, marg.

3309; içerisinde Hausmann; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Baskı, 2005, ch. 44, marg. 9). Bu, dolaylı olarak, tahkim işlemlerinin tahkim anlaşmasından sapması halinde bu durumun New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrası gereğince başlı başına bir ret gerekçesi teşkil etmesinden de çıkarsanabilir. Tahkim anlaşmasının usule ilişkin yönlerinin, tahkim yeri gibi geniş anlamda bu tip bir incelemenin kapsamı dışında bırakılması durumunda, bu zemini oluşturan sistemle nihayetinde uyumsuzluk gösterecektir. Bu, ilkesel olarak, hem Bremen hem de Dresden Eyalet Yüksek Mahkemeleri'nin yapmak zorunda olduğu örtük bir varsayım niteliği de taşımaktadır.

Son olarak, Federal Mahkeme'nin 1 Mart 2007 tarihli kararı da bu tip bir inceleme ile çatışmaz. Bu karar, ulusal bir tahkim kararı söz konusu olduğunda genel standart şart ve koşulları düzenleyen kanun gereğince hükümlerin bir incelemeye tabi tutulması ile ilgili Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun kısım 1034(2)'sinin üstünlüğü ile ilgilidir.

(4) Bir bilirkişi görüşüne ilişkin olarak şartların AGBL Kısım 879(3) gereğince incelenmesi

Bremen'de bulunan Eyalet Yüksek Mahkemesi (2 Sch 2/08, 30 Ekim 2008 tarihli kararında), mahkemenin AGBL Kısım 879'u bağımsız olarak yorumlayabileceğine ve uygulayabileceğine dikkat çekmektedir. Ne var ki Liechtenstein (veya en azından Avusturya) içtihat hukukunda veya literatüründe bu konuyla ilgili hiçbir atıf bulunmamaktadır. Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi de buna daha çok genel açıklama amaçlı bir yorum eklemektedir (11 Sch 0008/07, 7 Aralık 2007 tarihli kararı). Bu, esasa müteallik kanunun yukarıda belirtilen kuralının standart biçimli bir tahkim anlaşması için de geçerli olup olmadığı konusunda belirli bir dereceye kadar araştırılması gereken bir şüphe oluşturmaktadır. Muhtemelen bunun da varsayımlar arasında gözetilmesi gerekmektedir. Bütün bunlara rağmen, Liechtenstein usul hukuku veya UNCITRAL Tahkim Kuralları tek başına konuyla ilgili olmayacaktır. AGBL kısım 879(3)'ün geçerli olduğu ve genel nitelikte bazı koşullara atıfta bulunduğu varsayılsa bile, bu durumda Liechtenstein'da hukuku uygulayanların perspektifinden somut bir hususun verilmesi gereklidir.

Alman Medeni Kanunu kısım 307(1), bu tip bir muvazenesizlik, bilhassa sınır ötesi davalarda (tatbik edilebilir olmayan Alman Medeni Kanunu kısım 307(1) ile ilgili olarak bakınız: Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Baskı, 2005, ch. 5, marg. 14), *başlı başına* (bilgi için bu hususta yine tatbik edilebilir olmayan Alman Medeni Kanunu kısım 307(1) ile ilgili bilgi için bakınız:

Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Baskı, 2006, kısım 310 marg. 28 içinde Ulmer) bir tahkim maddesinin mevcudiyetinden türetilemez olsa da, makul olmayan bir dezavantajın mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Ve Liechtenstein hukukunun seçimine diğer hususlardan ayrı olarak bu itibarla itiraz edilemez. İkincisi ise, New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrasının taraflara, üçüncü bir ülkenin hukukunu seçme opsiyonu da dahil olmak üzere, diledikleri seçimi yapmalarını temin etmiş olması nedeniyle tarafların uygun kanunun belirlenmesinde özerk olmaları ilkesinden gelmektedir (bu kural, dava usulünün tüm aşamalarında tahkim anlaşmaları bağlantısı ile ilgili tek ölçütür: Retihmann/Martiny, 6. Baskı, 2004, sayfa 2272, marg. 3304; sayfa 2273, marg. 3306; içerisinde Hausmann). Bu, sözleşmenin tabi olduğu hukukun sözleşmenin dilinden farklı olması için, bayilik sözleşmesinin İngilizce dilinde ifade edilmesi gerçeği ile veya tahkim işlemlerinin de yine farklı bir dilde yürütülmesi gerçeği ile çelişmemektedir. Esasa ilişkin muvazenesizlik, konu dışı gibi görünse de temel olarak tahkim yerinden ileri gelmektedir; bu özgün durumla ilgili genel kanı ilgili kararın gıyaben alındığı yönündedir.

Yine de, konuyla ilgisi bulunmayan Alman Medeni Kanunu kısım 307(1)'e dayandırılan bu tip bir değerlendirmenin Genel Medeni Kanun kısım 879(3)'e uygulanabilip uygulanamayacağı ile ilgili bazı şüphe götürür durumlar söz konusudur. Dolayısıyla, öncelikle cevaplanması gereken hukuki soruyu, New York Konvansiyonu'nun V(1) maddesinin (a) fıkrası ile bağlantılı olarak Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 1061 (1) kısmı s. 1 gereğince yapılan tenfiz başvurusunun Genel Medeni Kanun kısım 879(3) ışığında reddedilmesinin gerekip gerekmediği yönlü soruyu şu an için cevaplamak mümkün değildir.

Yukarıdaki hususlar muvacehesinde, Thuringia Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kabul ve tasdik ettiği yaklaşım (1 Sch 1/08, 8 Temmuz 2008 tarihli karar) uyarınca, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 293. kısmı gereğince bir bilirkişinin tayin edilmesine karar verilmesi teklif edilmektedir:

Vurgulanması gereken birinci nokta, Liechtenstein kanununun, özellikle Genel Medeni Kanun, kısım 879'un gerçekten de tahkim anlaşmaları şartlarının adli incelemeye tabi olduğunu varsayıp varsaymadığına ilişkin soruna odaklanacaktır.

Vurgulanması gereken ikinci nokta, herhangi bir uyumsuzluk için tahkim yeri olarak New York'un seçilmesini öngören standart biçimli anlaşmanın tahkim anlaşmasını Liechtenstein hukuku gereğince geçersiz kılıp kılmadığına ilişkin soruna odaklanacaktır.