

^HADİL YARGILANMA HAKKI'NIN ULUSLARARASI ÖZEL HUKUKA ETKİSİ

*Prof. Dr. Işıl ÖZKAN**

Öz

“Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi” başlıklı bu makalede; temel insan hak ve özgürlüklerine ilişkin her konunun esas olarak UÖH'la ilgili olduğu, ancak bunların içinde en önemlisinin adil yargılanma hakkı olduğu vurgulanmıştır. Birinci başlıkta adil yargılanma hakkının konusu ve kapsamı AİHS 6/1. Madde ışığında ele alınmış ve medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzlukları da kapsadığı belirtilmiştir. Daha sonra 6. Maddenin kapsamına giren haklar; mahkemeye erişim hakkı, mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı, hakkaniyet ve aleniyet esasına göre makul sürede ve çekişmeli yargıda karar verilmesi gerekliliği ve silahların eşitliği ilkeleri üzerinde durulmuştur.

İkinci başlık adil yargılanma hakkının UÖH'a etkisine ayrılmıştır. Bu etki, mahkemelerin milletlerarası yetkisi, yabancı mahkemece adil yargılanma hakkının ihlali, kamu düzeni ve insan hakları açısından incelenmiştir. Yabancı Mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde insan hakları konusu genel olarak, AB hukuku ve Türk hukukunda ayrı ayrı ele alınmış, son olarak kanunlar ihtilafında adil yargılanma hakkına yer verilmiştir.

Milletlerarası tahkim yoluna başvurma hakkının adil yargılanma hakkını ihlal etmediği, AİHM içtihatlarına dayanılarak ifade edilmiştir. Ayrıca tah-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (e-posta: isil.ozkan@yasar.edu.tr) (Makale Gönderim Tarihleri: 28.02.2017-28.02.2017/Makale Kabul Tarihleri: 21.03.2017-07.03.2017)

kimde uygulanan hukuk bakımından denetim ele alınmıştır. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının önemine yer verilmiş, tenfizin kamu düzenine aykırılık nedeniyle red edilebileceği belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Adil yargılanma hakkı, uluslararası özel hukuk, mahkemeye erişim hakkı, uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilafı, yetki, milletlerarası yetki, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, hakem kararı, mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, silahların eşitliği ilkesi, makul süre, hakkaniyet ve aleniyet

EFFECTS OF RIGHT TO A FAIR TRIAL ON INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Abstract

It has been underlined that all subjects that are about fundamental rights and freedoms are related with Private International Law, but the foremost is right to a fair trial in this article, which is titled as "Effects of Right to a Fair Trial on International Private Law. The subject and the extend of the right to a fair trial had been discussed under the scope of ECHR article 6/1 and it has been underlined that it also includes civil rights and obligations under the first topic. Then, the rights that are under the extend of Article No.6, the right to access to a court, independence and impartiality of tribunal, the necessity for judicial decisions at adversarial jurisdiction in reasonable time on the base of fair and public hearing and equality of arms principles, had been emphasized.

The second topic is about the effects of the right to a fair trial on Private International Law. This effect is being examined in terms of the international jurisdiction of courts, violation of right to a fair trial by a foreign court, public order and human rights. Human rights on the recognition and enforcement of foreign courts had been discussed in general

terms under EU and Turkish Laws separately and in conclusion the right to a fair trial under the conflict of laws.

The fact that application for international arbitration does not violate the right to a fair trial is being stated based on ECHR court practices. Also the inspection in terms of law on arbitrage had been discussed. The significance of impartiality and independence of arbitrators on recognition and enforcement of foreign arbitrators had been discussed and the fact that arbitration can be rejected due to contrary to public order.

Keywords

Right to a fair trial, private international law, the right of access to a court, applicable law, conflict of laws, jurisdiction, international competence, recognition and enforcement of foreign judgements, arbitral awards, independence and impartiality of tribunal, equality of arms principle, reasonable time, fair and public hearing

GİRİŞ

İnsan haklarının hemen her konusunun Devletler Özel Hukuku ile ilişkilendirilmesi olasıdır. Yabancıları ülkeye kabul zorunluluğu bulunmakla birlikte, sığınma arayanlara 1951 Cenevre sözleşmesi ve 1967 Protokolü ile tanınan bazı haklar vardır. Sığınmacının haklı zulüm korkusu yaşadığı ülkeye geri gönderilmesi de (*non-refoulement*) yasaklanmıştır. Bu kuralın bir örf ve âdet hukuku kuralı haline geldiği kabul edilmektedir. Diğer yandan AİHS'ne ek 4 no'lu Protokol'ün¹ 4. maddesi yabancıların topluca sınırdışı edilmesini yasaklamakta ve bir devletin ülkesinde bulunan herkese serbest dolaşım ve ikametgâhını seçme hakkı tanımaktadır (2/1. md.). Yerleşme hakkı gerçek kişiler yanında şirketlere uygulanacak Devletler Özel Hukuk kuralları ile de ilgilidir.

AİHS'ye ek 7 no'lu Protokol² ise yabancıların sınırdışı edilmesini usulü güvencelere bağlamıştır. Yabancı ancak yasaya uygun şekilde verilen bir karar sonucu sınırdışı edilebilir (1/1. md.). Kişiyi sınırdışı edilmesine karşı gerekçe sunma, durumun yetkili organlarca incelenmesini isteme ve temsil hakkı gibi usulü güvenceler sağlanmıştır (1. md.). Ayrımcılık yasağı da Devletler Özel Hukukunu ilgilendiren bir haktır (AİHS 14. md.). Ancak bu madde, sözleşme ile korunan haklardan birinde ayrımcılık yapılırsa, uygulama alanı bulur. Evlenme hakkı (12. md.), aile yaşamına saygı ve uluslararası evliliklerde ayrımcılık yapma yasağı ile korunur. Çocuk hakları ve çocukların kaçırılmasının önlenmesi ve velayet hakkının korunması önemlidir. Mülkiyet hakkı 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi çerçevesinde korunan haklardandır. Türkiye bu Protokole taraftır³. Din ve vicdan özgürlüğü (9. md.), düşünceyi ifade özgürlüğü (10. md.) ve özel hayata saygı (8. md.) Sözleşmede korunan ve Devletler Özel Hukukunu ilgilendiren haklardandır.

¹ 16 Eylül 1963, yürürlük 2 Mayıs 1968, Türkiye 19 Ekim 1992'de imzalamış, 23 Şubat 1994 tarihinde onaylamıştır. Ancak onay belgesi tevdi edilmediği için Protokol'e taraf değildir.

² 22.11.1984 Strasbourg, ETS. No. 117. Türkiye uzun süre taraf olmadığı bu Protokolü 2016 yılında onaylamıştır. T. 10.03.2016 tarih ve Kanun No. 6684, BKK, 2016/8717, T. 28.03.2016. RG. 8.04.2016-29678, Yürürlük T. 1.08.2016.

³ RG. 19.03.1954-8662. Türkiye 20 Mart 1952'de imzalamıştır. 10 Mart 1954'de onaylamıştır. Karar No. 6366.

Geleneksel olarak, temel hakların işlevi kamu hukukunu ilgilendiren dikey ilişkilerle sınırlıdır (kişi-devlet ilişkisi). Bugün için temel hakların özel hukukta, özellikle akitler, haksız fiiller ve eşya hukukunda yükselen etkisi söz konusu edilmektedir. Temel hakların yatay ilişkilerde (kişi-kişi ilişkisi) artan etkisi, bazen “özel hukukun anayasallaşması” olarak adlandırılmaktadır⁴.

Yatay etki doğrudan veya dolaylı olabilir. Doğrudan yatay etki özel taraflar arasındaki ilişkilerde temel hakkın doğrudan uygulanmasıdır. Dolaylı yatay etki ise, özel hukuk kurallarının yorumlanmasının etkisi yoluyla ortaya çıkar. Bunlar arasına “iyi niyet” gibi özel hukuk kurallarının yorumu girer. Diğer bir teori ise (Un)mittelbare Drittwirkung olarak adlandırılan Alman teorisidir. Bu teori, 3. kişiler üzerinde doğrudan ve dolaylı etkileri ele alır. Uygulamada anayasal hakların dolaylı yatay etkisi ile ilgilidir. Teorinin etkileri Yunanistan ve Avusturya’da görülmüştür. İtalyan mahkemeleri bazen, eğer çatışma içindeyse, temel hakların akitlere doğrudan uygulanmasını sağlar⁵.

Ancak bu haklar içerisinde en önemli hak usulü haklar içinde yer alan adil yargılanma hakkıdır (*the right to a fair trial*). AİHS 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkı, hem uluslararası yetki kuralları, hem yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini ilgilendirir. 6. maddenin 1. fıkrası bu hakkı “medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” konusu ile sınırlamıştır. Medeni hak ve yükümlülükler içine haksız fiilden doğan tazminat davaları, mülkiyet, eşya, miras, aile hukuku kaynaklı haklar girer. Kamu hukukundan doğan ve bireyi etkileyen işlem ve eylemlerde AİHM içtihatları adil yargılanma hakkını göz önüne almaktadır.

İncelememizde öncelikle adil yargılanma hakkının konusuna giren uyuşmazlıklar ve kapsamı belirlendikten sonra, AİHM içtihatları ışığında karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda hakların kullanılması ele alınacaktır. Hakkın kullanılmasının, mahkemelerin uluslararası yetkisi, yabancı

⁴ **Trstenjak**, Verica: “General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law”, in (eds.) **Trstenjak**, Verica/**Weingerl**, Petra, The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Switzerland, 2016, s. 7.

⁵ **Trstenjak**, s. 8-9.

mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizindeki rolü ile kanunlar ihtilafı bakımından rolü ayrı ayrı incelenecektir. Diğer temel hak ve özgürlüklerin Devletler Özel Hukukuna etkisi ise bu incelemenin sınırlarını çok aştığı için dışarıda bırakılmıştır. Ancak yeri geldikçe konu bazında değinilecektir.

§ 1. ADİL YARGILANMA HAKKININ KONUSU VE KAPSAMI (AİHS 6/1)

I. ADİL YARGILANMA HAKKI

A. Konu Bakımından Uygulama Alanı

1. Medeni Hukuk Uyuşmazlıkları

AİHS'nin 6/1. maddesinin uygulanacağı uyuşmazlıklar özel hukuk (medeni hukuk) uyuşmazlıkları ve ceza davalarına ilişkin uyuşmazlıklar olarak belirlenmiştir. 6. maddede yapılan bu sınıflandırmaya idari uyuşmazlıklar girmemektedir. Ancak AİHM bu kavramları her bir somut olayda özerk biçimde yorumlamakta ve dava konusunu esas alarak idari yargıya giren pek çok uyuşmazlığı AİHS 6. maddesi kapsamına sokmaktadır⁶.

a. Medeni Hak ve Yükümlülüklerle İlgili Uyuşmazlıklar

Bireyler arasındaki ya da özel kişilerle özel hukuka tâbi kamu tüzel kişileri arasındaki özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bu kapsama girer. Bunlar arasında haksız fiilden doğan tazminat davaları, mülkiyet hakkı, eşya, miras veya aile hukuku ilişkileri sayılabilir. Kamu hukuku kaynaklı olup, bireyi etkileyen tasarruf ve işlemler açısından sorun çıkabilir. İdarenin, kişinin hak ve çıkarlarını etkileyen kararları gibi. Kararı veren mahkemenin niteliği değil, davanın konusu ve sonuç önemlidir⁷.

AİHM, konunun özünde ne olduğu ile ilgilenmektedir. Bir davanın medeni hakkın belirlenmesine ilişkin olup olmadığı konusunda hakkın

⁶ Bkz. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. bs., Ankara, 2004, s. 317; **Gözübüyük**, A. Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. bs., Ankara, 2011, s. 269.

⁷ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 270.

özellikleri ele alınır. “Otonom yorum” kıstası nedeniyle adil yargılanma hakkını içeren hükümler “*numerus clausus*” değildir⁸. AİHM, söz konusu hakkın özelliklerini ele alır. Kamulaştırma kararına karşı etkili bir yargı yolunun öngörülmemesi 6. maddenin ihlali olarak görülmüştür⁹.

İdari bir makamın Sözleşmeyi onaylamaması nedeniyle satışın hükümsüz sayılmasında, Mahkeme 6. maddedeki “medeni hak” kavramını geniş yorumlamış ve bu olayda uygulamıştır. 6. madde “sonuç olarak özel nitelikteki hak ve yükümlülükleri etkileyen her türlü yargılamayı kapsar”¹⁰. Ulusal hukukun “kamusal” saydığı bir tasarruf, Mahkeme tarafından tasarruftan doğan hakkın içeriği ve sonuçları ele alınarak yeniden değerlendirilmektedir¹¹.

Mahkemeye göre; bir serbest meslek, sanat veya başka bir iktisadi faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlarda da 6. madde uygulanabilir. Bu konudaki en önemli örnek König kararıdır. Başvurucu Almanya’da idari yargıda özel klinik işletme izninin iptali işlemine karşı dava açmıştır¹². Benzer şekilde hekimlere ve avukatlara karşı açılan davalarla ilgili başvurular da kabul edilmiştir¹³.

Ayrıca toplantı özgürlüğü, yüksek öğrenim hakkı¹⁴, ilköğrenim hakkı¹⁵, bireyin özel hayatı üzerinde doğrudan ve önemli etkiler yaratır¹⁶. Diğer yandan, yaşam, sağlık, çevre hakkına ilişkin uyumsuzluklarda 6. madde uygulan-

⁸ **Kaşıkkara**, M. Serhat: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medenî Hak ve Yükümlülük Kavramı”, TAAD, C.2, Yıl: 2, S. 4 (20 Ocak 2011), P. 233-290, s. 250.

⁹ Sporrang et Lönnroth/İsveç, 7151/75, 7152/75, 23.9.1982, A.52, pa. 79.

¹⁰ Ringeisen/Avusturya, 16.7.1971, Seri A. No. 13, pa. 94; König/Federal Almanya, 28.6.1978, Seri A. No. 27, pa. 89-90; Beaumartin/Fransa, 24.11.1994, Seri A. No. 296-B, pa. 28.

¹¹ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 271.

¹² König/Almanya, 28.6.1978, Seri A. No. 27, pa. 93.

¹³ Albert et Le Compte/Belçika, 10.2.1983, Seri A. No. 58; Van Marle et auctres/Hollanda, 26.2.1986, Seri A. No. 101, pa. 35; Benthem/Avusturya, 23.10.1985, Seri A. No. 97, pa. 30; Tre Traktörer Aktiebolag/İsveç, 7.7.1989, Seri A. No. 59, pa. 36.

¹⁴ Emine Araç/Türkiye, 23 Eylül 2008, No. 9907/02, pa. 18-25.

¹⁵ Oršuš vd./Hırvatistan (BD), 16 Mart 2010, No. 15766/03, pa. 104.

¹⁶ Alexandre/Portekiz, 20 Kasım 2012, No. 33197/09, pa. 51, 54.

malıdır¹⁷. İtibar hakkı¹⁸, idari belgelere erişim hakkı¹⁹, iş bulma²⁰, derneğe üye olma hakları²¹ da bunlara dahildir. Mülkiyet hakkına ilişkin olan kamu-laştırma, imar planı gibi haklara müdahaleye ilişkin davalarda 6. maddenin uygulanacağı kuşkusuzdur²². İdare ile kamu görevlileri arasındaki uyumsuz-lıklar da 6(1). maddenin kapsamına girer²³.

b. 6. Madde Kapsamına Giren Usuli İşlemler

Haksız uygulamayı durdurma emri gibi ihtiyati bir tedbir kabul edilmesine ilişkin hazırlık davaları 6. madde içerisinde sayılmamaktadır²⁴. Ancak mahkeme son dönemde yeni bir yaklaşım benimsemiştir²⁵. Micallef/Malta kararında 6. maddenin ihtiyati tedbirlere uygulanabilirliğinin belli şartların sağlanmasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Önemli olan kararın konusu, amacı, niteliği ve medeni hak ve yükümlülüğe etkili olmasıdır²⁶. Ara kararları için de aynı ölçütler geçerlidir²⁷. 6. madde yürütmeyi durdurma işlemlerine de uygulanabilir²⁸. Herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir kararın icrası yargılamanın ayrılmaz bir parçasıdır²⁹. Medeni haklar konu-

¹⁷ Taşkın vd./Turkey, No. 46117/99, AİHM 2004-X.

¹⁸ Helmers/İsveç, 29 Ekim 1991, Seri A. No. 212-A.

¹⁹ Loiseau/Fransa (k.k.), No. 46809/99, AİHM 2003-XII.

²⁰ Pocius/Litvanya, 6 Temmuz 2010, No. 35601/04, pa. 38-46.

²¹ Sakellanos/Yunanistan (k.k.), 6 Ocak 2011, No. 38110/08.

²² (eds.) **Doğru, Osman/Nalbant, Atilla**: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.1, Ankara, 2012, s. 612.

²³ Vilko Eskelinen vd./Finlandiya, pa. 62.

²⁴ Verlagsgruppe News GmbH/Avusturya (k.k.), 16 Ocak 2003, No. 62763/001; Libert/Belçika (k.k.), 8 Temmuz 2004, No. 44734/98.

²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. madde Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı, (Medeni hukuk yönü), Avrupa Konseyi, 2013, s. 10 (www.echr.coe.int).

²⁶ Micallef/Malta (BD), AİHM 2009, No. 17056/06, pa. 83-86.

²⁷ Mercieca vd./Malta, 14 Haziran 2011, No. 21974/07; RTBF/Belçika, 29 Mart 2011, No. 50084/06.

²⁸ Mediterranean Development Corporation Limited/Malta, (No. 2), 35829/03, 24.10.2016, p. 21-23.

²⁹ Hornsby/Yunanistan, 19 Mart 1997, 1997-II, pa. 40; Romańczyk/Fransa, 18 Kasım 2010, No. 7618/05, pa. 53.

sunda tespitite bulunan bir icra emri, 6.maddeye göre yapılan bir yargılamanın sonucu olmak zorunda değildir³⁰.

Bir yabancı mahkemeye ait müsadere emri, sadece medeni hukuk yönü bakımından 6. maddenin kapsamına girer³¹. Prensip olarak 6. madde yargılanmanın yenilenmesi için yapılan başvuruda uygulanmaz³². Ancak bu usul iç hukukta tazminat almanın tek yolu ise, medeni hak ve yükümlülükleri etkiler³³. 6. madde karardan doğrudan etkilenen 3. tarafın temyiz başvurularına da uygulanabilir³⁴.

Anglo-Sakson hukukunda uygulama bulan davayı önleyici tedbir kararı (*anti-suit injunction*) yetki sözleşmesi ve tahkim anlaşmaları için uygulanabilir. İngiliz mahkemesinin kendisinin yetkili seçildiği durumlarda veya İngiltere'de görülen tahkim sırasında, yabancı mahkemede görülen bir davayı engellemek için böyle bir emir verilebilir³⁵. ASI kararlarının tanınması yeterlidir. Bunun AİHS'nin 6. maddesindeki mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği de ileri sürülebilir. Ancak bu itiraz her zaman kabul görmemektedir³⁶. Zira 6. madde mahkemelere genel kabulü düzenler, yoksa belli bir mahkemenin seçilmesini değil³⁷.

2. Medeni Hak Kapsamı Dışında Kalan Konular

Bir uyuşmazlığın “maddi” olduğunun gösterilmesi 6/1. maddenin uygulanabilirliğini tek başına göstermez³⁸. Vergi davaları 6. madde kapsamı dışındadır. Vergi uyuşmazlığının kamusal niteliği ağırlık taşır. Gümrük vergi veya harçlara ilişkin tedbir yargılamaları da aynı kapsam içinde sayılır³⁹.

³⁰ Buj v. Croatia (Hırvatistan), No. 38186/06, ECtHR (First Section) T. 4.12.2008, pa. 19.

³¹ Saccoccia/Avusturya, 18 Aralık 2008, No. 69917/01, ECHR 1394.

³² Sablon/Belçika, 10 Nisan 2001, No. 36445/97, pa. 86.

³³ Melis/Yunanistan, 22 Temmuz 2010, No. 30604/07, pa. 19-20

³⁴ Kakamoukas vd./Yunanistan (BD), 15 Şubat 2008, No. 38311/02, pa. 32

³⁵ **Eksi**, Nuray: Yabancı mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2013, s. 708.

³⁶ **Eksi**, s. 710.

³⁷ O.T. Africa Line Ltd. v. Hijazi and others (The “Kribi”) Queen’s Bench Division (Commercial Court), 2011, Lloyd Law Reports, s. 76-86.

³⁸ Ferrazzini/İtalya (BD), No. 44759/98, AİHM 2001-VII, pa. 25.

³⁹ Emesa Sugar N.V./Hollanda (k.k.), 13 Ocak 2005, No. 62023/00.

Göç konusunda, siyasi sığınma hakkı tanınmasına ve sınırışı etmeye ilişkin kararlarda da 6. madde uygulanamaz⁴⁰. Bir yabancı'nın Schengen Bilgi sistemine dahil edilmesi⁴¹, pasaport alma hakkı ve vatandaşlık hakkı⁴² medeni haklar değildir. Bir yabancı'nın çalışma iznine başvurma hakkı bir usul engeli varsa 6. madde kapsamına girebilir⁴³.

Devlet memurlarıyla ilgili uyumsuzluklar, iki ölçüt sağlanırsa, 6. maddenin kapsamına girmez. Bunun için, ilgili devletin mevzuatında mahkemeye erişimi açık olarak yasaklanmış ve yasağın devlet menfaatine somut gerekçelerle dayandırılmış olması gerekir⁴⁴. Disiplin ihlalleri nedeniyle orduyla ilişkisi kesilen bir asker'in yargı mercilerine başvurma imkanı olmaması, devlet memuru ile işveren arasında "özel güven ve sadakat bağı"na bağlı olmalıdır⁴⁵. Ayrıca dava konusunun devlet erkinin kullanımıyla ilgili olması gerekir. Maaş, ödenek gibi haklar bu kapsamda değildir.

Seçilme ve milletvekilliliğini devam ettirme hakkı⁴⁶, emeklilik hakkı⁴⁷, siyasi partinin siyasi faaliyette bulunma hakkı⁴⁸ gibi siyasi haklar, 6/1. madde anlamında medeni haklar olarak kabul edilemez. Parlamento seçimlerinde gözlemcilik yapan kuruluşun, kendisiyle ilgili olmayan belgelere erişiminin yasaklanması⁴⁹ 6/1. madde kapsamı dışındadır. Mahkeme, açık bir duruşmada öne sürülen konular hakkında haber yapma hakkının medeni bir

⁴⁰ Maaouia/Fransa (BD), No. 39652/98, AİHM 2000-X, No. 46827/99 ve 66951, pa. 38. İade için Penafiel Salgado/İspanya (k.k.), Mamatkulov and Askarov v. Turkey, 4.02.2005, No. 46827/99, 46951/99, 16 Nisan 2002, No. 65964/01; Mamatkulov ve Askarov/Türkiye (BD), 4.02.2005, pa. 81-83; tazminat davası için Panjeighalehei/Danimarka), 13.10.2009, No. 11230/07, AİHM 2005-I.

⁴¹ Delta/Fransa, 19 Dec. 1990, 16 EHRR 574, (1990), ECHR 30, No. 11444/85.

⁴² Smirnov/Rusya, 22.12.2009, No. 14085/04.

⁴³ Jurisic ve Collegium Mehrerau/Avusturya, 27.07.2006, 62539/00, pa. 54-62.

⁴⁴ Vilho Eskelinen vd./Finlandiya (BD), No. 63235/00, AİHM 2007-II, pa. 62.

⁴⁵ Suküt/Türkiye (k.k.), 11 Eylül 2007, No. 59773/00.

⁴⁶ Pierre-Bloch/Fransa, 21 Ekim 1997, 1997-VI, pa. 50.

⁴⁷ Papon/Fransa (k.k.), AİHM 2005-XI, No. 344/04.

⁴⁸ Refah Partisi vd./Türkiye (k.k.), 3 Ekim 2000, No. 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98.

⁴⁹ Geraguyn Khorhurd Patgamavorakan Akumb/Ermenistan (k.k.), 14 Nisan 2009, No. 11721/04.

hak olmadığını yinelemiştir⁵⁰. Dolayısıyla “medeni hak ve yükümlülükler” ile ilgili uyuşmazlıklarda 6/1. maddeye göre dava açma hakkı vardır.

B. 6. Maddenin Kapsamı

1. Mahkemeye Başvuru Hakkı (6/1. md.)

“Herkes medeni hak ve yükümlülüklerine ilişkin uyuşmazlıklarda davasının esası konusunda karar verecek olan yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, davasının hakkaniyete uygun bir şekilde, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.” (6/1. md.).

Herkesin mahkemeye başvuru hakkı ve erişim hakkı⁵¹ olmalıdır. Bu hak sınırlanabilir ancak hakkın özüne hanel getirecek şekilde kısıtlanmamalıdır⁵². Mahkemeye erişim hakkı “somut ve etkili” olmalıdır⁵³. Hakkın etkili olması için bireyin “haklara müdahale teşkil eden bir işleme itiraz etmek için açık ve somut bir fırsata” sahip olması gerekir⁵⁴. Temyiz ve kararın diğer gözden geçirilme yolları ve süreler, adaletin doğru şekilde yerine getirilmesini ve hukuki belirlilik ilkesine uyulmasını sağlamalıdır⁵⁵. Bu kurallar davanın taraflarının mevcut bir hukuk yolunu kullanmasına engel olmamalıdır⁵⁶.

Mahkemeye başvuru hakkı, yalnızca dava açma hakkı değil, bir uyuşmazlığın mahkeme tarafından hükme bağlanmasını isteme hakkını da içerir⁵⁷. Yargıcın davaya bakmaktan kaçınması (ihkakı haktan imtina) da 6/1. maddeye aykırılık teşkil eder⁵⁸.

⁵⁰ Mackay ve BBC İskoçya/Birleşik Krallık, 7.12.2010, 10734/05, pa. 20-22.

⁵¹ Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975, Seri A. No. 18, pa. 36.

⁵² Philis/Yunanistan, 27 Ağustos 1991, Seri A. No. 209, pa. 59; De Geouffre de la Pradelle/Fransa, 16 Aralık 1992, Seri A. No. 253-B, pa. 28.

⁵³ Bellet/Fransa, 4 Aralık 1995, Seri A. No. 333-B, pa. 38.

⁵⁴ Bellet/Fransa, 4 Aralık 1995, seri A. No. 333-B, pa. 36.

⁵⁵ Cañete de Goñi/İspanya, No. 55782/00, AİHM 2002-VIII, pa. 36.

⁵⁶ Miragall Escolano/İspanya, No. 38366/97-98 vd., AİHM 2000-I, pa.51; Zvolsky/Çek Cumhuriyeti, No. 46129/99, AİHM 2002-IX.

⁵⁷ Kutic/Hırvatistan, No. 48778/99, AİHM 2002-II, pa. 25, 32; Acimovic/Hırvatistan, No. 61237/00, AİHM 2003-XI, pa. 41.

⁵⁸ Beneficio Cappella Paolini/San Marino, No. 40786/98, AİHM 2004-VIII, pa. 29.

2. Yasal Kısıtlamalar

Mahkemelere erişim hakkı mutlak değildir. Bazı sınırlamalara tâbi olabilir⁵⁹. Ancak bu sınırlamalar hakkın özüne hâle getirmemelidir. Ayrıca kullanılan amaçla, ulaşılmak istenen amaç arasında bir “oranlılık” ilişkisi olmalıdır⁶⁰. Bu hak, yasal süre sınırlamaları⁶¹, tazminat ödenmesine ilişkin kararlar⁶² veya yasal temsil zorunluluğu⁶³ gibi meşru kısıtlamalara tâbi olabilir. Devletin yargı dokunulmazlığında, dava koşullarının bu tür bir kısıtlamayı haklı çıkarıp çıkarmadığının araştırılması gerekir. Kısıtlama meşru bir amaç gütmeli ve bu amaçla orantılı olmalıdır⁶⁴. Devletin icra bağışıklığı 6/1. maddeye aykırı değildir⁶⁵.

For ülkesinde mutad meskeni olmayan yabancı davacının açtığı davada teminat göstermesi zorunluluğu (*cautio judicatum solvi*) (security for costs), İngiltere, Hollanda, İsviçre gibi pek çok ülkede kabul edilmektedir. Amaç davalının muhtemel kayıpları ile mahkeme masraflarının teminat altına alınmasıdır. *Tolstoy Miloslavsky v. United Kingdom* kararında⁶⁶, AİHM, bu konuyu mahkemeye erişim hakkı bakımından incelemiş ve meşru bir amaca hizmet ettiğini ancak orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir.

Teminat konusu AİHS 6/1 maddeye uygunluğu açısından milli mahkemelerde de incelenmiş, ayrıca ayrımcılık teşkil edip etmediği ele alınmıştır⁶⁷. Teminat akçesi artık Avrupa Birliği ’nde AB’ye üye devlet vatandaşları için

⁵⁹ Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975, Seri A. No. 18, pa. 38; *Stanev/Bulgaristan* (BD), No. 36760/06, AİHM 2012, pa. 230.

⁶⁰ *Ashingdane/Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, Seri A. No. 93; *Fayed/Birleşik Krallık*, 21 Eylül 1994, Seri A. No. 294-B, pa. 65, *Markovic vd./İtalya*, No. 1398/03, AİHM, 2006-XIV, pa. 99.

⁶¹ *Stubbings vd./Birleşik Krallık*, 22.10.1996, No. 22083/93, 22095/93, pa. 51-52.

⁶² *Tolstoy Miloslavsky/Birleşik Krallık*, 13.07.1995, No. 18139/91, pa. 62-67.

⁶³ *R.P. vd./Birleşik Krallık*, 9 Ekim 2012, No. 38245/08, pa. 63-67.

⁶⁴ *Cudak/Litvanya* (BD), No. 15869/02, AİHM, 2010, pa. 59; *Sabeh El Leil/Fransa* (BD), 29 Haziran 2011, No. 34869/05, pa. 51-54.

⁶⁵ *Manoilescu ve Dobrescu/Romanya ve Rusya* (k.k.), No. 60861/00, AİHM 2005-VI, pa. 73.

⁶⁶ 13 July 1995, pa.61, Series A, no.316-B.

⁶⁷ ATAD’ın kararları buna örnek gösterilebilir. *ECJ 1 July 1993, Case C-20/92; Hubbard v. Hamburger*, ECR 1993, I-3777.

uygulanmamaktadır.⁶⁸ Ayrıca davacının başka bir ülkede yeterli malı varsa, teminat istenmeyebilir. Davacı mahkemenin yargı yetkisi dışında, fakat Brüksel I Tüzüğü ve Lugano Sözleşmesinin uygulandığı alanda oturmuyorsa teminat istenebilir⁶⁹

Tahkim sözleşmesi ile tarafların davanın bir mahkeme tarafından görülmesi hakkından feragat etmesi kural olarak sözleşmeyi ihlal etmez⁷⁰. Feragatin serbest, meşru ve açık olması gerekir⁷¹.

6/1. madde medeni bir hakka ilişkin her uyuşmazlık için Devletin adli yardım sağlaması gerektiği anlamına gelmez⁷². Ancak mahkemeye etkili erişim sağlanması için bu tür bir yardımın zaruri olduğu halde, Devleti bazen avukat yardımı sağlamaya zorunlu kılabilir⁷³. Bunun için davanın kendine özgü koşullarına bakmak gerekir⁷⁴. Önemli olan adli yardım sağlanamamasının, başvurunu adil yargılanma hakkından mahrum bırakıp bırakmayacağıdır⁷⁵. Hak mutlak değildir. Ancak bireylere onları keyfilikten koruyacak maddi güvenceler sunulmalıdır⁷⁶. Yabancı gerçek kişilere adli yardım sağlanmaması 6. maddeye aykırı değildir⁷⁷.

3. Adil Yargılamanın (Kurumsal) Gerekleri

a. Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme

6/1. madde ile 2. ve 5. maddelerde yer alan mahkeme, Strasbourg içtihatlarına göre, kanunla kurulan, yürütme organı ve taraflar önünde

⁶⁸ ECJ 20 March 1997, Case C- 323/95, David Charles Hayes and Jeannette Karen Hayes v. Krononberger GmlH, ECR 1997, I-1711.

⁶⁹ **Kiestra**, s.123.

⁷⁰ Deweer/Belçika, 27 Şubat 1980, Seri A. No. 35, pa. 49.

⁷¹ Suda/Çek Cumhuriyeti, 28 Ekim 2010, No. 1643/06, pa. 48-49.

⁷² Airey/İrlanda, 9 Ekim 1979, Seri A. No. 32, pa. 26.

⁷³ Airey/İrlanda, 9 Ekim 1979, Seri A. No. 32, pa. 26.

⁷⁴ McVicar/Birleşik Krallık, No. 46311/99, AİHM 2002-III, pa. 48.

⁷⁵ McVicar/Birleşik Krallık, No. 68416/01, AİHM 2005-II, pa. 51.

⁷⁶ Gnohéré /Fransa, No. 40031/98, AİHM, 2000-IX, pa. 41; Essaadi/Fransa, 26 Şubat 2002, No. 49384, pa. 36; Del Sol/Fransa, No. 46800/99, AİHM 2002-II, pa. 26; Bakan/Türkiye, 12 Haziran 2007, No. 50939/99, pa. 26.

⁷⁷ Granos Organicos Nacionales S.A./Almanya, 22 Mart 2012, No. 19508/07, pa. 48-53.

bağımsız ve tarafsız, yargılama usulü güvencesine sahip bir makamdır. Yargısal rol ve adli işleve sahip olması gerekir⁷⁸. Uyuşmazlıkları hukuk kurallarına göre çözme kapasitesi aranır⁷⁹. Karar verme yetkisi doğasında vardır⁸⁰. Sadece görüş verme yetkisi yeterli değildir⁸¹. Mahkemenin kanuni mahkeme olması gerekir. Mahkemenin kuruluş ve yetkileri ve yargılama usulü idare tarafından değil, yasama tarafından uyuşmazlık çıkmadan önce belirlenmiş olmalıdır⁸². Doğal hâkim ilkesi hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biridir⁸³. Mahkeme özel bir dava konusuna bakmak üzere kurulmuş olabilir⁸⁴.

Özel konular için kurulan tahkim mahkemesi de olabilir. Uygulamadaki güvenceler önemlidir⁸⁵. Pek çok görevi yerine getirmesi (idari düzenleme, hüküm verme, tavsiyede bulunma) tek başına mahkeme olmasına engel teşkil etmez⁸⁶. Kararların doğruluğunun sorgulanmamasını gerektiren hukuki belirlilik ilkesi hukukun üstünlüğü ilkesinin bir unsurudur⁸⁷. Adli olmayan bir makam kararı değiştiremez⁸⁸. 6/1. madde Âkit devletleri temyiz mahkemeleri kurmaya zorunlu kılmıyorsa da, bu mahkemeleri kuran devletlerin, kişilerin temel güvenceden yararlanmasını sağlaması gerekir⁸⁹. Temyize kabul edilebilirlik koşulları usulü bakımından daha katı olabilir⁹⁰. Sonuç olarak

⁷⁸ **Gözübüyük/Gölcüklü**, s. 279-280.

⁷⁹ Sramek/Avusturya, 22 Ekim 1984, No. 8790/79, pa. 36; Kıbrıs/Türkiye (BD), No. 25781/94, AİHM 2001-IV, pa. 233.

⁸⁰ Benthem/Hollanda, 23 Ekim 1985, Seri A. No. 97, pa. 40.

⁸¹ Ringeisen/Avusturya, (PI), 19 March 1970, No. 2614/65, Seri B., No. 11, pa. 40; De Long, Baljet et Van den Brink/Hollanda, pa. 48.

⁸² **Pekcanitez**, Hakan: “Medeni Yargıda Adil Yargılama”, İZBD., 1997, No.2, p. 35-55, s. 40.

⁸³ **Tanrıver**, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD, S. 53, 2004, P. 191-215, s. 195.

⁸⁴ Rolf Gustafson/İsveç, 1 Temmuz 1997, 1997-IV, pa. 45.

⁸⁵ Lithgow vd./Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1986, Seri A. No. 102, pa. 201.

⁸⁶ H/Belçika, 30 Kasım 1987, Seri A. No. 127-B, pa. 50.

⁸⁷ Brumarescu/Romanya (BD), No. 28342/95, AİHM 1999-VII, pa. 61.

⁸⁸ Van de Hurk/Hollanda, 19 Nisan 1994, Seri A. No. 288, pa. 45.

⁸⁹ Platakou/Yunanistan, No. 38460/97, AİHM 2001-I, pa. 38.

⁹⁰ Levages Prestations Service v. France, 23 Oct. 1996, Reports 1996-V, pa. 45.

en üst konumda olan mahkeme Sözleşme hükümlerinin birinin ihlalini ortadan kaldırır⁹¹.

Ayrıca yürütmeden bağımsızlık, tarafsızlık, üyelerinin görev süreleri, usulü güvenceler de 6/1. madde içerisinde yer almaktadır⁹². Bağımsızlık ve tarafsızlık temel hükümlerdir. Bağımsızlık diğer erklerden (yasama ve yürütme)⁹³ ve dava taraflarından bağımsızlığı ifade eder⁹⁴. Yargıçların yürütme tarafından atanması ve azledilmeleri tek başına ihlal teşkil etmez⁹⁵. Yargıçların Parlamento tarafından atanması, onları bu makama tâbi kılmaz⁹⁶. Bağımsız olmanın ölçütleri şunlardır: Üyelerin atanmasının şekli ve görev süresi, dış baskılara karşı güvenceler, bağımsız görev sergileyip, sergilemediği⁹⁷.

Mahkeme statüsüne sahip olduğu kabul edilen organlara şu örnekler dahildir: Bölgesel taşınmaz kıymet takdir komisyonu⁹⁸, cezai zararların tazmini komisyonu⁹⁹, ormancılık uyuşmazlıkları çözüm komisyonu¹⁰⁰. Ancak tam yargı yetkisine haiz bir kurum “mahkeme” sıfatını taşır¹⁰¹.

6/1. madde mahkemelerin etkili bir adli denetim gerçekleştirmesini gerektirir¹⁰². Denetimin tam yargı yetkisini haiz bir organ tarafından yürütülmesinin bazı ölçütleri bulunur¹⁰³: Bunun için hakkında itirazda bulunulan idari kararın konusu, ne şekilde karara ulaşıldığı, temyiz amaçları dahil

⁹¹ De Haan/Hollanda, No. 22839/93, 26.8.1997, 26 EHRR, 417, pa. 54.

⁹² Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika, 23 Haziran 1981, Seri A. No. 43, pa.55; Kıbrıs/Türkiye (BD), No. 25781/94, AİHM 2001-IV.

⁹³ Beaumartin/Fransa, 24 Kasım 1994, Seri A. No. 296-B, pa. 37.

⁹⁴ Sramek/Avusturya, 22 Ekim 1984, No. 8790/79, pa. 42

⁹⁵ Clarke v. Birleşik Krallık, No. 23695/02.

⁹⁶ Sacilor-Lormines/Fransa, No. 65411/01, 19 Nov. 2006, p. 17.

⁹⁷ Avrupa Konseyi Rehberi (6. md.), s. 26.

⁹⁸ Sramek/Avusturya, 22 Ekim 1984, No. 8790/79, pa. 36.

⁹⁹ Rolf Gustafson/İsveç, 1 Temmuz 1997, 1997-IV, pa. 48.

¹⁰⁰ Argyrou vd./Yunanistan, 15 Ocak 2009, No. 10468/04, pa. 27.

¹⁰¹ Beaumartin/Fransa, 24 Kasım 1994, Seri A. No. 296-B, pa. 38.

¹⁰² Obermeier/Avusturya, 28 Haziran 1990, Seri A. No. 179, pa. 70.

¹⁰³ Sigma Radia Television Ltd./Kıbrıs, 21 Temmuz 2011, No. 32181/04 ve 35122/05, pa 151-157.

olmak üzere uyuşmazlığın içeriği¹⁰⁴ incelenmelidir. Bağımsızlık başka bir kişi veya organdan emir almamak demektir. AİHM üç yargıçlı Devlet Güvenlik mahkemelerinde yargıçlardan birinin asker olmasını, bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesine aykırı bulmuştur¹⁰⁵. Mahkeme tarafsızlık kavramını objektif ve subjektif olarak iki açıdan ele almaktadır. Subjektif tarafsızlık yargıcın kişisel tarafsızlığı, objektif tarafsızlık kurum olarak mahkemenin kişilerde bıraktığı izlenimdir¹⁰⁶.

Mahkemeye erişim hakkı somut ve etkili olmalıdır¹⁰⁷. Kesinleşmiş ve bağlayıcı kararların uygulanması da önem taşır. İdari makamlar kararı icra etme yükümlülüğü altındadır¹⁰⁸. İcra, tam ve eksiksiz olmalıdır¹⁰⁹. Engellenmemeli ve gereğinden fazla geciktirilmemelidir¹¹⁰. Ayrıca hukuki belirlilik ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin temellerinden biridir¹¹¹. Bu nedenle kesinleşmiş kararların yerindeliliğinin sorgulanmaması gerekir¹¹². Ayrıca mahkeme yasayla kurulmuş olmalıdır. Amaç yargı sisteminin yürütmenin takdirine bırakılmasından kaçınılmasıdır¹¹³.

b. Yargının Taraflı Olabileceği Durumlar

Tarafsızlık önyargı ve yanlılık olmamasını ifade eder¹¹⁴. Bağımsızlıkla ilişkilidir. Tarafsızlık değerlendirmesi, belli bir yargıcın şahsi inancının ve davranışının, taraflılık gösterip göstermediği ile belirlenir -özel yöntem; ayrıca mahkemenin her türlü meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli

¹⁰⁴ Byran/Birleşik Krallık, 22 Kasım 1995, Seri A. No. 335-A, pa. 45.

¹⁰⁵ İncal/Türkiye, 9.6.1998, 41/1997/825/1031; Çıraklar/Türkiye, 70/1997/854/1061, 28.10.1998.

¹⁰⁶ **Gölcüklü/Gözübüyük**, s. 282.

¹⁰⁷ Bellet/Fransa, 4 Aralık 1995, Seri A. No. 333-B, pa. 38.

¹⁰⁸ Hornsby/Yunanistan, 19 Mart 1997, 1997-II, pa. 41.

¹⁰⁹ Matheus/Fransa, 31 Mart 2005, No. 62740/00, pa. 58.

¹¹⁰ Immobiliare Saffi/İtalya (BD), No. 22774/93, AİHM 1999-V, pa. 74.

¹¹¹ Okyay vd./Türkiye, No. 36220/97, AİHM 2005-VII, pa. 73.

¹¹² Brumărescu/Romanya, No. 28342/95, 23.01.2001, AİHM 1999-VII, pa. 61; Agrokompleks/Ukrayna, No. 23465/03, 6.10.2011, pa. 148.

¹¹³ Savina vd./İtalya, 28 Nisan 2009, No. 17214/05, 20329/05, 42113/04, pa. 94.

¹¹⁴ Wettstein/İsviçre, No. 33958/96, AİHM 2000-XII, pa. 43; Micallef/Malta (BD), No. 17056/06, AİHM 2009, pa. 93.

güvenceler sunup sunmadığının belirlenmesidir- nesnel yöntem¹¹⁵. Aksi yönde delil buluncaya kadar, bir yargıcın tarafsız varsayılması gerekir¹¹⁶. Yargıcın tarafsızlığı konusunda şüphe doğuran, doğrulanabilir somut olgular belirlenmelidir. Önemli olan bu endişenin nesnel gerekçelere dayandırılmasıdır¹¹⁷. Tarafsız olduğu konusunda hakkında endişe duyulması için resmi bir gerekçe olan her yargıcın çekilmesi gerekir¹¹⁸. Yargının taraflı olması, fonksiyonel nitelikli durumlarda (hem istişari, hem adli görevin ifa edilmesi)¹¹⁹, hem adli hem yargı dışı görevlerin ifa edilmesi¹²⁰ ya da farklı adli görevlerin ifa edilmesi¹²¹ şeklinde olabilir.

Bunlardan ilki işlevseldir. Adli süreç içinde aynı kişinin farklı görevler ifa etmesi veya yargılamaya dahil olan kişilerle hiyerarşik ya da diğer ilişkilerinin olmasıdır. İkincisi ise şekli niteliktedir. Yargıçların davranışlarıyla ilgilidir. Aynı yargıcın bir hukuk davasının farklı aşamalarına katılmasının tarafsızlıkla bağdaşıp bağdaşmadığı her olay için ayrı değerlendirilmelidir¹²². Aynı yargıcın, önce bir davanın esasına ilişkin karara, sonra temyiz kabul edilebilirliğine ilişkin yargılamaya dahil olması ilk bakışta tarafsızlık şartına aykırı değildir¹²³. Ancak, temyiz başvurusuna ilişkin yargılamaya katılan yargıcın davaya daha önce bakmış olması duruma göre sorun yaratabilir¹²⁴.

¹¹⁵ Avrupa Konseyi Rehberi (6. md.), s. 28.

¹¹⁶ Le Compte, Van Leuven ve De Meyers/Belçika, 23 Haziran 1981, Seri A. No. 43, pa. 38.

¹¹⁷ Wettstein/İsviçre, No. 33958/96, 21 Dec. 2000, AİHM 2000-XII, pa. 44; Palla Icy/Finlandiya, No. 47221/99, AİHM 2004-V, pa. 30.

¹¹⁸ Micallef/Malta (BD), No. 17056/06, AİHM 2009, pa. 98.

¹¹⁹ Procola/Lüksemburg, 28 Eylül 1995, Seri A. No. 326, pa. 45.

¹²⁰ McConnell/İngiltere, No. 25488/95, AİHM 2000-II, pa. 45.

¹²¹ Morel/Fransa, No. 34130/96, 6.06.2000, pa. 45; Ringeisen/Avusturya, No. 2614/65, 16.07.1971, pa. 97.

¹²² Morel/Fransa, No. 34130/96, AİHM 2000-VI, pa. 45; Toziccko/Polonya, 24 Temmuz 2012, No. 29995/08, pa. 36.

¹²³ Warsicko/Polonya, 16 Ocak 2007, No. 2065/03, pa. 38-47.

¹²⁴ Priza/Arnavutluk, No. 33771/02, AİHM 2007-V, pa. 78-83; Peruş/Slovenya, 27 Eylül 2012, No. 35016/05, pa. 38-39.

Bu konuda yeni bir kararda¹²⁵, AİHM; Anayasa mahkemesinin 5 üyesinin tarafsız olmadığı konusundaki iddiayı haklı bulmuştur. Mahkemeye yapılan itirazla bazı yargıçlar değişse de, meslektaşlarının yeni seçilen üyelerin tarafsızlığını etkileyebileceği kabul edilmiştir (pa. 68, 71). Objektif olarak mahkeme başvurusunun yargıçların tarafsızlığı konusundaki kuşkusunu haklı bulmuştur (pa. 74). Bazı yargıçların üniversitede ders vermesi ya da devletin sahibi olduğu şirketlerde denetçi olması, yargıçların bağımsızlığı konusunda kuşku yaratabilir (pa. 75). Bu nedenlerle oybirliği ile 6/1'e aykırılık kabul edilmiştir.

Tarafsızlık ilkesi, yargıcın davada şahsi çıkarının bulunduğu durumlarda ihlal edilmiş sayılır¹²⁶. Yargıç ile taraflardan birinin veya avukatının arasındaki profesyonel ve kişisel bağlantılar soruna yol açabilir¹²⁷. Yargıç “mason” olabilir mi? Bu suretle hem belirli bir cemaate, hem de adalete hizmet edebilir mi?¹²⁸ sorusu, özellikle Fransa’da gündeme gelmiştir. Yargılama hakkı savcı-avukat ve yargıçları ilgilendirdiğine göre, yargılamanın diğer ayaklarını teşkil eden kişilerin hatta hakemlerin de mason olmaması gerekmez mi? sorusu da akla gelebilir.

Hakemlikte yargıcın bağımsızlığının ihlali konusu Yargıtay 15. HD. 1976 tarihli Keban Barajı kararında¹²⁹ tartışılmıştır. Bu kararında 15. HD. hakemlerin verdikleri kararın ICC Tahkim mahkemesine tasdik ettirilmesini kamu düzenine aykırı bulmuştur. Ancak daire bu konudaki görüşünü daha sonra değiştirmiş ve kararın ICC Tahkim Mahkemesince onaylanmasının kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır¹³⁰.

¹²⁵ Case of A.K. v. Liechtenstein, App No. 38191/12, 9 July 2015 final.

¹²⁶ Langborder/İsveç, A. 1551, (1983), 12 EHRR 416 P.C., pa. 35; Guatrin vd./Fransa, 21257/93, 21258/93, 21259/93, 20.5.1998, pa. 59.

¹²⁷ Pescador Valero/İspanya, No. 62435/00, AİHM 2003-VII, pa. 27; Tocono v. Profesorii Prometeiştii/Moldova, 26 Haziran 2007, No. 32263/03, pa. 31; Micallef/Malta (BD), No. 17056/06, AİHM 2009, pa. 102.

¹²⁸ **Ambroise-Casterot**, Coralie: Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, TBB Yayını, No. 72, Sempozyum: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, 26-27 Eylül 2003, P. 320-328, Ankara, 2004, s. 324.

¹²⁹ 15. HD., E. 1617, K. 1052, T. 10.3.1976 (1977), 202 İKİD, s. 5671.

¹³⁰ 15. HD., E. 2383, K. 3667, T. 10.7.1991, **Ertekin**, Erol/**Karataş**, İzzet: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Ankara, 1997, s. 533-534.

4. Usulü Gereklilikler

a. Hakkaniyet

Hakkaniyet şartı, yargılamanın tümü için geçerlidir, taraflar arası duruşmalarla sınırlı değildir¹³¹. 6/1. maddenin kısıtlayıcı biçimde yorumlanmasının hiçbir açıklaması olmaz¹³². Davanın tarafları gereğince etkili bir biçimde davalarını savunabilmelidir¹³³.

6/1. madde, hukuk yargılamasında taraflara verilen usulü güvenceleri açıklar. Tarafların menfaati ve adaletin doğru şekilde gerçekleştirilmesindeki menfaatlerini güvence altına alır¹³⁴. Ulusal makamlar her davada adil yargılama koşullarını karşılamalıdır¹³⁵. Davacı, davanın hakkaniyete uygun bir şekilde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Bunun için bazı güvenceler bulunur¹³⁶. Yargıcın davaya bakmaktan kaçınması ilkesi için de aynı şartlar geçerlidir. Adil yargılanma hakkı, Sözleşmenin Giriş kısmındaki hukukun üstünlüğünün Sözleşmeciler Devletlerin ortak mirası olduğuna ilişkin ilke ışığında yorumlanmalıdır¹³⁷. Hukuki belirlilik ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından birini oluşturur¹³⁸. 6/1. maddenin kısıtlayıcı yorumu, demokratik bir toplumda, adaletin hakkaniyete uygun şekilde uygulanmasını isteme hakkında önemli bir rol oynar¹³⁹. Sözleşme etkili ve uygulanabilir hakları güvence altına alır¹⁴⁰. Devletler, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda ceza davalarına kıyasla daha fazla serbestliğe

¹³¹ Stran Greek Refineries v. Stratis Andreadis/Yunanistan, 9 Aralık 1994, Seri A. No. 301-B, pa. 49.

¹³² Moreira de Azevedo/Portekiz, 23 Ekim 1990, Seri A. No. 189, pa. 66.

¹³³ H./Belçika, 30 Kasım 1987, Seri A. No. 127-B, pa. 53.

¹³⁴ Nideröst-Huber/İsviçre, No. 18990/91, AİHM 1997-I, pa. 30.

¹³⁵ Dombo Beheer B.V./Hollanda, 27 Ekim 1993, Seri A. No. 274, pa. 33.

¹³⁶ Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1973, Seri A. No. 18, p. 36.

¹³⁷ Brumorescu/Romanya (BD), No. 28342/95, AİHM 1999-VII, pa. 61; Necdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye (BD), 20 Ekim 2011, No. 13279/05, pa. 57.

¹³⁸ Beian/Romanya (No.1), No. 30658/05, AİHM 2007-V, pa. 39.

¹³⁹ Ryakib Biryukov/Rusya, No. 14180/02, AİHM 2008, pa. 37.

¹⁴⁰ Airey/İrland, 9 Ekim 1979, Seri A. No. 32, pa. 24.

sahiptir¹⁴¹. “Silahların eşitliği” ilkesi adil yargılanma hakkının bir unsurunu teşkil eder¹⁴².

Sözleşme deliller konusunda kurallar koymaz. Delillerin geçerliliğini denetlemek ulusal mahkemelerin görevidir¹⁴³. Mahkemenin görevi bir bütün olarak yargılamanın âdil olup olmadığını araştırmaktır¹⁴⁴. Kararların gerekçelendirilmesi, davanın doğru bir şekilde görülmüş olduğunu gösterir. 6/1. madde mahkemeleri gerekçe göstermeye zorunlu kılar, fakat her iddiaya ayrıntılı bir yanıt verilmesi gerekmez¹⁴⁵. Bu konu ancak her bir davanın kendi koşulları içinde belirlenir¹⁴⁶.

b. Aleniyet

6/1. maddenin bir başka gerekliliği aleniyettir. Duruşma kamuya açık olmalıdır. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği yargılamanın bütününe bakarak değerlendirilir¹⁴⁷. En azından bir mahkeme önünde sözlü duruşma yapılmalıdır¹⁴⁸. İkinci ve üçüncü derece mahkeme önünde duruşma yapılabilmektedir¹⁴⁹. Basının ve halkın duruşmada hazır bulunması normaldir. Ancak özel durumlarda bu ilkedan sapılabilir¹⁵⁰. Karar, aleni olarak verilir¹⁵¹.

¹⁴¹ Dombo Beheer B.V./Hollanda, 27 Ekim 1993, Seri A. No. 274, pa. 32; Lavages Prestations Services/Fransa, 23 Ekim 1996, 1996-V, pa. 46.

¹⁴² 6. Madde Uygulama Rehberi, s. 40.

¹⁴³ García Ruiz/İspanya (BD), No. 30544/96, AİHM 1999-I, pa. 28, Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano/İtalya (BD), No. 38433/09, AİHM 2012, pa. 198.

¹⁴⁴ Elsholz/Almanya (BD), No. 25735/94, AİHM 2000-VIII, pa. 66.

¹⁴⁵ Van de Hurk/Hollanda, 19 Nisan 1994, Seri A. No. 288, pa. 61; Peraz/Fransa (BD), No. 47287/99, AİHM 2004-I, pa. 81.

¹⁴⁶ Ruiz Torija/İspanya, No. 18390/91, 9 Dec. 1994, pa. 20; Hiro Balani/İspanya, 9 Dec. 1994, Seri A. No. 303-A, 303-B, pa. 27.

¹⁴⁷ Axen/Almanya, 8 Aralık 1983, Seri A. No. 72, pa. 28.

¹⁴⁸ Fischer/Avusturya, 26 Nisan 1995, Seri A. No. 312, pa. 46; Salomonsson/İsveç, 12 Kasım 2002, No. 38978/97, pa. 36.

¹⁴⁹ Helmers/İsveç, 29 Ekim 1991, Seri A. No. 212-A, pa. 36.

¹⁵⁰ Martinie/Fransa (BD), No. 58675/00, AİHM 2006-VI, pa. 40.

¹⁵¹ Moser/Almanya (BD), 21 Eylül 2006, No. 12643/02, pa. 101.

Kişiler kamuya açık dava haklarından feragat edebilir. Ancak bu feragat kamu çıkarlarına aykırı olmamalıdır¹⁵². Duruşma salonu (ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına)¹⁵³ basına kapatılabilir. Küçüklerin çıkarları veya tarafların özel hayatlarının gizliliği gerektiğinde aleniyet ilkesinden sapılabilir¹⁵⁴.

6/1. maddeye göre “karar aleni olarak verilir”. Ancak diğer karar açıklama yolları da geçerlidir¹⁵⁵. Mahkeme, temyiz mahkemesinin kararı alenen vermeyen ilk derece mahkemesinin kararını özetleyen ve onaylayan kararının halka açık olarak verildiği davada ihlal bulmamıştır¹⁵⁶. Alenen verilmiş bir alt mahkeme kararını onayan üst mahkeme kararı alenen verilmiş sayılmıştır¹⁵⁷. Aleniyet, yargılamanın “şeffaf” olması anlamına gelir ve demokratik toplumun unsurlarından biridir. Bunun için hem duruşmaların kamuya açık olması, hem de kararın aleni olması gerekir. Hükmün açık duruşmada alınması şart değildir. Ancak hiçbir kamu denetimi yapılmadan gizli tutulması sözleşmeye aykırıdır¹⁵⁸.

c. Makul Süre

“Makul süre” şartı adaletin gecikmesinin tesis edilmesinin önemini vurgular¹⁵⁹. Makul süre şartı yasal işlemlerin tüm aşamalarına uygulanır¹⁶⁰. Yargılama süresinin makullüğü, her davada, davanın özel koşullarına göre değerlendirilir¹⁶¹. Toplam yargılama süreci dikkate alınmalıdır¹⁶². Nitelikleri

¹⁵² Le Compte, Van Leuven and De Meyere/Belçika, 23 Haziran 1981, seri A. No. 43, pa. 59; Hakansson ve Stureson/İsveç, 21 Şubat 1990, Seri A. No. 171-A, pa. 61.

¹⁵³ B. ve P./Birleşik Krallık, 35974/97 ve 36337/97, AİHM 2001-III, pa. 38; Zagorodnikov/Rusya, 66941/01, 7.6.2007, pa. 26.

¹⁵⁴ Martinie/Fransa (BD), No. 58675/00, AİHM 2006-VI, pa. 40.

¹⁵⁵ Moser/Avusturya, 21 Eylül 2006, No. 12643/02, pa. 101.

¹⁵⁶ Lamanna/Avusturya, 10 Temmuz 2001, No. 28923/95, pa. 33-34.

¹⁵⁷ Axen/Almanya, 8 Aralık 1983, seri A. No. 72, pa. 32.

¹⁵⁸ (ed.) **İnceoğlu**, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. bs., İstanbul, 2013, s. 275; **Altıparmak**, Cüneyd: “AİHS 6. Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, TBB, S. 63, 2006, P. 244-270, s. 258.

¹⁵⁹ Scordino/İtalya (No.1) (BD), No. 36813/97, AİHM 2006-V, pa. 224.

¹⁶⁰ Robins/Birleşik Krallık, 23 Eylül 1997, No. 22410/93, pa. 28-29.

¹⁶¹ Frydlander/Fransa (BD), No. 30979/96, 27.06.2000, AİHM 2000-VII, pa. 43.

gereği ivedilik gerektiren bazı davalar vardır. Bunlar medeni durum ve ehliyete, çocuğun velayetine, mesleki istemlere ve tedavisi mümkün olmayan hastalıklara ilişkin davalardır¹⁶³.

Mahkeme, etkinlik ve güvenilirliği tehlikeye atabilecek olan adaletin gecikmeksizin tesis edilmesinin önemine vurgu yapmıştır¹⁶⁴. Devlet tarafından işlenen ihlallerin toplamı, Sözleşme'ye aykırılık teşkil eder¹⁶⁵. Süre, temyiz yargılaması dahil, yargılamaların tümünü kapsar¹⁶⁶. Kararın icrası, yargılamanın ayrılmaz bir parçasıdır¹⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi kararı olağan mahkemeler önündeki uyuşmazlığın sonucunu etkileyebiliyorsa, Anayasa mahkemesindeki süre de dikkate alınır¹⁶⁸. Ancak yorum farklı yapılır¹⁶⁹. Açıklamasız uzun duraklama dönemleri kabul edilemez¹⁷⁰. Sorunun ön karar için ABAD'a gönderilmesine ilişkin yargılamalar dikkate alınmaz¹⁷¹.

Sürenin makullüğünde, davanın karmaşıklığı, devlet kurumlarının davranışı, hukuk sistemlerinin yavaşlığı rol oynar. Aşırı iş yükü göz önüne alınmaz¹⁷². Hızlandırmaya yönelik reformun uygulanması, gecikmeleri açıklayamaz. Aşırı uzun süren yargılamaya engel olmak devletin görevidir¹⁷³.

¹⁶² König/Almanya, 28 Haziran 1978, Seri A. No. 27, pa. 98.

¹⁶³ 6. Madde Uygulama Rehberi, s. 52.

¹⁶⁴ H.V./Fransa, (1988/150/204) 24 Oct. 1989, Series A. No. 162-A, pa. 58; Katte Klitsche de la Grange/İtalya, 27 Ekim 1994, Seri A. No. 293-B, pa. 61; Scordino/İtalya (No.1) BD, No. 36813/97, AİHM 2006-V, pa. 224.

¹⁶⁵ Bottazzi/İtalya (BD), No. 34884/94, AİHM 1999-V, pa. 22.

¹⁶⁶ König/Almanya, No. 6232/73, 28.06.1978, pa. 98.

¹⁶⁷ Martins Moreira/Portekiz, 26 Ekim 1988, Seri A. No. 143, pa. 41; Di Peole/İtalya, 26 Eylül 1996, 1996-IV, pa. 24.

¹⁶⁸ Deumeland/Almanya, 29 Mayıs 1986, Seri A. No. 100, pa. 77; Süßmann/Almanya (BD), 16 Eylül 1996, 1996-IV, pa. 39; Pammel/Almanya, 1 Temmuz 1997, 1997-IV, pa. 51-57.

¹⁶⁹ Oršuš vd./Hırvatistan (BD), 16 Mart 2010, No. 15766/03, pa. 109.

¹⁷⁰ Beaumartin/Fransa, 24 Kasım 1994, Seri A. No. 296-B, pa. 33.

¹⁷¹ Pafitis vd./Yunanistan, 26 Şubat 1998, 1998-I, pa. 95.

¹⁷² Vocaturo/İtalya, 24 Mayıs 1991, Seri A. No. 206-C, pa. 17; Cappello/İtalya, 27 Şubat 1992, Seri A. No. 230-F, pa. 17.

¹⁷³ Fisanotti/İtalya, 23 Nisan 1998, 1998-II, pa. 22; Scordino/İtalya (No.1) (BD), No. 36813/97, AİHM 2006-V, pa. 178.

“Makul süre” şartına uyulmaması ancak Devlete atfedilebilen gecikmeler içindir. Baro üyelerinin grevi tek başına, Devleti “makul süre” şartına uymakla yükümlü kılmaz. Ancak devlet gecikmeyi azaltmak için çaba göstermelidir¹⁷⁴. Devamlı yargıç değişiklikleri devleti yükümlülükten kurtarmaz¹⁷⁵. Bazı davalar nitelikleri gereği ivedilik gerektirir. Örnek olarak, medeni durum ve ehliyeteye ilişkin davalar gösterilebilir¹⁷⁶. Çocukların velayeti davaları¹⁷⁷, mesleki geçim¹⁷⁸, işe iade¹⁷⁹, iş uyuşmazlıkları ve emekli aylığına¹⁸⁰ ilişkin ihtilaflar böyledir. Tedavisi mümkün olmayan ve yaşam süresini kısaltan hastalıktan muzdarip başvuran için de durum aynıdır¹⁸¹.

Polis memurları tarafından şiddete maruz kaldığını iddia edenlerin şikayeti¹⁸², eğitim hakkı¹⁸³, fiziksel kazalar¹⁸⁴ da önemlidir. Belirli bir süre öngörülmemekle birlikte, sekiz yıl ve üzerindeki süreler her zaman 6/1. maddeye aykırı bulunmuştur. Hızlı yargılama gerektiren özel durumlarda iki yıllık süre dahi makul sayılmamalıdır. Önemli olan ne tür bir çıkarın tehlikeye düştüğüdür¹⁸⁵. Sürenin başlangıç tarihi, idareye itiraz kurullarına başvuru tarihi olabilir. König-Almanya kararında¹⁸⁶, klinik işletme ruhsatı iptal edilen başvurucu için idari makamın kararına itiraz ettiği tarih esas alınmıştır. Davayı takip eden kararın icrası da makul süre değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Kararın icra edildiği tarih, yargılamanın sona erdiği tarih

¹⁷⁴ Papageorgiou/Yunanistan, 22 Ekim 1997, 1997-VI, pa. 47.

¹⁷⁵ Lechner ve Hess/Avusturya, 23 Nisan 1987, Seri A. No. 118, pa. 58.

¹⁷⁶ Bock/Almanya, 29 Mart 1988, Seri A. No. 150, pa. 49; Laino/İtalya (BD), No. 33158/96, pa. 18.

¹⁷⁷ Hokkanen/Finlandiya, 23 Eylül 1994, Seri A. No. 299-A, pa. 72; Niederböster/Almanya, 27 Şubat 2003, No. 39547/98, pa. 30.

¹⁷⁸ König/Almanya, 28 Haziran 1978, Seri A. No. 27, pa. 111.

¹⁷⁹ Ruotolo/İtalya, 27 Şubat 1992, Seri A. No. 230-D, pa. 117.

¹⁸⁰ Vocaturo/İtalya, 24 Mayıs 1991, Seri A. No. 206-C, pa. 17; Borgese/İtalya, 26 Şubat 1992, Seri A. No. 150, pa. 18.

¹⁸¹ X/Fransa, 31 Mart 1992, Seri A. No. 234-C, pa. 47.

¹⁸² Caloc/Fransa, No. 33951/96, AIHM 2000-IX, pa. 120.

¹⁸³ Oršuš vd./Hırvatistan, No. 15766/03, 16 Mart 2010, pa. 109.

¹⁸⁴ Codarcea/Romanya, 2 June 2009, No. 31675/04, AIHM 2009/15, pa. 89.

¹⁸⁵ **İnceoğlu**, s. 278.

¹⁸⁶ App. No. 6232/73, 28.06.1978; pa. 98.

olabilir¹⁸⁷. Bükler-Türkiye davasında¹⁸⁸, üniversitede asistan olarak çalışan başvuruçunun sözleşmenin yenilenmemesine karşı açtığı davada sürenin sona erme tarihi, Danıştay'ın karar tarihi değil, üniversitenin eski görevine iade edildiğini tebliğ ettiği tarih olarak kabul edilmiştir.

İç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin usul AİHS 35. maddede düzenlenmiştir. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği, ilk önce milli mahkeme önünde ileri sürülmelidir. İç hukukta bir telafi yolu varsa ve etkin ise, bu yolun kullanılması gerekir. Anayasa Mahkemesine “bireysel başvuru yolu” böyle bir yoldur¹⁸⁹. Ancak yargılamanın uzun sürdüğünü iddia edenler, iç hukuktaki süreç sona ermede de etkin çözüm yollarının tüketilmiş olması şartıyla başvurabilirler¹⁹⁰. Amaç, hukuki güvenliğin sağlanması ve iç hukukta kararların sürekli tartışma konusu yapılmasının önlenmesidir. 6 aylık hak düşürücü süreyi Mahkeme res’en inceler. Bu süre 15 no’lu Protokol¹⁹¹ 4 aya indirilmiştir.

Mahkemece Sözleşmeciler devletlerin yargı sistemindeki problemlerin yol açtığı iş yükü ile başa çıkabilmek için “pilot karar uygulaması” başlatılmıştır. Bu durumda başvurulardan birini ele alan mahkeme “pilot karar” için belli bir süre tanımaktadır. Ümmühan Kaplan davasında¹⁹² (pa.48) bunu belirtmiştir. Türkiye’nin 20 Haziran 2012 tarihinden itibaren 1 yıl içinde “yeterli ve etkin bir telafi” yolu oluşturmaya hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında¹⁹³, taşınmaz mallarla ilgili davada Anayasanın 36. maddesi ve Sözleşmenin 6. maddesi uyarınca ve 6100 sayılı HMK’nın 30. maddesine göre makul sürenin aşıldığına karar vermiştir.

¹⁸⁷ İnceoğlu, s. 279.

¹⁸⁸ Bükler v. Turkey, 24 Ekim 2000, Başvuru No. 29921/96, pa. 34.

¹⁸⁹ Hendek, Hasan: Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu, Ankara, 2016, s. 60.

¹⁹⁰ İnceoğlu, s. 361.

¹⁹¹ Türkiye Protokol’ü 13 Eylül 2013’de imzalanmış, onay Kanunu 18 Şubat 2016 tarih ve 29628 sayılı RG.’de yayınlanmıştır. Henüz yürürlüğe girmemiştir.

¹⁹² Ümmühan Kaplan v. Türkiye, 20 Mart 2012, No. 24240/07.

¹⁹³ AYM, T. 2.7.2013, Başvuru No. 2012/13, www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130718-22.pdf, pa. 54-55-57.

d. Çekişmeli Yargı

Adil yargılama içinde, yargılamanın çekişmeli olarak görülmesini isteme hakkı vardır. Medeni hukuka ilişkin davalar da ceza davaları gibi önemlidir¹⁹⁴. Bu şekilde taraflar tüm deliller ve görüşler hakkında bilgi sahibi olur¹⁹⁵. Bu şart Anayasa mahkemesi önünde de geçerli olabilir¹⁹⁶. Hakkın tatmin edici koşullarda kullanılması gerekir¹⁹⁷. Ancak çekişmeli yargı hakkı mutlak değildir ve kapsamı davanın özelliklerine göre değişebilir¹⁹⁸.

Usulüne uygun olarak taraf teşkil edilmeden bir davada karar verilemeyeceğine ilişkin kural, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiştir. İddia ve savunma hakkı olarak da ifade edilir. Ancak taraf olsun, olmasın herkesin mahkeme önünde hukuki dinlenilme hakkı vardır. Hukuki dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkının medeni usul hukukundaki görünümüdür. Usulü nitelikte bir genel haktır. Aynı zamanda AİHS 6, maddesindeki adil yargılanma hakkının bir unsurudur¹⁹⁹. Silahların eşitliği ilkesi ile de ilişkilidir.

e. Silahların Eşitliği

Bu ilke de hem hukuk hem ceza davaları için geçerlidir²⁰⁰. Adil denge sağlanması amacıyla kabul edilen bu ilke her bir dava tarafına, davanın kendisini diğer taraf karşısında önemli bir kayıp konumuna sokmayacak koşullar altında sunması için makul bir olanak sağlanmasını içerir²⁰¹.

¹⁹⁴ Werner/Avusturya, 24 Kasım 1997, 1997-VII, pa. 66.

¹⁹⁵ Ruiz-Mateos/İspanya, 23 Haziran 1993, Seri A. No. 262, pa. 63; Kress/Fransa (BD), No. 39594/98, AİHM 2001-VI, pa. 74.

¹⁹⁶ Milotova/Çek Cumhuriyeti, No. 61811/00, AİHM 2005-V, pa. 63-66; Gasponi/Slovenya, pa. 53.

¹⁹⁷ Krčmár vd./Çek Cumhuriyeti, 3 Mart 2000, No. 35376/97, pa. 42.

¹⁹⁸ Hudokova vd./Slovakya, 27 Nisan 2010, No. 23083/05, pa. 26-27; Yvon/Fransa, No. 44962/98, AİHM 2003-V, pa. 38.

¹⁹⁹ **Pekantez**, Hakan: "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000, İzmir, P. 753-791, s. 753-754.

²⁰⁰ Feldbrugge/Hollanda, 29 Mayıs 1986, Seri A, No. 99, pa. 44.

²⁰¹ Dombo Beheer B.V./Hollanda, 27 Ekim 1993, Seri A. No. 274, pa. 33.

Taraflardan birinin, diğerinin bilgisi ve yorumda bulunma olanağı olmaksızın beyanda bulunması kabul edilemez²⁰². İdari yargılamada, süre başvurusunda bulunan için fazla kısa ve genel ise bu aykırılık teşkil eder²⁰³. Adli yardım sağlanmaması, yüksek maddi olanaklara sahip hasım karşısında, davanın etkili biçimde savunulmasını engeller²⁰⁴.

Silahların eşitliği ilkesi, yargılamanın taraflarına aynı hakların aynı oranda tanınması anlamına gelir. Hukuki dinlenilme hakkı da eşitlik ilkesiyle bağlantılıdır. Taraflar arasında tam bir eşitlik ve denge sağlanmalıdır²⁰⁵. Yargılamanın taraflarının yargılamadan bilgilenme hakkı tüm yargılama süresince devam etmelidir. Taraflara dava dosyasını inceleme hakkı verilmelidir. Bu hak açıklama ve ispat hakkını ve kararların somut ve açık gerekçelendirilmesini de kapsar (HMK. 27/2. md.)²⁰⁶. Türk Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında silahların eşitliği ilkesi ve çekişmeli yargı ilkesini benimsemiştir²⁰⁷.

f. Kararların Gerekçelendirilmesi

Gerekçeli bir karar, taraflara davalarının doğru bir şekilde görülmüş olduğunu gösterir²⁰⁸. Mahkemeler kararlara yeterli gerekçeler sunmakla yükümlüdür²⁰⁹. İleri sürülen nedenler taraflara temyiz hakkını etkili biçimde kullanma imkânı vermelidir²¹⁰. Ancak gerekçe göstermek zorunluluğu, her iddiaya uyan tek bir yanıt verilmesini gerektirmez²¹¹. Gerekçe sunma görevi,

²⁰² 6. Madde Hakkında Rehber, s. 40.

²⁰³ Hentrich/Fransa, 22 Eylül 1994, Seri A. No. 296-A, pa. 56.

²⁰⁴ Steel ve Morris/Birleşik Krallık, No. 68416/01, AİHM 2005-II, pa. 72.

²⁰⁵ **Yeşilova**, Bilgehan: “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBBD, Sa. 86, 2009, s. 59-60.

²⁰⁶ Bkz. **Yeşilova**, Silahların Eşitliği, s. 61 vd.

²⁰⁷ Bkz. ANYM. Orhan Tekkaya Başvurusu, B. No. 2012/775, K. Tarihi 6.5.2015, www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/06/20150627-17.pdf, pa. 40-41-42.

²⁰⁸ 6. Madde Hakkında Rehber, s. 43.

²⁰⁹ H./Belçika, 30 Kasım 1987, Seri A. No. 127-B, pa. 53; Suominen/Finlandiya, 1 Temmuz 2003, No. 37801/97, pa. 30.

²¹⁰ Hirvisaari/Finlandiya; 27 Eylül 2001, No. 49684/99, pa. 30.

²¹¹ Van de Hurk/Hollanda, 19 Nisan 1994, Seri A. No. 288, pa. 61; García Ruiz /İspanya (BD), No. 30544/96, AİHM 1999-I, pa. 26; Perez/Fransa (BD), No. 47287/99, AİHM 2004-I, pa. 81.

kararın niteliğine göre değişiklik gösterebilir²¹². Bu husus davanın kendi koşullarının ışığı altında tespit edilebilir. Bir tarafın görüşü yargılamanın sonucu açısından belirleyici ise, kesin ve açık bir yanıt verilmelidir²¹³.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun yeni bir kararında²¹⁴, yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının, Türkiye'de kararın tenfizine engel olmayacağı ve bunun kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağı kabul edilmiştir. Anayasanın 141. maddesindeki ilkelerin Türk yargılama usulüne ve HMK 297. maddesine ilişkin olduğunun kabul edildiği kararda, yabancı ilamın hüküm fıkrasının kamu düzenine aykırılığının söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Yargıtay 2. HD. ve 13. HD.nin ve Hukuk Genel Kurulu'nun farklı kararları sonucu görüş aykırılığının giderilmesi için konu İçtihadı Birleştirme Genel Kuruluna götürülmüştür.

Karara göre; “Yabancı mahkemede uygulanan usulün Türk usul hukukundan farklı olması kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez”. Her emredici kuralın Anayasa kuralı dahi olsa, “temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir kural olmadıkça” kamu düzenine aykırılığı söz konusu değildir. Karşı görüşlerde ise AİHS'nin 45. maddesinin AİHM hükümlerinin gerekçeli olmasını şart koştuğunu ve 6. maddenin adil yargılama hakkı başlığı altında kararların gerekçeli olmasını aradığı, kararın usul ve yasalara uygun olup olmadığının ancak gerekçe ile denetlenebileceği ifade edilmiştir.

Kararı eleştiren Şanlı, mahkeme kararlarında gerekçenin, demokratik hukuk devletinin bir gereği olduğu ve keyfiliği önleyecek tek ilkenin bu olduğu görüşündedir. Yabancı ülkelerin kabul ettiği hızlı yargılama usullerine göre verilen gerekçesiz kararları tanımak zorunluluğu yoktur. Karar hatalı ve yanlışır²¹⁵.

²¹² Ruiz Torija/İspanya, 9 Aralık 1994, Seri A. No. 303-A, (1995), pa. 28; Hiro Balani/İspanya, No. 18064/91, 9 Dec. 1994, Seri A. V. 303-B, pa. 27.

²¹³ Ruiz Torija/İspanya, No. 18390/91, 9 Aralık 1994, Seri A. No. 303-A, (1995), pa. 30; Hiro Balani/İspanya, 9 Aralık 1994, Series A. No. 303-B, pa. 28.

²¹⁴ YİBGK kararı, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012 (kazancı.com)

²¹⁵ Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bsb., İstanbul, 2014, s. 502, dn. 328.

§ 2. ADİL YARGILANMA HAKKININ, DEVLETLER ÖZEL HUKUKUNA ETKİLERİ

I. DEVLETLER ÖZEL HUKUKUNDA YETKİ VE AİHS 6/1. Md.

A. Mahkemeye Erişim Hakkı

AİHS'nin DÖH.'de yetki sorunlarına uygulanabilirliği öncelikle mahkemeye erişim hakkı (*right of access to court*) ile ilgilidir. AİHS 6(1). maddedeki adil yargılanma hakkı (*the right to a fair hearing*) mahkemelere erişim hakkını da kapsar. Uluslararası bir davada hangi milli mahkemenin yetkili olduğu önemlidir. Eğer taraf devletlerden birinin mahkemesi kendi kurallarına göre yetkili değilse, başka bir ülkede mutad meskeni olan davacı, AİHS'deki hakkını ileri sürebilir mi? Bu sorun özellikle 3. bir ülkede oturan davacı için ortaya çıkabilir. Bu durum ancak taraf devletin yargı yetkisine sahip olduğu hallerde ortaya çıkabilir. Ancak gerçek böyle değildir. Taraf devletler yetkileri altındaki herkesin haklarını garanti etmektedir (AİHS. 1. md.). Yabancı davacı davasını taraf devletlerden birinde açtığı anda, o devletin yargı yetkisi içindedir. For'un yetki kuralları AİHS'nin uygulanmasını sınırlandırmaz²¹⁶. Mahkeme bu görüşü Morkovic davasıyla doğrulamıştır²¹⁷.

Bu dava Banković davası²¹⁸ ile benzerdir. Markovic davasında başvurucular, o zaman taraf devlet olmayan Sırbistan ve Karadağ vatandaşlarıdır. Dava NATO saldırısında ölenler için İtalya aleyhine açılmıştır. İtalyan mahkemeleri, bu davada yetkili olmadıklarını kararlaştırmıştır. Mahkeme, olayların ülke-dışılığını dikkate alarak, 6. maddenin etkili olabileceğini, ancak bunun *ratione loci* ve *ratione personae* olarak sorumlu devletin yargı yetkisini etkilemeyeceğini kabul etmiştir. “Eğer bir medeni hukuk davası milli mahkeme önüne gelirse, Devletin AİHS 1. maddesinin istemi doğrultusunda, AİHS 6. maddedeki hakları garanti etmesi gerekir²¹⁹. Şüphesiz mahkemeye başvuru hakkı, devletin mevzuatına bağlıdır ve sınırlıdır. Ancak

²¹⁶ **Kiestra**, Louwrens R.: The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law, The Hague, 2014, s. 94.

²¹⁷ Markovic and Others v. Italy (GC), No. 1398/03, AİHM 2006-XIV.

²¹⁸ Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States (GC), No. 52207/99, AİHM 2001-XI.

²¹⁹ Marković davası, No. 1398/03, pa. 54.

bu sınırlamalar 6(1). maddeden kaynaklanmaktadır. Taraf devlet mahkemeleri sadece yargı yetkisi olmadığı gerekçesiyle 6(1). maddeyi uygulamaktan kaçınmaz²²⁰. Strasbourg Mahkemesi eski bir kararda²²¹, mahkemeye erişim hakkının, adil yargılanma hakkının bir parçası olduğunu kabul etmiştir. Uluslararası hukuk adaletten kaçınmayı yasaklar (pa. 35).

Mahkemeye başvuru hakkının sınırlanması 6(1). maddeye uygun değildir. Bunun için sınırlamanın meşru bir amacı olmalı ve bu amaçla kullanılan araçlar arasında oranlı makul bir ilişki olmalıdır²²². Davacının mahkemeye erişim hakkının (6/1. md.) DÖH'deki yetki sorunu ile ilgili olduğu kabul edilmektedir. Ancak davalının 6/1. maddeye göre hakkı daha çok adil yargılanma hakkı ile ilgilidir²²³.

1. Olumsuz Yetki Çatışmaları

Davacının, davasını açabileceği bir mahkemenin bulunmaması halidir. Davacı yetkili bir mahkeme bulamamıştır. Eğer mahkeme yetkiyi reddederse, bu doğrudan davaya bakmaktan kaçınmaktır²²⁴. Bu durum sadece yetkili bir mahkeme olmamasını değil, gerçekçi olarak elverişli başka bir mahkeme olmamasını da kapsar. Örneğin savaş nedeniyle normal yetkili mahkeme davacının kontrolü dışında davaya bakmaya elverişsiz olabilir. Bu nedenle pek çok devlet "*forum necessitatis*" kavramını kabul etmiştir. Bu prensibe göre, milli devletler dışarıda başka uygun bir mahkemenin olmadığı hallerde, milli mahkemelere yetki vermektedirler. Bu şekilde mahkemelere erişim hakkı sağlanmaktadır. Bu manada yetki İngiltere, Hollanda ve İsviçre'de kabul edilmiştir. Bu ülkelerdeki farklılıklar Brüksel I Tüzüğü²²⁵ ve

²²⁰ Kiestra, s. 95.

²²¹ Karar DÖH ile ilgili olmamakla birlikte, medeni haklar için de uygulanabilir. Golder v. the United Kingdom, 21 February 1975, Series A. No. 18.

²²² Tinnelly & Sons Ltd and Others v. United Kingdom, 10 July 1998, pa. 72, Reports 1998-IV.

²²³ Kiestra, s. 103.

²²⁴ Golder v. the United Kingdom kararında mahkemenin bu tutumu 6(1)'e aykırı bulunmuştur. 21 Şubat 1975, seri A. No. 18.

²²⁵ (EC) No. 44/2001, 22 December 2000, OJ L 12, 16.1.2001, p. 1-23; bu Tüzüğün yerini EU No. 1215/2012 sayılı Recast Tüzük almıştır. OJ L 351, 20.12.2012, p. 1-32.

Lugano Sözleşmesi²²⁶ ile giderilmeye çalışılmıştır. Hollanda ve İsviçre’de *forum necessitatis* şartı mevcut olmakla birlikte, İngiltere’de böyle bir kural yoktur²²⁷. İngiliz mahkemelerinin en çok sınırlandığı alan aile hukukudur. Eğer Brüksel II. bis Tüzüğüne göre hiçbir yetkili bir mahkeme yoksa ve eğer evli taraflardan biri dava açıldığı tarihte İngiltere’de ikamet ediyorsa, *in personam* yetki oluşur.

Mark v. Mark davasında, Nijeryalı kadının, Nijeryalı kocası tarafından reddedildiği ve kendi ülkesine döndüğü durumda, kadının İngiltere’de mutaden oturduğu ilk derece mahkemesince açtığı dava reddedilmiştir. Başka bir nedenle boşanma gerçekleştiğinde koca karara itiraz etmiştir. Ancak kocanın itirazı reddedildi, fakat kadının mahkemeye ulaşım hakkı ile ilgili itiraz kabul edilmedi²²⁸.

Yetki verme esasının insan hakları nedeniyle değişmeyeceğini kabul eden bu karardan sonra Aikens J. davasında²²⁹, Devletin İngiliz mahkemelerine ulaşımında şartlar ve sınırlar ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Eğer taraflar belli bir devletin mahkemesini yetkili kılmışsa, yargılama 6. maddeye uygun olarak haklı ve aleni tarafsız ve bağımsız bir mahkemede görülmelidir. Bu davada söz konusu olan, başka bir yerdeki yargılamanın 6. maddenin mahkeme seçimi şartlarını taşıyamaması nedeniyle yetkisinin reddidir²³⁰.

Mahkemeye başvurma hakkını reddeden hallerden biri de *forum non conveniens* doktrindir. Ortak hukuk ülkelerinde kabul edilen bu doktrine göre, kanun tarafından yetkili kılınsa da, bir mahkemenin, yabancı mahkemede yürüyen bir usulü daha uygun bulmasına ilişkindir. Eğer İngiliz mahkemesi bu konuda takdir hakkını kullanarak, İngiltere’deki usuli durdurursa, bunun AİHS’e 6(1)’e uygunluğu üç noktada tartışılabilir: Bunlar mahke-

²²⁶ OJ L 339, 21.12.2007, p. 3.

²²⁷ **Kiestra**, s. 105.

²²⁸ Mark v. Mark (2004) EWCA Civ. 168, No. 37-39, Mark v. Mark (2005) UKHL 42, No. 31.

²²⁹ Aikens J. in OT Africa Line Ltd v. Italy (The Kribi) (2004) EWCA, Civ. 168, (2005) Fam 267, CA.

²³⁰ **Fawcett**, J. J.: “The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law”, ICLQ, Vol.56, January 2007, p. 1-48, s. 7.

meye erişimin reddi, duruşmada gecikme ve bazı durumlarda adil yargılanma hakkına aykırılıktır²³¹.

2. Olumlu Yetki Çatışmaları

a. Elverişli Mahkeme (*Forum Conveniens*)

“Elverişli mahkeme” İngiliz mahkemelerinin takdir yetkisine dayanır ve 6. maddenin doğrudan etkisiyle ilişkilidir. Dışarıda elverişli bir mahkemenin bulunması nedeniyle dava İngiliz mahkemesince görülmez. Bu 6. maddenin ihlali anlamına gelmez²³². Önemli olan gerçek ve asli haksız fiilin mahkemenin yetkisi içinde olup olmadığıdır²³³.

Akla gelen ilk durum, başka bir devlet mahkemesinin yetkili olması nedeniyle mahkemeye başvurunun reddedilmesidir. Bu durumun AİHS 6(1)'i ihlal etmediği ileri sürülebilir. Taraf devlet, başka bir yerdeki mahkemenin kendisinin sorumluluğunu yerine getirdiğini garanti edebilir mi? Prensipten olarak, taraf devlet buna dayanabilir. Bu konudaki sınırlayıcı önlemler, meşru beklentilerle orantılı olmalıdır. Bunun için uyumsuzlukla yabancı mahkeme arasındaki bağlantı önemlidir²³⁴.

Kennedy v. Germany davasında²³⁵, iki başvurucunun Alman mahkemelerine başvurusu, onları istihdam eden Avrupa Uzay Ajansı tarafından engellenmişti. ESA uluslararası örgüt olarak dokunulmazlık iddiasındaydı. Mahkeme, başvurucuların makul alternatif yollarla hakkını koruyup koruyamayacağını araştırdı ve 6(1)'e aykırılık olmadığına karar verdi. Oysa mahkemeye erişim hakkı belli bir usulü kaliteye sahip mahkemeye başvuru hakkıdır²³⁶. Bu konuda çözüm Eskinazi davasında²³⁷, çocuk istismarı ile ilgili olarak ele alınmıştır.

²³¹ **Fawcett**, s. 9-10.

²³² **Dow Jones & Co Inc v. Yourse Abdul Latif Jameel** (2005), (EWCA), Civ. 75, (2005), QB 966.

²³³ **Fawcett**, s. 9.

²³⁴ **Kiestra**, s. 111.

²³⁵ **Waite and Kennedy v. Germany** (GC) No. 26083/94, AİHM-I, 1999, pa. 68.

²³⁶ **Kiestra**, s. 112.

²³⁷ **Eskinazi and Chelouche v. Turkey**, No. 14600/05, AİHM, 2005-XIII.

Başvuru, Türk mahkemesinin başvurucuya İsrail'e dönme emri sonucu yapılmıştır. Başvurucu İsrail'e dönmesinin, İsrail mahkemelerinin boşanma ve kişisel statü davalarında yetkili olması sonucu doğuracağını iddia etmiştir. Taraf devlet, objektif faktörlerin mahkemeye başvuru hakkının reddi riski yaratıp yaratmadığını incelemek zorunda kalmıştır. Eski 6(1). maddeye göre, adil yargılanma standartları da kontrol edilmelidir.

b. Dava Açılmasına Yer Olmadığı Def'i (Anti-Suit Injunction)

İngiliz hukukunda geçerli olan 3. bir devlette görülen dava nedeniyle davanın durdurulması, Spiliada davasında ele alınmıştır²³⁸. Eğer davacının yabancı mahkemede (Güney Afrika) 6. maddedeki hakları sağlanamayacaksa, bu adil yargılanma hakkına aykırıdır. Spiliada prensibine göre, insan hakları söz konusu olduğunda, davayı durdurma kararı verilemeyecektir. Bir başka davada (Kribi)²³⁹, yine davanın görülememesi def'i (*anti-suit injunction*) söz konusu idi. Ancak davalının başka bir taraf devletin mahkemesine kabulü reddediliyordu. Bu durumda 6. madde sadece kişinin bulunduğu yere bakılmaksızın adil yargılanma hakkını garanti eder. Bu davada İngiliz mahkemesi yargılama yerini ilgisiz buldu. Önemli olan adil yargılanmanın sağlanmasıydı²⁴⁰.

Diğer bir senaryo, yabancı bir mahkeme olmasına rağmen, onun yargı yetkisinin aşkın yetki olmasıdır²⁴¹. Davacı başka bir ülkede yetkili mahkeme olmasına rağmen, davanın reddedileceğini düşünebilir. Oysa mahkemenin etkili olması gerekir²⁴². Hollandalı kadın ile Maltalı koca Malta'da evlenmiştir. Hollanda'da açılan boşanma davası, çiftin mutad meskeni Malta'da olduğu için reddedilmiştir. İstinaf mahkemesi Malta'nın münhasır yetkili olduğuna karar verir. Ancak o tarihte Malta'da boşanma mümkün değildir. Brüksel II Tüzüğü'nün mahkemeye erişimi kısıtladığı ve (tarafardan birinin

²³⁸ Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd (1987) AC 460.

²³⁹ OT Africa Line Ltd v. Hijazy (The Kribi), (2001), 1 Lloyd's Report 76.

²⁴⁰ **Fawcett**, s. 7.

²⁴¹ **Kiestra**, s. 116.

²⁴² Malta'da 2011 tarihine kadar boşanma yasaktı. Gerechtshof-Gravenhage, 21 December 2005, EB 2006, 32; NJF 2006, 154.

mutad meskeninin olduğu ya da vatandaşı olduğu devlet olan) Hollanda'da verilen kararın Malta'da tanınması gerektiği kabul edilmiştir.

B. Yabancı Mahkemece Adil Yargılanma Hakkının İhlali

Adil yargılanma hakkının ihlali ihtimali bu durumda da söz konusu olabilir. Örneğin dışarıdaki alternatif mahkeme davaları esaslı biçimde geciktiriyorsa ya da bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda kuşkular varsa, bu da 6. maddeyle ilgilidir. Diğer bir sebep, yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile münhasıran yetkili kılınmasıdır. Bu durumda yetki anlaşması öncelik taşır. Yine sadece tek bir devletin mahkemesi yetkili ise anti-suit injunction emri verilebilir. Eğer bu mahkemedeki yargılama 6. maddeyle uyumsuz ise durum farklıdır²⁴³.

Anti-suit injunction kararının reddi 6(1)'e aykırı mıdır? İngiliz İstinaf Mahkemesi, Al-Bassam v. Al-Bassam davasında²⁴⁴ bunu kabul etmemiştir. Suudi Arabistan'daki usulle ilgili olarak *anti-suit injunction* emri konusunda takdir hakkını kullanırken, yargıç Chadwick, davanın bu ülkede adil olarak yargılanamayacağını düşünmüştür. İstinaf mahkemesi böyle bir kararın İngiltere'de tanınamayacağını, ancak bunun İngiliz hukukunun tanıma ve tenfizle ilgili hükümlerini ilgilendirdiğini, yoksa davanın görülmesiyle ilgili olmadığını benimsemiştir. Zira bu ülke Avrupa Sözleşmesiyle bağlı değildir²⁴⁵.

AB'de Brüksel I Tüzüğünde lis pendens konusunda hiçbir istisna yoktu. 2. davaya bakan üye devlet mahkemesinin, ilk olarak davaya bakan mahkeme lehine yargılamayı durdurması gerekiyordu. Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl davasında²⁴⁶, ATAD'a ön karar usulü ile başvurulmuştur. İlk dava açılan mahkeme İtalya'daydı ve Roma hukuku ülkeleri olan İtalya, Yunanistan ve Fransa'da davalar izah edilemeyecek şekilde uzun sürüyordu. Bu durum 6. maddeye aykırı olduğu için ikinci mahkeme davanın esasına girebilir miydi? Bu sürenin ne kadar olduğu belli değildi. Gasser bir

²⁴³ **Fawcett**, s. 12.

²⁴⁴ (2004) EWCA, Civ. 857, pa. 46.

²⁴⁵ **Fawcett**, s. 13.

²⁴⁶ Case C-116/02 (2003) ECR I-4693.

Avusturya şirketi idi ve MISAT ile yaptığı yetki sözleşmesi ile Avusturya mahkemesine münhasır yetki verilmişti. İtalyan şirketi olan Misat ilk olarak davayı İtalya’da açtı. İkinci dava Avusturya’da açıldı. *Lis pendens* kuralının 6(1)’e göre yorumlanması ATAD tarafından reddedildi. ATAD, Brüksel Sözleşmesinin 21. maddesinden bu sonucun çıkamayacağını kabul etti.

Brüksel I (bis) (Recast) Brüksel I Tüzüğü Owusu kuralını korumakla birlikte, dava açılan mahkemeye yetkisini reddetmek konusunda sınırlı bir takdir hakkı vermektedir. Eğer başka bir mahkeme Tüzüğün 24, 27, 31(1). maddelerine göre münhasır yetkili ise yetki reddedilebilir. Yetki anlaşması varsa veya birden fazla mahkemede aynı taraflar arasında, aynı sebeple dava açılırsa, ilk dava açılan mahkeme hariç, diğerleri yetkiden vazgeçebilir (31/2. md.). “*Forum necessitatis*” kuralına göre başka bir mahkeme adil yargılanma hakkı sağlamıyorsa, üye devlet mahkemesi yetkili kılınabilir. Giriş (15. p.) hukuki belirliliğe önem vermiştir. Kurallar, öngörülebilir olmalıdır. Ayrıca milli aşkın yetki kuralları, bir üye devlette ikamet etmeyen davalılara uygulanmaz (5/2. md.)²⁴⁷.

C. Kamu Düzeni Ve İnsan Hakları

Milletlerarası özel hukuk davalarında kamu düzeni (*ordre public*), insan haklarını dikkate almak için bir yol olarak gösterilir. Aynı yol devletler özel hukuku kurallarının insan hakları temelinde kullanılmasının, mahkemelerce reddi için de kullanılır²⁴⁸. Ancak bu konudaki mahkeme kararları adil yargılanma hakkındaki kamu düzenine odaklanmıştır²⁴⁹.

1. Kamu Düzeninin Sınırlı Uygulanması

Devletler özel hukukunda, hem *lex causae*’nin milli mahkemece uygulanmasında, hem de yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde

²⁴⁷ Özkan, Işıl: “Yetki Kuralları” in (eds.) Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur: Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ankara, 2016, P. 30-99, s. 45-46.

²⁴⁸ Oster, Jan: “Public Policy and Human Right”, JPIL, 2015, Vol. 11, No. 3, p. 542-567, s. 541.

²⁴⁹ Case C-7/98, Krombach (2000), ECR I-1395; Pellegrini v. Italy, App. No. 30882/96, 20 July 2001; Al-Bassam v. Al-Bassam (2004), EWCA, Civ. 857.

(*exequatur*) forum'un kamu düzeni kuralları uygulanır. AB hukuku²⁵⁰ ve milli hukuk kamu düzeni şartını kabul eder. Kamu düzeni kavramı milli egemenliğin bir ifadesidir ve devlete kendi hukuk sistemindeki asli değerleri saklı tutmak hakkı tanır. Bu şekilde devlet çıkarları ile kişi çıkarları arasındaki çatışma dengelenir²⁵¹.

Kamu düzeni, devletin temel hukuk emirleri olarak, demokratik bir toplumda insan haklarına saygıyı gerektirir. İnsan hakları anayasalarda ve AB İnsan Hakları Şartında ve diğer uluslararası andlaşmalarda yer alır²⁵². Bu konuda Almanya'da tanınmış bir davada, (Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bundesverfassungsgericht kararında) Yüksek Mahkeme ilk olarak anayasaca garanti edilen hakların, yargılamada yabancı hukukun kamu düzenine aykırılığı nedeniyle reddini kabul etmemiştir²⁵³. Daha sonra bu hususun temel hakların ağır bir şekilde ihlali halinde dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Karar, bir İspanyol'un, boşanmış bir Alman ile evlenmesiyle ilgilidir, fakat boşanma İspanyol hukukunda yasaklanmıştır²⁵⁴.

Federal Anayasa Mahkemesi ise Alman Anayasasında garanti edilen haklara aykırı olan yabancı hukukun anayasal haklara aykırılığının, Anayasa Mahkemesinin sorunu olmadığına karar vermiştir. Ancak Alman Parlamentosu, Medeni Hukuka Giriş Kanununun (EGBGB) 6. maddesini 1986 yılında değiştirerek, kamu düzeni istisnasının uygulanabileceğini kabul etmiştir.

Diğer yandan kamu düzeni şartı sınırlı olarak ve istisnai durumlarda uygulanmalıdır. Sadece farklı hükümler olması yeterli değildir. Kamu düzeni "*revision au fond*" nedeni olmamalıdır. Bu nedenle yorumu da çeşitli yollarla mahkemenin önündeki olaya göre sınırlanır. Aynı husus yabancı mah-

²⁵⁰ 45(1)(a) Regulation (EU), No. 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgment in civil and commercial matters (recast), (2012), OJ L 351/1; Art 22(a) of the Regulation (EC), No. 2201/2003, 27 No. 2003 on jurisdiction and the recognition in enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (2005), OJ L 338/1/Brussels IIa.

²⁵¹ **Fawcett**, s.1, 31.

²⁵² Bkz. **Oster**, s. 547-548.

²⁵³ BGH, Federal Court of Justice, Bundesgerichtshof, 12 February 1964, BGHZ 41, 136, 151.

²⁵⁴ BVerfG 1 May 1971, BVerfGe 31, 58.

keme kararlarının tanınması ve tenfizinde de söz konusudur (*ordre public international*). ABAD'a göre kamu düzeni dar yorumlanmalı ve temel amaçların gerçekleşmesini engellememelidir. Karşılıklı tanıma ancak temel prensiplere açık ve dayanılmaz bir aykırılık teşkil ediyorsa, reddedilebilir²⁵⁵.

Kamu düzeni, ancak kabul edilemez derecede bir ihlal varsa, uygulanır²⁵⁶. Ancak insan hakları söz konusu olduğunda, kamu düzeninin kısıtlayıcı yorumu kabul edilemez. Devletler özel hukuku insan hakları çerçevesinden hareket etmelidir. Ayrıca mahalli insan haklarının ihlali, kamu düzeni şartının uygulanmasını haklı göstermelidir. Alman Medeni Usul Kanunu 328(4). bölüm yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, "açıkça Alman hukukunun asli prensiplerine aykırılık"tan söz etmektedir²⁵⁷. Kamu düzeni şartının insan haklarının korunması için uygulanması, devletler özel hukuku sisteminin Avrupa hukuku ve uluslararası hukukta daha geniş olarak insan haklarının korunmasını sağlamıştır²⁵⁸.

Oysa aksi görüşte olanlar da vardır. Jurotowitz'e göre yabancı hukuk veya kararın tanınması İngiltere'de dış kamu düzenine karşın, İngiliz kamu düzeni nedeniyle reddediliyorsa, bu İngiliz hukukunun, yabancı kanun veya kararın sonuçları AIHS standartlarıyla uzlaşsa bile, bunu tolere etmeyeceği anlamına gelir. Bu konuda sorunlu alan kamulaştırmadır. Geleneksel İngiliz hukukuna göre, yabancı el koyma kararları cezai nitelikte veya ayrımcı olmadıkça İngiliz kamu düzenine aykırı değildir. Tazminatsız el koyma *per se* uluslararası anlamda İngiliz kamu düzenine aykırı sayılır. AIHS'nin 6. maddesi, İngiliz mahkemesinin yabancı devletin AIHS standartlarını ihlal ettiğini onaylamasına bağlıdır. Aynı husus 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi

²⁵⁵ Case C-7/98; 28 Mart 2000, Reports 2000 I-1935; Case-38/98, 11 May 2000, Reports 2000 I-2973; Case C-341/04, 2 May 2006, ECLI:EU:C-2006:281; Case C-420/07, Reports 2006 I-3813; Case C-394/07, Gambazzi (2009), ECR, I-2563.

²⁵⁶ Case C-38/98, pa. 27-28; Régie Nationale des Usines Renault SA v. Maxicar SpA and Orazio Formento, 11 May 2000, ECR I-3009.

²⁵⁷ Bkz. Hukuk seçimine ilişkin karar, German Federal Constitutional Court, Case No.1, BVR 636/68 (1971). (Apostolides) 28 April 2009, 420/07-Reports 2009 I-3571; 394/07 (Gambazzi) 2 April 2009, Reports 2009 I-2563.

²⁵⁸ Oster, s. 554.

için de geçerlidir. Bunun nedeni bu konudaki İngiliz hukukunun geleneksel farklılığıdır²⁵⁹.

2. Dolaylı Yatay Etki ve Oranlılık İlkesi

Kamu düzeni ulusal hukukun uygulanmasının önünü açar. Bu ise tarafların beklentileri ve AB'de iç pazarın işlevine uygun değildir. Ancak insan hakları söz konusu olduğunda, bu kısıtlamalar sadece *jus cogens* normların ihlalinde veya açık ihlallerde uygulanmaz. İnsan haklarının korunması evrensel, şartsız ve bölünmez olduğu için kamu düzeninin sınırlı yorumuna tâbi tutulamaz. Eğer bir insan hakları ihlali varsa, mahkemeler, yabancı hukuk ve mahkeme kararını uygulayamaz²⁶⁰.

Oranlılık (*proportionality*) prensibi ve insan haklarının dolaylı yatay etkisi özel hukuk ilişkilerinde dikkate alınır. Oranlılık ilkesi *sensu stricto*, mahkemenin yabancı hukuku uygularken, insan haklarının bağlayıcılığını dikkate almasını gerektirir. *Exequatur* usulü, yabancı mahkeme kararının insan haklarına uygun olmasının araştırılmasını arar. Bu çerçevede insan hakları kişiler arasında doğrudan etki doğurmaz. İnsan hakları dava edilebilir talepler değildir. Mevcut hukukun mahkemede yorumlanmasını etkiler. Milli mahkemeler, milli hukuku uygularken, uygulanabilir insan haklarını da dengeli biçimde kullanmalıdır. Von Hannover kararları²⁶¹ buna örnek gösterilebilir. Aksine usulü kamu düzeninde mahkemeler iddia edilen insan haklarını, dolaylı yatay etkisiyle değil, doğrudan dikey (*vertical*) etkisiyle ele almalıdır.

Yabancı mahkeme tarafından yapılan usulü hatalar, esasa ilişkin değildir. Usulü kamu düzenini denetlemezler. Mahkemeler usulü hakkın ihlalinin büyüklüğü ile tenfiz isteyen tarafın haklı beklentisini dengelemelidir²⁶².

²⁵⁹ **Juratowitch**, Ben: "The European Convention on Human Rights and English Private International Law", JPIL, Vol. 3, Issue 1, April (2007), p. 173-199, s. 197.

²⁶⁰ **Oster**, s. 555.

²⁶¹ Von Hannover v. Germany (No.1), 24 Jure 2004, App. No. 59320/00, von Hannover v. Germany (No.2), 7 February 2012, App. No. 40660/08, 60641/08, von Hannover v. Germany (No.3), 19 Sep. 2013, App. No. 8772/10.

²⁶² **Oster**, s. 556.

3. AB Mevzuatı Açısından

Avrupa Birliği mevzuatı açısından aynı konu gündeme gelebilir. AB mevzuatındaki kamu düzeni şartının AB'ye üye ülke mahkemelerinde uygulanmaması halinde bu konunun Strasbourg mahkemesince incelenip incelenmeyeceği sorusu ortaya çıkabilir. Bosphorus Hava Yolları davasında²⁶³, Strasbourg mahkemesi, devletlerin bir uluslararası örgüte üye olmasının, bu kurumun temel hakları en azından sözleşmenin sağladığı şekilde koruyacağı anlamına geleceği, sonucuna varmıştır. “Eşit koruma” devletin o kuruluşu üye olmasından doğan zorunlulukları kapsar. AB'ye üye devletler, AB hukukunun prensipte Sözleşmeye eşit olarak hakları koruma görevini yerine getirmesini kabul etmelidir. Bu davadan sonra, Strasbourg mahkemesi AB devletler özel hukuku kurallarıyla ilgili olarak üye devletlere takdir hakkı bırakmamıştır. Duruşmada bulunmadan verilen karar, eğer davalıya kendini savunmak için yeterli süre verilmemişse (Avotins, pa. 47-45), tanınamaz²⁶⁴.

Strasbourg mahkemesinin denetleme standardı 1989 Soering²⁶⁵ kararına dayanır. Mahkeme bu kararda adil yargılanma hakkını sözleşmeye taraf olmayan bir devlet için incelemiştir. “Çarpıcı (aşıkâr) adil yargılanma hakkının reddi” (*flagrant denial of justice*) kavramı ile kendisini sınırlamıştır. Prince Hours-Adam II of Liechtenstein v. Germany²⁶⁶ kararında mahkeme idari yargılama usuli için sınırlayıcı denetim standartlarını uygulamıştır. Kiliseye ait mahkeme tarafından evliliğin iptali davasında AIHM 6/1.'e aykırılık bulmuştur.

Mahkemenin medeni konularda da açıkça kullanmasa bile aşıkâr yargı hakkının reddi kavramında aykırılık bulunduğu söylenebilir²⁶⁷. AB içinde “Avrupa kamu düzeni” (*European ordre public*) kavramı kullanılmaktadır.

²⁶³ Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland, 30 June 2005, App. No. 45036/98.

²⁶⁴ Brüksel IIa Tüzüğü ile ilgili, Povse v. Austria, 18 June 2013, App. No. 38901/11; Brüksel I Tüzüğü ile ilgili Avotins v. Latvia, 23 May 2016, App. No. 17502/07.

²⁶⁵ Soering v. United Kingdom, No. 14038/88, 7.07.1989.

²⁶⁶ 12 July 2001, App. No. 42527/98, 12 July 2001.

²⁶⁷ Oster, s. 562.

Ancak mahkeme bunu tanımlamamıştır. Divan Loizidou v. Turkey²⁶⁸ kararından beri kararlarında bu kavramı kullanmaktadır.

II. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNDE İNSAN HAKLARI

A. Genel Olarak

Bu konuda önemli bir dava Pellegrini v. Holy davasıdır²⁶⁹. Roman Rota mahkemesi Katolik kilise mahkemesidir ve onun bir kararının İtalya'da tenfizi söz konusudur. Vatikan Sözleşmeye taraf değildir ve mahkeme Vatikan'ın bir mahkemesi değildir. Bayan Pellegrini mahkemede asli usuli haklarına uyulmadığını ileri sürmüştür. AİHM İtalyan Tenfiz Mahkemesinin reddettiği bu iddiayı kabul etmiştir.

Milli hukuk standartları adil yargılanma hakkını sağlamalıdır. Taraf olmayan devletler de adaletin yerine getirilmesini geliştirmelidir. Sözleşmenin adil yargılanma standartları *de facto* taraf olmayan devletlere de genişletilebilir mi? Bu konuda kamu düzeninin “azaltılmış etkisi”nden söz edilmektedir. Bu konuda Pellegrini kararından sekiz gün önce verilen Prince Hans-Adam II davası önemlidir²⁷⁰. Bu dava mahkemeye erişim hakkı ve mülkiyetin korunması ile ilgilidir.

Ancak eski Çekoslovakya'dan verilen kararın Almanya'da tanınması rol oynamıştır. Başvurucu bir tablonun sahibinin babası olduğunu fakat 2. Dünya Savaşı sonunda Çekoslovakya'da kaybolduğunu ileri sürmüştür. Tabloya Liechtenstein Prensi'nin Alman vatandaşlığında olması nedeniyle el konulmuştur. Köln'de 1991'deki sergide tablo Çek Cumhuriyeti tarafından Köln şehrine bırakılmıştır. Başvurucu Almanya aleyhine Strasbourg kurumlarına başvurmuştur. Mahkeme başvuruyu reddetmiştir.

Pellegrini davasıyla bu dava arasında farklılıklar vardır. Çekoslovakya kararı bir idare mahkemesi kararıdır. Fakat konu itibarıyla medeni haklarla ilgilidir. İkinci davada, Alman mahkemesinin yargılamayı reddi, başvuru-

²⁶⁸ Judgement of 23 March 1995, Series A. No. 310.

²⁶⁹ Pellegrini v. Italy, 20 July 2001, No. 30882/96, AİHM, 2001-VIII, pa. 47.

²⁷⁰ Liechtenstein v. Germany, 12 July 2001 (GC). No. 42527/98, AİHM, 2001-VIII.

cunun şikâyetleri ile Alman yargıcı arasında tesadüfi (rastlantısal) bir bağ olması nedeniyledir²⁷¹.

Kinsch'e göre, mahkeme kararları yapıcı veya bildirici olsun, temel haklar için bir vasıttır. Yabancı kararın tanınmasının reddi, sadece kararın for devletinde icra edilmeyeceğini göstermez. Aynı zamanda yabancı ülkede kararların veya açıklanan hakların tanınmasının reddi anlamına gelir. Zira bu haklar AIHS tarafından korunmaktadır²⁷². Örneğin başka bir yerde 8. maddeye göre aile hayatı haklarına ilişkin bir hak kazanıldığında, eğer taraflar aile statüsünü yabancı sisteme göre iyi niyetli kazanmışsa ve tarafların haklı beklentileri bunu gerektiriyorsa, kararın tanınması gerekir. Aynı husus mülkiyet hakkı için de söylenebilir (1 no'lu P. 1. md.). Bu prensip Strasbourg mahkemesince çeşitli kararlarda kabul edilmiştir²⁷³. Mary Green and Ajad Ferhat v. Malta kararında²⁷⁴, Malta vatandaşı bir kadının Libya'da yaptığı poligamik evliliğin geçerliliği reddedilmiştir. Peru'da yapılan evlat edinme işleminin tenfizi; Lüksemburg'un kanunlar ihtilafı kurallarına uymaması nedeniyle reddedilmiştir. Evlenmede bir mahkeme kararı olmadığı halde, aynı yaklaşım kabul edilmiştir. Bu bir durumun tanınması olabilir.

Usuli hakların tenfizine örnek olarak McDonald v. France kararı²⁷⁵ gösterilebilir. Fransız mahkemesi Florida mahkemesince verilen boşanma kararının tanınmasını reddetmiştir. Nedeni Fransız mahkemesinin 15. maddesindeki davalının Fransız olması halinde Fransız mahkemelerine yetki

²⁷¹ **Kinsch**, Patrick: "The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments – A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions", in (eds.) **Einhorn**, Talia/**Siehr**, Kunt: Intercontinental Cooperation Through Private (International Law, in : Essays Memory of Peter E., NYGH, The Hague, 2004, p. 198-227, s. 226.

²⁷² **Kinsch**, Patrick: "Enforcement as a fundamental right", NIPR (2014), P. 540-544, s. 540.

²⁷³ Wagner and JMWL. V. Luxembourg, 28 June 2009, No. 76240/01; Yunan mahkemesi, Amerikan evlat edinme kararını kamu düzenine aykırı bulmuştur. Zira keşişler evlenebilir ve çocuk evlat edinemez. Negrepointis-Giannisis v. Greece, 3 May 2011, No. 56759/08.

²⁷⁴ 6 July 2010, No. 38797/07; Taşyıcı anneye ABD'de doğan çocuğun babası adına nüfus kaydı Fransız mahkemesince kamu düzeni nedeniyle reddedilmiştir.

²⁷⁵ 29 April 2008, No. 18648/04.

veren hükümdür. Başvuru 8. maddeye değil²⁷⁶, 6. maddeye aykırılık nedeniyle yapılmıştır. AİHM kararın etkili tenfizinin adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiştir. Avrupa Mahkemesi içtihatları AİHS'ne garanti edilen haklar arasında yabancı mahkeme kararlarının tenfizini de saymıştır. Tanıma ve tenfizin reddi sözleşmesinin ihlali konusunda ciddi bir risk taşır²⁷⁷.

B. Avrupa Birliği'nde

ATAD, 1970'lerden beri, insan haklarını hukukun genel prensipleri olarak kabul edip, AİHM'yi bu prensiplere ışık tutan bir kaynak olarak ele alıyordu. 2009'da Lizbon andlaşmasının yürürlüğe girmesiyle AB insan hakları şartının bağlayıcı hale gelmesi ile özellikle AB vatandaşlarının hakları bakımından, fakat üye devletler ve AB dışında da uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktan etkilenmeye başlamıştır. ABAD kendisini öncelikle AB andlaşmalarının kabulü ve üye devletlerde uygulanması ile ilgili anayasa mahkemesi olarak görse de, özellikle insan hakları konusunda AİHM'nin kararlarından etkilenen bir uluslararası mahkeme rolünü oynamaktadır²⁷⁸.

ATAD'ın ilk kararları *Krombach v. Bambersky*²⁷⁹ ve onun arkasından gelen *Gambazzi v. Daimler* kararında²⁸⁰, ATAD 1968 Brüksel Sözleşmesinin 27(1). maddesini (Brüksel I. Tüzüğü 34(1))'i yorumlamıştır. ABA 6(3). madde temel haklara, üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri olarak saygı gösterileceğine ve AB Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi adil yargılanma hakkına ilişkindir. AB'ye üye ülkeler aynı zamanda Avrupa Konseyine de üyedir. Sorun 3. bir devletten verilen kararların AB ülkesinde tenfizindedir.

Burada konu üye devlet yargıcının 3. devletin kararının usulü kamu düzenine aykırılığını kendiliğinden mi dikkate alacağı, yoksa ilgili tarafın

²⁷⁶ Esasen boşanma hakkı ne 8. maddeye, ne de başka bir maddeye girmez. Bkz. *Johnston v. Ireland*, 18 December 1986, Series A. No. 112; *F.v. Switzerland* 18 December 1987, Series A. No. 128, pa. 38.

²⁷⁷ **Kinsch** (2014), s. 543.

²⁷⁸ **de Búrca**, Gráinne: "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?", 20 MJ 2, (2013), P. 168-184, s. 182.

²⁷⁹ March 28, 2000, Case C-7/98, (2000), ECR I-1935, pa. 28.

²⁸⁰ April 3, 2009, Case C-394/07, (2009), ECR I-2563.

ileri sürmesini mi bekleyecektir. İkinci görüşün kabulünü savunan görüş; bunu Brüksel I Tüzüğü'nün 34(2). maddesine dayandırmaktadır²⁸¹. ATAD, ASML Netherlands B.v. Semiconductor -Industry Services GmbH kararında²⁸², ilk olarak bu görüşü kabul etmiştir. Antauno Apostolidis²⁸³ kararında bu görüşünü doğrulamıştır.

Gıyabi kararlarla ilgili davalar 6. maddeye aykırı sayılmalıdır. Zira mahkemeye erişim hakkı ile ilgilidir. AIHM, ilk olarak Ashingdane v. United Kingdom²⁸⁴, daha sonra Geouffre de las Pradelle v. France kararında²⁸⁵, her üye devletin belli bir takdir hakkının olduğunu, fakat sınırlanan hakkın özüne dokunmaması gerektiğini kabul etmiştir. Aynı yaklaşım Gambazzi kararıyla²⁸⁶ ATAD tarafından da benimsenmiştir. Ortak hukuktaki *anti-suit injunction* kararının tenfiz edilmemesi ise adil yargılanma hakkını doğrudan bozan bir sebep teşkil etmez. Zira mahkemeye değil, kişiye yöneliktir²⁸⁷.

C. Türk Hukukunda

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde aranan asli şartlar arasında adil yargılanma hakkına uygunluk yer almaktadır (MÖHUK 54/1-ç). Bu hükmün uygulanması karşı tarafın itirazına bağlı olmakla birlikte, yargıç usuli kamu düzenine aykırılık nedeniyle (54/1/c) konuyu kendiliğinden de inceleyebilir. Tanıma ve tenfiz de adil yargılanma hakkına uygunluk, kararı veren mahkemenin hukukuna göre belirlenir. Kişinin o yer hukukuna göre, "hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir

²⁸¹ **D'Alessandro**, Elena: The Impact of Article 6 of the European Convention of Human Rights on the Enforcement of Foreign Judgments rendered in a non contracting State", *Zeitschrift für Zivilprozeß International* 15 (2010), P. 1-13, s. 6-7.

²⁸² December 14, 2006 Case C-283/05, (SEMIS) (2006) ECR I-12041.

²⁸³ April 28, 2009, Case C-420/07, Apostolides v. Oranus, (2009) ECR I-3571, pa. 80.

²⁸⁴ ECtHR, May 28, 1985, 7 EHRR 528, pa. 57.

²⁸⁵ ECtHR, Dec/2, 1992, A-253 P., pa. 28; ECHR November 22, 2007 Case Popovi v. Bulgaria, 9 Jun 2016, No. 39651/11 (2016), ECtHR 501, pa. 37.

²⁸⁶ ECJ Judgement April 2, 2009, Case C-394, 07 (2009), ECR I-2563.

²⁸⁷ **D'Alessandro**, s. 12-13.

şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş” olması tanıma (58/1. md.) ve tenfiz reddi sebebidir. Yargıtay 2. HD. bir kararında²⁸⁸, yabancı mahkemede görülen boşanma davasında tarafları aynı avukatın temsil etmesini kamu düzenine aykırı bulmuştur. Ayrıca yabancı kararın gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmediği 2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı kabul edilmiştir²⁸⁹.

Yargıtay HGK.'nin yeni tarihli bir kararında²⁹⁰ vasi tayini için yaşlı ve akıl hastası bir Türk'ün Türkiye'ye getirilmesinin, AİHS 6. maddesinde adil yargılanma hakkını ihlal edeceği, bu nedenle yetkinin münhasır bir yetki olmadığı ve Alman Mahkemesinin vasi tayinine ilişkin kararının Türkiye'de tanınabileceği kabul edilmiştir.

III. KANUNLAR İHTİLAFINDA

Milli mevzuat uygulamalarında AİHS 6(1). maddenin rolü var mıdır? Bu konu milli mahkemelerce yabancı hukukun uygulanması ile ilgilidir. Avrupa mevzuatında ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Kara Avrupasında başlangıç noktası, yargıcın yabancı hukuku res'en (*ex/officio*) uygulamasıdır. İngiltere'de ise yabancı hukuk bir olay olarak görülür, taraflarca iddia ve ispatı gerekir. Eğer taraflar yabancı hukukun uygulanması gerektiğini ispat edemezlerse, mahkeme *lex fori*'yi uygular²⁹¹.

Kara Avrupa'sı mahkemeleri res'en yabancı hukuku uygulamak zorundadır. Ancak taraflar yabancı hukukun içeriğini tesbit için yargıca yardım edebilir. Örneğin Hollanda'da ve İsviçre'de durum böyledir. İngiltere'de yabancı hukuka verilen anlam nedeniyle AİHS 6(1)'in etkisi hukukun içeriğinin belirlenmesinde sınırlıdır. Yabancı hukukun belli bir sürede ispat edilememesi halinde, uzman tanıklarla belirlenmesi de pahalıdır ve uzun sürer. İngiliz milli mahkemeleri medeni usul kurallarına göre bu uzman delillerini kontrol etme yetkisine sahiptir²⁹².

²⁸⁸ 2. HD. E. 7321, K. 20304, T. 23.11.2009.

²⁸⁹ YİİBGKK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012, RG. 20.9.2012/28417.

²⁹⁰ HGK. E. 2013/181628, K. 2015/894, T. 4.3.2015 (www.kazanci.com)

²⁹¹ Kiestra, s. 191.

²⁹² Cheshire, North&Fawcett, Private International Law (14th ed.), Oxford, 2008, p. 114, 117-119.

Ayrıca Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi vardır²⁹³. Avrupa Konseyine üye olmayan devletlere de açık olan bu sözleşmeye sadece üye olmayan 3 devlet taraf olmuştur²⁹⁴. İsviçre PIL Kanununa göre eğer yabancı hukukun içeriği tespit edilemezse, İsviçre hukuku uygulanır (16/2. md.). Hollanda'da böyle bir kural yoktur. AİHS 6(1)'in gereği olarak, adil yargılanma hakkının makul sürede gerçekleşmesi için benzer bir kural Hollanda'da konulmalıdır²⁹⁵.

AİHS'nin etkisi üç noktada birbirinden ayrılmalıdır: AİHS'nin yabancı uygulanacak hukuka ilişkin delil ve belgelerin istenmesindeki rolü, AİHS'nin yabancı hukukun lex fori'ye karşı uygulanmasını desteklemesi ve son olarak AİHS'nin yabancı hukukun uygulanmasında etkisi. İlk iki unsur yabancı hukukun uygulanmasının maddi sonuçları ile ilgilidir. Sonuncu ise usulü bir sorun olup, ilk ikisinden farklıdır²⁹⁶.

Bu konu ilk olarak 1975 yılında Komisyon'un önüne gelmiştir. X. v. Belgium and the Netherlands²⁹⁷ olayında; X evli olmayan bir Hollanda vatandaşıdır ve Hollanda kanunları evlât edinme hakkını sadece evli kişilere tanımıştır. O ilk olarak Hollanda'yı Komisyon'a şikâyet etmiştir. Komisyon başvuruyu reddetmiştir. X yaşadığı Belçika'da, Belçika vatandaşı bir çocuğa bakmakta ve onu evlât edinmek istemektedir. Belçika Medeni Kanunu buna izin vermekte (344. md.), ancak 3. madde her birinin kişisel statüsünü kendi hukukuna bırakmaktadır. Bu durumda başvuru Belçika'ya karşı yapılmalıdır. Komisyon'a göre, Belçika yargıcı, Hollanda hukukunu uygularken, Sözleşmenin herhangi bir maddesinin ihlalinden sorumlu olacaktır. Açıkça ifade edilmese de bu durum Belçika mahkemesinin takdirindedir ve herhangi bir ihlalden Belçika sorumlu olacaktır.

Burada sorulması gereken bir başka soru taraf olmayan 3. bir devletin hukuku uygulandığında, örneğin bu hukuk şeriat hukuku ise durum ne olacaktır? Türkiye'de bir politik partinin Türk hukuk sistemine şeriat hukukunu

²⁹³ CETS, No. 12, 7 June 1968.

²⁹⁴ Belarus, Costa Rica, Mexico

²⁹⁵ **Kiestra**, s. 193.

²⁹⁶ **Kiestra**, s. 193.

²⁹⁷ European Commission of Human Rights decision of 10 July 1975, DR 6, 75.

sokmak istemesi AİHM'nce reddedilmiştir²⁹⁸. Tarafların haklı beklentilerine yer verilse de, bir Dubai'linin taraf devlette ikinci eşini almasına veya eşini tek taraflı iradesiyle boşamasına izin verilmez. Zira bu AİHS 8. maddeye aykırıdır²⁹⁹.

AİHM önünde medeni konularda yabancı hukukun uygulanmasına özel olarak değinilen tek dava 6 Nisan 2004 tarihli Karelías and Huber v. Hungary and Greece davası³⁰⁰ olmuştur. Mahkeme kararında, Macaristan yetkililerinin Yunan hukukunun içeriğini ararken, kararın makul sürede verilmesi gereğini ihlal ettiğini kararlaştırılmıştır. Yabancı hukukun uygulanması çeşitli sorunları ortaya çıkarır. İlk olarak yabancı hukukun bulunması gerekir. Yargıç kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak, yabancı unsura göre bu hukuku belirler. Uygulanacak hukuk bulunduktan sonra onun uygulanması gerekir. Yabancı hukukun yorumu da önem taşır. Yabancı hukukun içeriği belirlenmelidir. Bunu ya mahkeme res'en belirler veya taraflar ispat eder. Yabancı hukukta boşluklar varsa doldurulmalıdır. Bunun için for'un hukuku veya başka bir hukuk kullanılabilir. Sonuçta ilk derece mahkemelerinin uyguladığı hukuk, temyiz mahkemesince denetlenir³⁰¹. Bu sorunlara yabancı hukukun bir vakia mı, hukuk mu olduğu konusundaki farklı sistemler nedeniyle farklı yaklaşılmaktadır³⁰². Melez (*hybrid*) veya ara (*intermediary*) gruplar ise orta yolu seçmişlerdir. İspanya ve Fransa gibi³⁰³.

Yabancı hukukun uygulanabilirliği ile uygulanması da birbirinden farklıdır. Bazı usul hukukları *iura novit curia* (hakim hukuku bilir) prensibinden hareket etmektedir. AİHK bir kararında³⁰⁴ Alman Medeni Kanununun 119. maddesindeki res'en uygulama kuralının 6(1). maddesinin ihlali olmadığına

²⁹⁸ Refah Partisi (The Welfare Party) v. Turkey (GC) 13 February 2003, No. 41340/98, pa. 128.

²⁹⁹ Kinsch, The Impact, s. 216.

³⁰⁰ 6 April 2004, No. 75116/01.

³⁰¹ Stuij, Steven: "Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR" in (eds.) Paulussen, C./Takács, T. v. von Rompuy, B.: Fundamental Rights in International and European Law, The Hague, 2016, s. 191.

³⁰² Stuij, s. 192.

³⁰³ Stuij, s. 193.

³⁰⁴ X & Co. v. The Federal Republic of Germany (dec), No. 3147/67, CD 27, p. 119-127.

karar vermiştir. Oysa İngiliz hukukunda böyle bir sistem yer almamaktadır. Bazı yazarlar, taraflara uygulanacak hukuk konusunda fikirlerini doğrulama imkânı tanınmamasını silahların eşitliği ilkesine (*audite et alteram partem*) aykırı bulmaktadır³⁰⁵. AİHM çekişmeli yargı hakkı nedeniyle tarafların hukuki iddia ve savunmalarını ileri sürebilmelerini istemektedir³⁰⁶.

Ancak bunun mahkemenin kararını etkileme riski vardır³⁰⁷. Ayrıca mahkeme kararı gerekçeli olmalıdır. Yabancı hukuku uygulayan mahkeme için ayrıntılı sebepleri vermek önemli olabilir. Ancak bu husus her zaman 6(1)'in ihlali anlamına gelmez. Söz konusu kararın bir üst mahkemece etkili denetiminin (*effective remedy*) yapılabilmesine bağlıdır³⁰⁸. Yabancı hukukun içeriğini belirlemek için yapılan bilirkişi raporlarında, bilirkişinin tarafsızlığı ve kararın makul bir süre içinde verilmesi de önem kazanmaktadır³⁰⁹.

Yabancı hukukun belirlenememesi halinde, davanın reddinin 6(1). maddenin ihlali anlamını gelip gelmeyeceği sorulabilir. AİHM Golder kararında³¹⁰ mahkemeye erişim hakkının, ihkakı haktan imtina (*denial of justice*) yasağını da içerdiğini kabul etmiştir. Diğer bir yol *lex fori* veya başka bir hukukun uygulanması olabilir. Ancak bir ikame hukukun uygulanması, Sözleşme'de yer alan başka hakların ihlali sonucunu doğurabilir³¹¹.

³⁰⁵ **De Boer**, Th. M.: "Facultative Choice of Law: the procedural status of choice-of law rules and foreign law, RdC 1996, No. 257, P. 223-427, s. 324; **Bogdan**, M.: "Private international law as component of the law of the forum: general course on private, international law", RdC, 2011, No. 348, P. 9-252, s. 109.

³⁰⁶ *Andrejeva v. Latvia*, No. 55707/00, 18 February 2009, pa. 99. *Clinique des Acacias and others v. France*, 14 October 2005, No. 65399/01, 65406/01, 65407/01.

³⁰⁷ *Hudáková v. Slovakia*, 27 April 2010, No. 23083/05, karşı. *Ringier Axel Springer Slovakia A.S. v. Slovakia*, 40 October 2011, No. 35090/07, pa. 84-86.

³⁰⁸ **Stuij**, s. 197.

³⁰⁹ **Stuij**, s. 197, 200, 202.

³¹⁰ *Golder v. The United Kingdom*, No. 4451/70, 21 February 1975, Series A., No. 18, pa. 34-36.

³¹¹ **Stuij**, s. 205-206.

IV. MİLLETLERARASITAHKİMDE

A. Tahkime Gidilmesi Adil Yargılanma Hakkını İhlal Eder Mi?

AİHM Zamet-Budowa Maszyn Spółka Akeyjna v. Polonya kararında³¹², başvuru şirket banka ile yaptığı sözleşmede uyuşmazlığın hakeme götürülmesi konusunda anlaşmadıklarını iddia etmiştir. Başvuru mahkeme bankaya aleyhine iki dava açmıştır. 2009 da Bölge Mahkemesi akitteki hakem şartı nedeniyle bankanın bu iddiasını kabul etmemiştir. Mahkeme ayrıca akdin geçersiz olup olmadığının tarafların iradesine bağlı olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, tahkim şartı silahların eşitliği ilkesini garanti etmemesi nedeniyle etkisiz olabilir. Hakem Divanı, Polonya Bankalar Topluluğunca kurulmuştur ve davalı banka onun bir üyesidir. Davalı banka kararı temyiz etmiştir. 25 Ağustos 2009'da İstinaf Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bu gerekçesini reddetmiştir. Akitteki tahkim şartının geçerli olduğunu ve Tahkim Divanınca incelenebileceğini kabul etmiştir.

Karar Yüksek Mahkeme'de temyiz edilmiştir. 18 Haziran 2010'da Yüksek Mahkeme başvuru hukukunun hakemliğe itiraz talebini reddetmiştir. Bu konunun taraflarca serbestçe kararlaştırılabileceğini benimsemiştir. Hakem Divanının tarafsızlığı konusundaki iddiaları da red eden mahkeme, buna gerekçe olarak Usul Kanunu'na göre, hakemler hakem kararını geçersiz ve batıl sayabilirler görüşüne yer vermiştir.

AİHM, Polonya Usul Kanunu'nun 1161/2. maddesine göre, tahkim şartının tarafların eşitliği ilkesini bozması halinde etkisiz olacağına dair hüküme karşı, hakem kararının milli mahkemelerin denetiminde olduğunu, ayrıca bazı davaların hakemlikte çözülemeyeceğini ve kararın Polonya'nın temel hukuk kurallarına aykırılığı halinde mahkemece bozulabileceğini gözönüne almıştır. Ayrıca Kanun'un 1212. maddesine göre, hakem kararının tanınması ve tenfizinde mahkeme kamu düzeni nedeniyle kararı reddedebilir. Bu şartlar altında, tahkimde görülen davanın AİHS 6/1 md. ve 13.md. ye aykırılığı söz konusu değildir.

³¹² App. No.1485/11, 17 September, 2015.

B. Uygulanacak Hukuk Denetimi

1. Taraflarca Milli Bir Hukukun Belirlenmesi Halinde

Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin esasa uyguladıkları hukukun mahkemelerce denetimi önemli bir sorundur. Tarafların uygulanacak hukuku belirlemedikleri durumlarda hangi kanunlar ihtilafî kurallarının esas alınacağı önem taşır. Tahkimin *lex fori*'si olmadığı bilinmektedir. Hakem kararlarının temyiz veya iptali söz konusu olabilir.

Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nin VII. maddesine göre tarafların esasa uygulanacak hukuku belirlemeleri durumunda, hakemler uygun gördükleri kanunlar ihtilafî kurallarının tayin ettiği hukuku uygulayacaktır. Taraflarca seçilen kanunlar ihtilafî kuralları veya tarafların seçtiği hukukun uygulanmaması bazılarında göre kamu düzenine aykırılık teşkil ederken, bazıları hakemlerin kendilerine verilen yetkiyi aştıklarını iddia etmektedir. Taraflar uyuşmazlığın MTO tahkim kurallarına tâbi olarak Cenevre'de çözülmesini öngörmüşken, hakemler sözleşme hukukunun milletlerarasında kabul gören prensiplerini uygulayabilirler³¹³. Avrupa Sözleşmesinin IX. maddesinde iptal sebepleri arasında kamu düzenine aykırılığa yer verilmemiştir. Bu nedenle iptal davası açılabilir, kararın tenfizine engel teşkil etmez³¹⁴.

Hakemlerin yetkilerini aşmaları açısından bakıldığında, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk veya kanunlar ihtilafî kurallarını belirlemeleri ve bu esaslara uyulmaması halinde hakemlerin yetkisini aştığı söylenebilir³¹⁵. Bu neden kararın temyizi veya iptali aşamasında ileri sürülebileceği gibi, tenfize engel bir neden de oluşturabilir. Eğer taraflar bu hususları kararlaştırmamışsa, yetkili hukukun belirlenmesini hakemlere bıraktıkları söylenebilir³¹⁶.

³¹³ Akıncı, Ziya: "Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi", BATİDER, C.17, S. 3, Haziran 1994, s. 128.

³¹⁴ Akıncı, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 129.

³¹⁵ van den Berg, Albert: The New York Arbitration Convention of 1958, The Hague, 1981, s. 312.

³¹⁶ Akıncı, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 130-131.

2. Milli Hukuk Dışı Kuralların Belirlenmesi Halinde

Taraflar hakemlerin uygulayacağı hukuk olarak milli hukuk dışı kuralları seçebilir. Hakemlerin *lex mercatoria*'ya göre karar vermeleri halinde devlet yargısının müdahale edeceği bir durum söz konusu olmayacaktır. Taraflar yetkili hukuku belirledikleri halde, hakemlerin buna aykırı olarak *lex mercatoria*'yı uygulaması halinde hakemlerin yetkiyi aştıkları gündeme gelebilir³¹⁷.

Avrupa Sözleşmesinin VII(1). maddesinde yetkili hukuk taraflarca belirlensin veya belirlenmesin hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde sözleşme hükümlerini dikkate alacağı kabul edilmektedir³¹⁸. Hakem kararının zorlayıcı gücünün mutlaka kararın verildiği yer hukukuna dayanması gerekmez. Aksine tahkimin milli yargıdan kaçması gerekir. Tarafsızlık nedeniyle seçilen yerin (*situs*) taraflarla hiçbir bağlantısı bulunmamaktadır³¹⁹. *Situs* genellikle tarafların ikametgâhına göre, coğrafi uygunluk nedeniyle seçilir. Taraflardan biri karşı çıkarsa, bu yeri ICC belirler. Üstelik hakemler Paris'te toplansa bile, "mahalli usul hukukunun" uygulanması gerekmez. Diğer yandan Londra'da veya Stockholm'daki Tahkim Enstitüsünde yapılan tahkimlerde bu devletlerin hukukunun uygulaması doğaldır. Uluslararası hakemler ise evrenselcidir³²⁰. Hakem kararının verildiği yer hukukundan ayrılmasını (*delocalistion*) savunanlar, her türlü hukuktan bağımsız olmadığını ve *Situs*'tan ayrılan bu hakem kararının tenfiz sırasında tenfiz mahkemesi hukuku tarafından kabul edildiğini belirtir³²¹. Zira New York Sözleşmesinin V(1)(c) bendi verildiği yerde iptal edilen kararın red edilebileceğini ifade etmiştir. Mutlaka reddini değil³²².

Hakemlerin toplandığı yerin hukukunun rolü, New York Sözleşmesinin V(1)(d) maddesine göre ikincil ve tamamlayıcıdır. İkincildir: Eğer taraflar bu konuda bir hukuk kararlaştırmamışlarsa uygulanır. Tamamlayıcıdır:

³¹⁷ Akıncı, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 133.

³¹⁸ Aynı çözüm UNCITRAL 28/4.maddede vardır.

³¹⁹ Paulsson, Jan: "Delocalisation of International Commercial Arbitration: Whan and Why It Matters", 32 ICLQ, (1983), P. 53-61, s. 53-54.

³²⁰ Paulsson, s. 56.

³²¹ Paulsson, s. 57.

³²² Paulsson, s. 61.

Tarafların anlaşmasında yer alması gerekmez. Hakemlerin toplandığı yer hukuku anlaşmadaki boşlukların doldurulmasında kullanılır³²³. Ayrıca hakemler *lex mercatoria*'yı da uygulayabilir. Bu kuralların uygulanmasına taraflar karar verebileceği gibi, uygulanacak hukukun kuralları da buna izin verebilir³²⁴. ICC kuralları tarafların anlaşması olmasa dahi, hakemlerin uygun gördükleri kuralların (*rules of law*) uygulanmasını öngörmektedir.

3. Tarafların Hakkaniyet ve Nesafete Göre karar Verilmesini Benimsediği Hallerde

Hakemler bazen uyuşmazlığı dostane aracı (*amicable compositeurs*) olarak çözümlenebilir. Bazen de taraflar hakemlere uyuşmazlığı “hakkaniyet ve nesafete” (*ex aequo to et bono*) göre çözümlenebilir yetkisi verir. Bu durumda hakemler daha esnek davranabilir³²⁵. Birçok hukuk sistemi gibi, Türk hukuku da bu tür çözüme izin vermektedir.

New York Sözleşmesinin V(1)(c) maddesi hakemlerin kendilerine verilen yetkiyi aşmaları durumunu bir tenfizi red sebebi olarak belirlemiştir. Tarafların uygulanacak hukuku belirledikleri hallerde, hakemlerin bu hukuku dikkate almaması, hakemlerin yetkilerini aştıkları anlamına gelir. Avrupa (Cenevre) Sözleşmesinin VII. maddesine göre, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde, hakemler uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kurallarının belirlediği hukuku uygularlar³²⁶.

Tarafların yetkili hukuku belirlediği durumlarda, hakemlerin *lex mercatoria*'a uygun karar vermesi yine hakemlerin yetkilerini aştığı anlamına gelir³²⁷. Hakemlerin dostane aracı olarak uyuşmazlığı çözmesi için “hakkaniyet ve nesafete” göre karar vermesini taraflar tercih edebilir³²⁸.

³²³ van den Berg, s. 325.

³²⁴ Redfern/Hunter, on International Arbitration, 5th, ed., Oxford, 2009, s. 226.

³²⁵ Redfern/Hunter s. 228. Redfern/Hunter, on International Arbitration, 5th, ed., Oxford, 2009, s. 226.

³²⁶ Redfern/Hunter

³²⁷ Akıncı, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 127.

³²⁸ Akıncı, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 133.

Ancak Yargıtay'ın 28.1.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme kararında³²⁹ belirtildiği gibi, hakemler “esas olarak hakkaniyet ve nesafete göre karar verir” ifadesi yanlış sonuçlara götürebilir. Eğer taraflar belli bir hukuk seçmişse hakemler bu kurallara göre karar vermelidir ve buna uyulmaması temyiz nedeni olabilir. Ancak burada varılan sonuçla, hakemlerin verilen hükmün doğruluğunu denetlemesi birbirinden tamamen farklıdır. Temyiz mahkemesinin böyle bir yetkisi olmamalıdır³³⁰. Ne Avrupa Sözleşmesi (IX), ne de HMUK 533, hakemlerin hukuku doğru uyguladıklarının denetimini öngörmemektedir. Bu konu New York Sözleşmesine göre tenfiz reddi sebebi de değildir. Hakemlerin kararlarını genellikle gerekçesiz verdiği göz önüne alındığında hakemlerin hukuk kurallarını göz ardı etmeleri, tenfizi engellemekle birlikte, hukuk kurallarını yanlış yorumlamasının tenfize engel teşkil etmediği kabul edilmektedir³³¹.

V. YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNDE

A. Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı

1. Tarafsızlık

Tarafsızlık (*impartiality*) hakemin taraflardan birisi ya da onun savı konusunda yargılamanın sonucuna etki edecek bir görüşe sahip olmamasını ifade eder. Bu konu soyut ve subjektif nitelik taşıdığından ispatı zordur³³². Bu sebeple taraf tercihi ve sonuç tercihinin dayanabilir. Taraf tercihi hakemin tarafsızlığını önleyici sebepler, hakemin taraflardan biri ile milliyet, ırk, politik görüş gibi benzer özellikler taşıması ya da profesyonel, siyasi, sosyal, ticari bir yakınlığının olması ya da temsil ilişkisinin bulunmasıdır. Sonuç tercihi ise, hakemin davadan önce taraflardan hangisinin haklı olduğu

³²⁹ YİBK. E. 1993/4, K. 1994/1, (1994), Yargıtay Kararları Dergisi, C.20, Sa. 4, Nisan 1994, s. 520.

³³⁰ Akıncı, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 144.

³³¹ Akıncı, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 138.

³³² Kayalı, Didem: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara, 2015, s. 22.

konusunda bir kanaatinin bulunmasıdır. Hakemin, tahkim yargılamasından önceki görüşleri bu anlama gelebilir³³³.

ABD hukukunda kullanılan bir başka kavram “nötrlük”tür. Burada aranan heyete başkanlık edecek 3. hakimin nötr (*neutral*) olmasıdır. Taraflardan biri ile aynı vatandaşlığı taşıyan bir hakemin nötr olmadığı kabul edilmektedir³³⁴.

2. Bağımsızlık

Bağımsızlık (*independence*) hakemin taraflardan biri ya da avukatıyla profesyonel, kişisel ya da ailevi ilişkisinin bulunmaması anlamına gelir³³⁵. Hakemlerle taraflar ya da onların avukatları arasında hakemin karar verme özgürlüğünü etkileyecek geçmiş ya da güncel bir ilişkinin olmamasını zorunlu kılar³³⁶.

Hakemlerin bağımsızlığı objektif kıstaslara dayanmalıdır. Örneğin taraflardan birinin avukatlığını yapan danışmanlık, ortaklık veya dostluk ilişkisi bulunan kişiler bağımsız olamaz. Ancak hakemle taraf arasındaki ilişkiyi tespit yeterli değildir. Bu ilişkinin hakemin karar verme özgürlüğünü etkileyip etkilemediği de önemlidir³³⁷. İngiltere’de verilen bir kararda³³⁸, mahkeme; hakemin taraflardan birinin avukatıyla aynı odada (*chamber*) çalışmasının, hakemin bağımsızlığı konusunda haklı bir şüphe yaratmayacağı kabul etmiştir.

Doktrinde “tarafsızlık kararının adaletin sağlanması, bağımsızlık kavramının ise adaletin sağlanmış görünmesini temine hizmet ettiği” ifade edilmiştir³³⁹. Yine de her iki kavram birlikte kullanılmaktadır³⁴⁰.

³³³ **Kayalı**, s. 23.

³³⁴ **Kayalı**, s. 24.

³³⁵ **Redfern/Hunter**, s. 217.

³³⁶ **Kaplan**, Y.: “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi,”. MHB, 2001, C. XXI, S. 1-2, s. 43-44.

³³⁷ **Kayalı**, s. 20-21.

³³⁸ *Laker Airways Inc v. F.L.S. Aerospace Ltd. and Another* (2000), 1 WLR 113.

³³⁹ Bkz. **Kayalı**, s. 26, dn. 41.

³⁴⁰ **Redfern/Hunter**, s. 267-268.

3. Tarafsızlık ve Bağımsızlığın Tahkim yargılamasında Önemi

Adil yargılanma hakka AİHS 6/1. maddede esas olarak mahkemeler için belirlenmiştir. Sözleşmenin esas amacı bireyin özel hayatına devlet müdahalesinin önlemesidir. “Kanunla kurulmuş mahkeme” ifadesi geniş yorumlanabilir. Tahkime başvurmakla taraflar usuli haklardan değil, sadece devlet mahkemesine başvurma hakkından feragat etmiş olurlar³⁴¹. Uygulamada tahkim yargılamasında mahkemelerin rolü açısından; mahkemenin hakem seçmesi, hakemin reddi, hakem kararının verildiği yer mahkemesince iptali veya tenfiz sırasında adil yargılanma hakkının rol oynayacağı kabul edilmektedir³⁴².

Tarafsızlık ve bağımsızlık AİHM'nin kabul ettiği usuli gereklilikler arasındadır. Bağımsızlık yürütme, parlamento ve dava tarafları konusunda bağımsızlığı ifade eder. Değerlendirme ölçütleri üyelerin atanma şekli ve görev süresi, dış baskılara karşı güvence ve bağımsızlık görüntüsü olup olmadığıdır³⁴³.

Yargıtay HGK.nu bir kararında³⁴⁴, tarafların terditli hakem seçiminin geçerli olduğunu kabul etmiştir. Zira taraflar Stockholm Ticaret Odası Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmışlardır. Ancak ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme bu düzenlemeyi Türk kamu düzenine aykırı bulmuştur. Zira bu husus, “taraflardan her birine tanınmış olan tarafsız yargılanma kavramı ile bağdaşmaz”³⁴⁵. Böyle bir düzenleme kararın tenfizinde kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Tarafsız yargılamayı ihlal eder ve taraflardan birine üstünlük tanınmasına ilişkin bu karar tenfiz edilemez³⁴⁶.

³⁴¹ **Besson**, Sébastien: “Arbitration and Human Rights”, ASA Bulletin, 2006, Vol. 24, No. 3, P. 395-416, s. 401.

³⁴² **Besson**, s. 399; **Yeşilova**, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir, 2008, s. 140.

³⁴³ 6. Madde Rehberi, s. 25 vd.

³⁴⁴ HGK. T. 9.06.1999, E. 1999/19-468, K. 1999/489; YKD. 2/2000, s. 183-186.

³⁴⁵ **Nomer**, Ergin: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, MHB, Yıl 19-20, 1999-2000, P. 555-576, s. 561.

³⁴⁶ **Nomer**, Kamu Düzeni, s. 562.

Tarafsızlık ise önyargı veya yanlılık olmamasını ifade eder. Tarafsızlığın belirlenmesinde yargıcın şahsi inancı gibi konularda subjektif yöntem ve mahkemenin yeterli güvenceler verip vermediği konusunda objektif yöntem uygulanır³⁴⁷. Hakemi seçme hakkının sadece taraflardan birine verilmesi, tarafsızlık ilkesini zedeleyebilir. Ya da bir hakemin taraflı olduğu savı ile reddini isteyen tarafın bu talebinin reddi de bu ilkeye aykırı olabilir.

a. Bildirim Yükümlülüğü

Hakem kararı öncesi denetim mekanizmalarından biri bildirim yükümlülüğüdür. Hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığı ile ilgili tüm hususları bildirmeleri gerekir³⁴⁸. Bildirimin yükümlülüğünün amacı hakemlerin reddi sebepleri hakkında taraflar ve tahkim kurumunu bilgilendirmektir. Bu suretle tahkime duyulan güven artar³⁴⁹. Ancak bu usulün tahkim sürecini uzatmak isteyen taraf için yeni fırsatlar yaratıp, kötüye kullanılabilceği de ileri sürülmüştür³⁵⁰.

UNCITRAL Model kanun bu konuda “haklı şüphe” kıstasını kullanmıştır (12/1. md.). Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO 1036/1)nda “müstakbel hakemlerin tarafsızlık veya bağımsızlıklara ilişkin şüpheye yol açabilecek” hal ve şartları bildirme yükümlülüğünden söz edilmiştir. Avusturya Medeni Usul Kanununda da benzer bir hüküm kabul edilmiştir (2006). Fransız Tahkim Kanunundaki değişiklik (1456/2. md.), hakemlere tarafsızlık ve bağımsızlığını etkileyecek hal ve şartları belirtmek görevi verilmiştir³⁵¹. ICC Tahkim Kurallarının 1 Ocak 2012’de yürürlüğe giren değişikliklerinde (11/2-3. md.) hakemlerin bağımsızlığı için tarafların bakışına göre (subjektif) kıstas esas alınmış ve tarafsızlık eklenmiştir³⁵².

³⁴⁷ 6. Madde Rehberi, s. 28.

³⁴⁸ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, on International Law Commercial Arbitration (eds. **Gaillard**, Emmanuel/**Savage**, John), The Hague, 1999, s. 577-578; **Redfern/Hunter**, s. 268.

³⁴⁹ **Kalpsüz**, Turgut: “Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2 Mart 2008, Ankara, 2008, P. 27-52, s. 43; **Kayalı**, s. 77.

³⁵⁰ Bkz. **Kayalı**, s. 78, dn. 305.

³⁵¹ **Özsunay**, s. 354.

³⁵² **Özsunay**, s. 390.

4686 sayılı MTK.nun 7/c maddesinde Model kanundaki gibi “devam eden bildirim yükümlülüğü” ilkesine yer verilmiştir³⁵³. Kalpsüz, bağımsızlık bildirimini taraflara karşı yapılacağından “tarafların gözünde gerçekleşecek haklı şüphenin” esas alınması gerektiğini ileri sürmüştür³⁵⁴. AAA (American Arbitration Association) Ticari Tahkim Kuralları 2013 tarihli yeni halinin 17. maddesinde de tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin haklı şüphelere yol açabilecek hallerin ve şartların bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir³⁵⁵.

b. Hakemlerin Reddi

Tarafsızlık ve bağımsızlık şartlarını taşımayan hakemlerin reddi gündeme gelebilmektedir. Aksi yönde önceki bir anlaşma ile bu haktan vazgeçmek kamu düzenine aykırılık teşkil eder³⁵⁶. Hakemin reddinin kabulü için, bu talebin; hakemin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektiren durum ve şartlar öğrenilir öğrenilmez yapılması gerekir³⁵⁷. Bunun için genellikle belli bir süre öngörülür.

UNCITRAL Model Kanunda hakemlerin reddi sebepleri 12/2. maddede düzenlenmiştir. Hakemlerin reddi için objektif test benimsenmiştir. Makul üçüncü kişi nezdindeki haklı şüphe esas alınmıştır³⁵⁸. Model Kanunun 13. maddesinde ise usul hükümleri yer almıştır. Hakemin reddinin süreci geciktirme için kullanılmasını önlemek için katı süre şartlar konmuştur. Taraflar, ilgili hakemin tarafsızlığı veya bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektiren haklı sebebi öğrendikleri andan itibaren 15 gün içinde hakemin reddini istemek zorundadır. Aksi halde, bu haklarından feragat etmiş sayılırlar³⁵⁹.

İngiliz Tahkim Kanununda (1996) ise hakemin tarafsızlığına ilişkin haklı şüpheler halinde hakemin reddi için mahkemeye başvurulabileceği

³⁵³ **Kalpsüz**, Tarafsızlık ve Bağımsızlık, s. 48.

³⁵⁴ **Kalpsüz**, Tarafsızlık ve Bağımsızlık, s. 52.

³⁵⁵ Bkz. **Kayalı**, s. 104.

³⁵⁶ **Kayalı**, s. 108.

³⁵⁷ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 586.

³⁵⁸ **Born**, Gary B.; *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, V. I, Kluwer Law, 2009, s. 1477.

³⁵⁹ **Redfern/Hunter**, s. 285-286.

hüküm altına alınmıştır (24. md.). Bu konuda objektif test kullanılacaktır. Süre konusunda bir açıklık bulunmamaktadır³⁶⁰. Fransız Medeni Usul Kanununda yapılan 2011 değişikliği ile hakemlerin reddi konusunda (1456/3. md.) tarafların anlaşamamaları halinde, sonucun tahkimi idare etmekle görevli biri, yoksa hakim tarafından çözüleceği, red başvurusunun durumun tespitinden itibaren bir ay içinde yapılması gerektiği kabul edilmiştir.

İsviçre DÖH Kanunu (IPRG) da hakemlerin bağımsızlığı konusunda tek hüküm, hakemlerin reddine ilişkin 180. maddedir. Taraflarca kararlaştırılan özellikler taşııyorsa, tahkim kuralları çerçevesinde bir ret sebebi varsa ya da bağımsızlığa ilişkin haklı şüpheye yol açacak durumlarda bir hakemin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Bu kavramın tarafsızlığı da kapsadığı kabul edilmektedir³⁶¹. IPRG de taraflara hakemlerin ret usulünü belirleme özgürlüğü tanımıştır. Taraflar bir anlaşma yapmamışsa red sebebinin 180/2. maddeye göre gecikmeksizin bildirilmesi gerekir³⁶².

MTK'nın 7/C maddesinin 2. fıkrasında "bir hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hâl ve şartların gerçekleşmesi halinde reddedileceği" hükmü yer almaktadır. Ayrıca red sebebi olarak sadece tarafsızlık ele alınmıştır. Ancak bu hükmün bağımsızlığı da kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği savunulmuştur³⁶³. Ayrıca taraflardan birinin kendi atadığı hakemi, atamadan sonra öğrendiği sebeplerle reddine ilişkin bir hüküm MTK'da yer almamaktadır. Hakemlerin atanmasından sonra tarafsızlık ve bağımsızlığın değerlendirilmesinde "haklı şüphe" kavramı objektif standartlara göre belirlenmelidir³⁶⁴.

ICC Tahkim Kurallarının 14. maddesinde (2012) eski kural aynen korunmuştur. Milletlerarası Tahkim Divanı, hakemlerin reddinin değerlendirilmesinde tek yetkili mahkemedir. Bu konuda Divanın sınırsız takdir yetkisi vardır. Red başvurusu için taraflara tanınan süre 30 gündür.

³⁶⁰ Bkz. **Kayalı**, s. 114.

³⁶¹ Bkz. **Kayalı**, s. 129.

³⁶² **Kayalı**, s. 130.

³⁶³ **Kalpsüz**, Tarafsızlık ve Bağımsızlık, s. 49; **Yeşilova**, Yardım ve Denetim, s. 605-608.

³⁶⁴ **Kayalı**, s. 132.

c. Hakem Kararlarının İptali Sebebi Olarak Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Hakem kararı verildikten sonra aleyhine temyiz yoluna gidilmesi veya iptali davası açılması mümkündür. Milletlerarası Tahkimde iptal yolunun tercih edildiği bilinmektedir³⁶⁵. Model Kanununun 34. maddesinde yer alan iptal sebepleri, New York Sözleşmesinin V. maddesindeki tenfizî red sebepleri ile aynıdır. Bu sebepler: 1- Hakem heyetinin teşkilinin veya tahkim usulünün tarafların anlaşmasına, anlaşma yoksa tahkim yeri hukukuna uygun olmamasıdır. Ancak iptal talebinde bulunan tarafın, tahkim yargılaması sırasında tarafsızlık ve bağımsızlığa aykırılık iddiasıyla hakemin reddini talep etmemesi halinde bu hususu iptal sebebi olarak ileri süremeyeceği kabul edilmiştir³⁶⁶. Karar verildikten sonra öğrenilen durumlarda bu kural uygulanmaz³⁶⁷. 2- Tarafsızlık ve bağımsızlık bakımından önem taşıyan ikinci iptal sebebi, hakem kararının tahkim yeri ülkesinin kamu düzenine aykırı olmasıdır.

Yeni Fransız Medeni Usul Kanununun 1520. maddesinde, hakem heyetinin usule uygun bir şekilde kurulmaması, hukuka uygun usul ilkesinin ihlali ve kararın milletlerarası kamu düzenine aykırı olması iptal sebebi sayılmıştır³⁶⁸. ABD Federal Tahkim Kanununun (FAA) 10. maddesinde hakemin açıkça taraflı davranması ya da yolsuzluk yapması iptal sebebi olarak yer almıştır³⁶⁹.

İsviçre DÖH kanununun (IPRG)'nin 190/2. maddesi, iptal sebepleri arasında hakem heyetinin usulüne uygun kurulmaması ve kamu düzenine aykırılık sayılmıştır. Burada ele alınan İsviçre kamu düzenidir. AİHM 23 Şubat 1999 tarihli *Suovaniemi and others v. Finland* kararında³⁷⁰, tarafların bazı haklardan vazgeçebileceğini, bunlar arasında aleni yargılama hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Ayrıca sözleşmede milli mahkemelerden hakem

³⁶⁵ **Kalpsüz**, T.: "Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri", BATIDER, 1999, C. XIX, S. 1, s. 26.

³⁶⁶ **Kayalı**, s. 148.

³⁶⁷ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 936.

³⁶⁸ **Fouchard/Gaillard/Goldman**, s. 948.

³⁶⁹ **Kayalı**, s. 154.

³⁷⁰ App. No. 31737/96.

usulünün 6. maddeye uygun olmasının garanti etmesini istenemeyeceği kabul edilmiştir³⁷¹. 6(1). madde tahkime uygulanır olmakla birlikte, taraflar iptal davasından vazgeçebilir³⁷².

MTK'nun Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu başlıklı V. bölümündeki 15. maddede, hakem kararının iptali düzenlenmiştir. Hakem heyetinin usule uygun kurulmaması ve kamu düzenine aykırılık iptal sebebi olarak sayılmıştır. Ayrıca tahkim yargılamasının, tarafların anlaşmasına veya kanun hükümlerine uygun yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması da iptal sebepleri arasında sayılmıştır. Diğer bir iptal sebebi, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesidir. Ayrıca kamu düzenine aykırılık da iptal nedenidir³⁷³.

B. Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York sözleşmesinde hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmamasının, tenfize etkisi konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, hakem heyetinin usulüne uygun kurulmaması (V/1/d) ve kamu düzeni ihlali (V/2/b) tenfiz engeli oluşturur. New York Sözleşmesinin V/2/b maddesinin, hem maddi hem de usuli kamu düzenini kapsadığı, hakemlerin taraflı ve bağımlı davranışlarının tenfizi red sebebi olduğu kabul edilmektedir³⁷⁴. Uygulamada hakemlerin fiilen önyargılı davrandıkları davalarda da tenfizin reddedildiği iddia edilmiştir³⁷⁵.

MÖHUK 62/1/b maddesinde kamu düzenine aykırılık tenfizin reddi sebepleri arasında sayılmıştır. Oysa sözleşme'de tenfiz yeri ülkesinin kamu düzenine aykırılıktan bahsedilmiştir. MÖHUK'daki hükmün milletlerarası kamu düzenini içerecek genişlikte olduğu kabul görmektedir³⁷⁶. Hakemlerin tarafsız ve bağımsız davranması da, kamu düzenine aykırılık kapsamında ele

³⁷¹ Commission 27 Nov. 1996, Nordstrom v. Netherlands, App. No. 28101/95.

³⁷² Besson, s. 405.

³⁷³ Kalpsüz, T.: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. bs., 2010, s. 140-141.

³⁷⁴ Born, Arbitration, s. 1631, Nomer, Kamu Düzeni, s. 563-564.

³⁷⁵ van den Berg, s. 20.

³⁷⁶ Kalpsüz, Tahkim, s. 190.

alınmaktadır³⁷⁷. Hakemin tarafsızlık ya bağımsızlığına ilişkin şüphe ancak kararda somutlaşırsa kamu düzeni ihlalinden bahsedilebilir³⁷⁸. Buna karşın haklı şüphenin yeterli olduğu, mutlaka kararı etkilemesinin aranmaması gerektiği de doktrinde savunulmuştur³⁷⁹. Konu, Yargıtayın Keban barajı kararıyla gündeme gelmiştir³⁸⁰.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yeni bir kararına konu olan davada, hakemin seçilmesinde sözleşmedeki usule uyulmayıp, hakemin mahkeme tarafından tayin edildiği ve genel mahkemelerde derdest bir dava varken, derdestlik itirazının reddedilerek,³⁸¹ davalının tahkimden vazgeçmiş sayıldığı, tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmediği, kararın kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla hakem kararının iptali talep edilmiştir. HMK 439. maddede iptal sebepleri arasında yer almayan “hakem heyetinin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığının incelenmesi” talebi, kararın esası tartışma konusu yapılamayacağı için reddedilmiş ve kararın iptali talebi kabul edilmemiştir.

Taraflardan birine tanınan üstünlük hakemlerin bağımsızlığına ve tarafsız yargılanma hakkına etkilidir³⁸². Kamu düzeninin tanıma ve tenfizde yumuşatılmış bir etkisinin (*effet atténué*) olduğu kabul edilmelidir³⁸³. Tahkim usulünde ise kişilerin iradelerine geniş bir yetki alanı tanınmıştır. Usul hukukunun asli bir prensibi olan tarafsız yargılama, hakem usulünde daha hoşgörülü olarak ele alınabilir. Tarafsızlık konusunda bir ihlalin “somut olay ve belirtilerini” taşıması halinde kararın tenfizi kamu düzenine aykırılık sayılabilir³⁸⁴.

³⁷⁷ **Kalpsüz**, Tahkim, s. 230; **Nomer**, Kamu Düzeni, s. 560-564.

³⁷⁸ **Nomer**, Ergin: “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı”, MHB, 1/1984, P. 29-31, s. 31; **Akıncı**, Tenfiz, s. 166.

³⁷⁹ **Tanrıver**, Süha: “Yabancı hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü”, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, İstanbul, 2000, P. 467-491, s. 483-484; **Şanlı**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bs., İstanbul, 2013, s. 399-400; s. 199-400; **Kayalı**, s. 176.

³⁸⁰ 15. HD. T. 10.03.1976, E. 1975/1617, K. 1976/1052.

³⁸¹ 11. HD. E. 2016/4931, K. 2016/6886, T. 22.6.2016. <www.kazancı.com.>

³⁸² **Nomer**, Kamu Düzeni, s. 561.

³⁸³ **Nomer**, Kamu Düzeni, s. 564.

³⁸⁴ **Nomer**, Kamu Düzeni, s. 569.

Yine Yargıtay 15 H.D.nin 10.3.1976 tarihli kararında³⁸⁵, ICC Tahkim Kuruluna verilen kararın kamu düzenine aykırılığı, Tahkim tüzüğü'nün 21. maddesine göre hakem kararının imzalanmasından önce, kararın şeklen Tahkim Divanınca kontrol edilip, imzalanması nedeniyle savunulmuştur. Bu kontrolün hakemlerin bağımsızlığı ile bağdaşmadığı kabul edilmiştir. Bu karar eleştirilmiş, hakemlerin bağımsızlığı yönünde bu tür bir kuşku nedeniyle sosyalist devletlerin Dış Ticaret Hakem Mahkemelerinin verdikleri hakem kararlarının kamu düzenine aykırılık sebebiyle baştan redde mahkûm olduğu doktrinde ifade edilmiştir. Hakemlerin bağımsızlığı bir kuşku ile değil, verdikleri kararda etkili olduğu ölçüde kamu düzeninin müdahalesini gerektirir³⁸⁶.

C. Gereksiz Hakem Kararlarının Tenfizi

Kara Avrupası sistemi, genellikle hakemlerin kararlarını dayandırdıkları gerekçelerin belirtilmesini isterken, ortak hukuk sisteminde aksi kararlaştırılmadıkça, hakem kararları gereksiz olarak verilmektedir³⁸⁷. Bu konu kamu düzeni çerçevesinde incelenmelidir. Türk Anayasası 135/III. maddesi “bütün mahkemelerin her türlü yargı kararını gerekçeli yazacağını” belirtir. Aynı konu HMUK 530. maddede de açıkça ifade edilmiştir. Hakemler kararlarında maddi ve hukuki gerekçeleri açıklamalıdır. İç hukuk bakımından geçerli olan bu ilkenin milletlerarası ticari hakem kararları için uygulanıp uygulanmayacağı önem taşır. Hakem kararının tenfizinde kararın içeriği bakımından incelenemeyeceği açıktır. Ancak gerekçeli olmasının “kamu düzenini” ilgilendirip ilgilendirmediği konusu önemlidir. New York Sözleşmesi V(2)(b) maddesi kamu düzenine aykırılığı tenfizin reddi sebebi saymıştır.

Kararın gereksiz olmasının New York Sözleşmesi V(1)(d) maddesine göre tahkim usulüne uygulanan kurallara aykırılık teşkil edip etmediği de belirlenmelidir. Bu husus araştırılırken gereksiz hakem kararının tahkim usulüne uygulanan hukuka (örneğin İngiliz Hukuku) uygun olduğu takdirde

³⁸⁵ 15. HD. 10.3.1976 (1617/1052), İKİD 1977/202, 5671.

³⁸⁶ Nomer, Bağımsızlık, s. 31.

³⁸⁷ Akıncı, Ziya: “Gereksiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?”, İBD, C.70, S. 1, 2, 3, 1996, s. 85.

tenfizine engel olmadığı kabul edilmelidir³⁸⁸. 1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Tahkim Sözleşmesinin VIII. maddesinde “ tarafların hakem kararlarının gerekçeleri ihtiva edeceğini kararlaştırdıkları aslolarak kabul olunur, meğer ki bunlar a- hakem kararlarının gerekçeleri tayin etmeyeceğini sarahaten tayin etmiş veya b- ihtilafların hallini hakem kararlarının gerekçeler ihtiva etmesi mutad olamayan bir hakem usulüne tâbi kılmış olsunlar”. Ancak bu son durumda hakem usulü duruşmalı olmuşsa, karar yazılmadan önce mucip sebepler taşınmasını isteyebilirler. Bu yaklaşımın milletlerarası ticari tahkimin niteliğine uygun düştüğü ileri sürülmektedir³⁸⁹.

Türk yargı kararlarında hakem kararlarının “maddi hukuk kurallarına uygunluğu” denetlenmektedir³⁹⁰. Bu denetim yerli hakem kararları için geçerli olmalıdır. Ancak hakemlerin yetkisini aşması, New York Sözleşmesi V(1)(c) ve MÖHUK 45(h)'ye göre tenfizi red sebebidir. Oysa maddi hukuk kurallarına uygunluk denetimi tahkimin niteliği ile bağdaşmaz. Burada sorun hakemlerin yetkili hukuku uygulaması ile yetkili hukuku doğru uygulaması arasındaki farktır. Hakemler tarafların belirlediği hukuku uygulamazsa yetkilerini aşmış olur. Amaç yetkili hukukun doğru uygulandığının mahkemece denetimi değildir³⁹¹.

SONUÇ

İnsan haklarının Devletler Özel Hukukuna etkisi, AİHS’de ve diğer insan hakları sözleşmelerinde yer alan her bir hak için ayrı bir öneme sahiptir. Ancak bu hakların tümünü incelemek bu makalenin sınırlarını aşacağı için, biz sadece adil yargılanma hakkının DÖH’na etkisini incelemekle yetindik. Bu incelemeyi medeni hukuk konularıyla sınırladığımız için ceza hukuku ve idare hukukuna giren konuları dışarıda bıraktık. İncelememizi daha çok AİHM kararlarına dayandırarak yaptık. Karşılaştırmalı hukuk ve Avrupa Birliği hukukuna zaman zaman değindik. İncelememizde, ayrıca

³⁸⁸ Örnek kararlar için bkz. **Akıncı**, Gereksiz, s. 87.

³⁸⁹ **Akıncı**, Gereksiz, s. 88.

³⁹⁰ T. 28.1.1994 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1993/4, K. 1994/1 (1994), 4 YKD 519.

³⁹¹ **Akıncı**, Esasa Uyguladıkları Hukukun, s. 143.

özel bir yargılama usulü olan hakemliğe ve hakemlikte adil yargılanma hakkının uygulanmasına yer verdik.

Umarım, kendisinin Dekanlığı döneminde Profesör olarak atandığım İzmir'in DEÜ Hukuk Fakültesi'ne çok emeği geçmiş olan Prof. Dr. Şeref Ertaş adına çıkarılan bu Armağan'daki yazım, genç DÖH'lara bir nebze fayda sağlar ve onlara yeni ufuklar açar. DÖH esasen çok yönlü bir hukuk dalı olarak, hukukun hemen her konusuyla ilgilidir. Belki de bu nedenle diğer alanlardaki özel hukukçular akademik yaşamlarında bir kez bile olsa DÖH alanında yazmaktadır. Hocamızın da "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi" konulu bir makalesi vardır. Biz de bu makale ile insan hakları ve usul hukuku anlamında kamu hukuku alanına girmiş olduk. Diğer yandan kamu hukuku ile özel hukuku birleştirdik. Hocamız Prof. Dr. Şeref Ertaş'a daha nice mutlu, sağlıklı yıllar dilerim.

KAYNAKÇA

- Akıncı**, Ziya: “Gerekçesiz Hakem Kararları Türkiye’de Tenfiz Edilebilir mi?”, İBD, C.70, S. 1, 2, 3, 1996.
- Akıncı**, Ziya: “Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi”, BATİDER, C.17, S. 3, Haziran 1994.
- Altıparmak**, Cüneyd: “AİHS 6. Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları”, TBBD, S. 63, 2006, s. 244-270.
- Ambrose-Casterot**, Coralie: Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, TBB Yayını, No. 72, Sempozyum: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, 26-27 Eylül 2003, s. 320-328, Ankara, 2004.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6. madde Rehberi, Adil Yargılanma Hakkı, (Medeni hukuk yönü), Avrupa Konseyi, 2013 (www.echr.coe.int).
- Besson**, Sébastien: “Arbitration and Human Rights”, ASA Bulletin, 2006, Vol. 24, No. 3, P. 395-416.
- Bogdan**, M.: “Private international law as component of the law of the forum: general course on private, international law”, RdC, 2011, No. 348, P. 9-252.
- Born**, Gary B.: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, V. I, Kluwer Law, 2009.
- Cheshire, North&Fawcett**, Private International Law (14th ed.), Oxford, 2008, p. 114, 117-119.
- D’Alessandro**, Elena: The Impact of Article 6 of the European Convention of Human Rights on the Enforcement of Foreign Judgments rendered in a non contracting State”, Zeitschrift für Zivilprozeß International 15 (2010), P. 1-13.
- De Boer**, Th. M.: “Facultative Choice of Law: the procedural status of choice-of law rules and foreign law, RdC 1996, No. 257, P. 223-427.
- de Búrca**, Gráinne: “After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?”, 20 MJ 2, (2013), P. 168-184.

- Doğru**, Osman/**Nalbant**, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C.1, Ankara, 2012.
- Ekşi**, Nuray: Yabancı mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2013.
- Ertekin**, Erol/**Karataş**, İzzet: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Ankara, 1997.
- Fawcett**, J. J.: “The Impact of Article 6(1) of the ECHR on Private International Law”, ICLQ, Vol.56, January 2007, p. 1-48.
- Fouchard/Gaillard/Goldman**, on International Law Commercial Arbitration (eds.: **Gaillard**, Emmanuel/**Savage**, John), The Hague, 1999, p. 577-578;
- Gözübüyük**, A. Şeref/**Gölcüklü**, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. bs., Ankara, 2011.
- Hendek**, Hasan: Makul Sürede Yargılama Zorunluluğu, Ankara, 2016.
- İnceoğlu**, Sibel: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, 3. bs., İstanbul, 2013.
- Juratowitch**, Ben: “The European Convention on Human Rights and English Private International Law”, JPIL, Vol. 3, Issue 1, April (2007), p. 173-199.
- Kalpsüz**, T.: “Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri”, BATIDER, 1999, C. XIX, S. 1.
- Kalpsüz**, T.: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. bs., 2010.
- Kalpsüz**, Turgut: “Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 2 Mart 2008, Ankara, 2008, P. 27-52.
- Kaplan**, Y.: “Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfizin Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi.”. MHB, 2001, C. XXI, S. 1-2.
- Kaşıkara**, M. Serhat: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Medenî Hak ve Yükümlülük Kavramı”, TAAD, C.2, Yıl: 2, S. 4 (20 Ocak 2011).
- Kayalı**, Didem: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara, 2015.

- Kiestra**, Louwrens R.: *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, The Hague, 2014.
- Kinsch**, Patrick: "Enforcement as a fundamental right", NIPR (2014), P. 540-544.
- Kinsch**, Patrick: "The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments - A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions", in (eds.) **Einhorn**, Talia/**Siehr**, Kunt: *Intercontinental Cooperation Through Private (International Law, in : Essays Memory of Peter E., NYGH, The Hague, 2004, p. 198-227.*
- Nomer**, Ergin: "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı", MHB, 1/1984, s. 29-31.
- Nomer**, Ergin: "Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi", MHB, Yıl 19-20, 1999-2000, s. 555-576.
- Oster**, Jan: "Public Policy and Human Right", JPIL, 2015, Vol. 11, No. 3, p. 542-567.
- Özkan**, Işıl: "Yetki Kuralları" in (eds.) **Özkan**, Işıl/**Süral**, Ceyda/**Tütüncübaşı**, Uğur: *Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku*, Ankara, 2016, s. 30-99.
- Paulsson**, Jan: "Delocalisation of International Commercial Arbitration: Whan and Why It Matters", 32 ICLQ, (1983), P. 53-61.
- Pekcanitez**, Hakan: "Hukuki Dinlenilme Hakkı", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000, İzmir, P. 753-791.
- Pekcanitez**, Hakan: "Medeni Yargıda Adil Yargılama", İZBD., 1997, No.2, s. 35-55.
- Redfern/Hunter**, on *International Arbitration*, 5th, ed., Oxford, 2009.
- Stuij**, Steven: "Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR" in (eds.) **Paulussen**, C./**Takács**, T. v. von **Rompuy**, B.: *Fundamental Rights in International and European Law*, The Hague, 2016.
- Şanlı**, Cemal: *Uluslar arası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 5. bs., İstanbul, 2013, s. 399-400.

- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci:** Milletlerarası Özel Hukuk, 3. bası., İstanbul, 2014.
- Tanriver, Süha:** “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBĐ, S. 53, 2004, s. 191-215.
- Tanriver, Süha:** “Yabancı hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü”, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, İstanbul, 2000, s. 467-491.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 2. bs., Ankara, 2004.
- Trstenjak, Verica:** “General Report: The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law”, in (eds.) **Trstenjak, Verica/Weingerl, Petra:** The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law, Switzerland, 2016.
- van den Berg, Albert:** The New York Arbitration Convention of 1958, The Hague, 1981.
- Yeşilova, Bilgehan:** “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği, TBBĐ, S. 86, 2009, s. 47-101.
- Yeşilova, Bilgehan:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir, 2008.

KISALTMALAR

AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
App.no	: Application number
ASA Bulletin	: Association Suisse de l'arbitrage
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGHZ	: Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
EC	: European Community
ECJ	: European Court of Justice
ECR	: European Court Report
ECtHR	: European Court of Human Rights
Eds.	: Editörler
EHRH	: European Human Rights Reports
ETS	: European Treaty Series
EU	: European Union
EWCA	: England and Wales Court of Appeal
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICLQ-	: International Comparative Law Quartely
İBD	: İstanbul Baro Dergisi
İBGKK	: İhtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı
İKVD	: İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi
JPIL	: Journal of Private International Law
md.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MJ	: Maastricht Journal
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu

NIPR	: Nederlands Internationaal Privaatrecht
OJ	: Official Journal
P.	: Pages
QB	: Queen's Bench Reports
RdC	: Recueil des cours
RG	: Resmi Gazete
s.-	: sahife
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
UKHL	: United Kingdom House of Lords
UNCITRAL	: The United Nations Commission for International Trade Law
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi