

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN ADİL YARGILANMA HAKKININ UNSURLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of International Commercial Arbitration in terms of the Elements of Due Process Rights

Furkan ŞAHİN*

Özet

Adil yargılanma hakkı; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan ve uhdesinde makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, mahkemeye erişim hakkı gibi birçok unsuru bulunduran temel bir insan hakkıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tahkim prosedürüne ilişkin doğrudan bir atfın yer almaması sebebiyle tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının var olup olmayacağı üzerine doktrinde tartışmalar yer alsa da, bu temel insan hakkı yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü tahkim yargılamasında güvenceleriyle mevcuttur. Nitekim her ne kadar Sözleşmede tahkim açıkça yer almasa da adil yargılanma hakkının tahkim yargılamasında nazara alınacağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla sabittir.

Milletlerarası ticaretin hızla geliştiği ve tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu öngördüğü dikkate alındığında adil yargılanma hakkı, nasıl ki devlet yargılamalarında korunması elzem bir insan hakkıysa aynı şekilde tahkim yargılamasında da korunması lazım gelen, önündeki engellerin kaldırılması gereken bir insan hakkıdır. Bu doğrultuda bu çalışmada detayları yer alacağı üzere özellikle adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında üçüncü kişi finansmanının Türk hukukuna kazandırılması isabetli olacaktır. Aynı doğrultuda adil yargılanma hakkının; makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma ve aleni yargılanma unsurları açısından da bu hak kapsamında korumaya muhatap kılınması ve tahkim uyuşmazlıklarının adil yargılanma hakkı açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada adil yargılanma hakkının milletlerarası tahkimle ilişkisi ortaya konulacak, adil yargılanma hakkının tahkimdeki var oluşunu güçlendirecek çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Adil yargılanma hakkı, Tahkim, Üçüncü kişi finansmanı.

➤ Bu makale Etik Kurul İznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee Permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 03.10.2022

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.03.2023

* Hâkim Adayı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans öğrencisi, fffurkansahin@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3406-0047>



Abstract

Due process rights; It is a fundamental human right that is regulated in Article 6 of the European Convention on Human Rights and includes many elements such as trial in reasonable time, trial in independent and impartial tribunal, public trial, right to access to court. Owing to there is no direct reference to the arbitration procedure in the European Convention on Human Rights, although there are ongoing debates in the doctrine on whether due process rights will exist in the arbitration process, this fundamental human right is present with its guarantees in the arbitration process that a judicial activity is carried out. As a matter of fact, although arbitration is not explicitly stated in the contract, it is reconsidered by the jurisprudence of the European Court of Human Rights that due process rights will be taken into account in arbitration process. Considering the rapid development of international trade and the parties choose the way of arbitration in the resolution of their disputes, just as due process rights is an essential human right to be protected in local courts jurisdictions, it is also a human right that must be protected in arbitration process and that the shortcomings in front of it must be fixed. For this reason, as the details will be included in this study especially as part of right to access to court that element of right to fair trial it would be appropriate to bring third party funding into Turkish law. In the same direction due process rights; elements of trial in reasonable time, trial in independent and impartial tribunal, public trial should be protected within the scope of this right and arbitration disputes should also be evaluated in terms of due process rights. In this study the relationship between due process rights and international arbitration will be examined, solutions will be proposed to strengthen the existence of due process rights in arbitration.

Key Words: Due process rights, Arbitration, Third party funding.

GİRİŞ

Milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümünde son yıllarda en önemli yöntemlerden birini milletlerarası tahkim teşkil etmektedir. Sözlük anlamı olarak Arapça bir kelime olan tahkim, anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesi anlamına gelir.¹ Genel olarak tahkim, yasaların tahkim yoluyla çözülmesine cevaz verdiği konularla sınırlı kalmak kaydıyla, bir sözleşmenin taraflarının mevcut veya doğabilecek bir uyuşmazlığın çözümlenmesini devlet yargısı yerine “hakem” denen şahıslara bırakarak tarafların kendi seçtikleri kurallar bütününde uyuşmazlığın çözülmesine imkan sağlayan alternatif bir uyuşmazlık çözüm yoludur.² Milletlerarası tahkim ise, uluslararası ticaretle ilgili özel

¹ Türk Dil Kurumu sözlüğündeki tanım için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 20.09.2022.

² Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim* (4.baskı, Vedat Kitapçılık 2016) s. 3. Beyza ÖZTURANLI, *Devletlerarası Tahkim* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) s. 41-43. Ergin NOMER, Nuray EKŞİ and Günseli ÖZTEKİN GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1* (5.baskı, Beta Yayınları 2016) s. 1. Bedriye İclal POYRAZ, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) s. 19. Burak HUYSAL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1.baskı, Vedat Kitapçılık 2010) s. 7. Mustafa Serdar ÖZBEK, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (4.baskı, Yetkin Yayınları 2016) s. 191 vd. Fatmira MURAJ, ‘Türk ve Arnavutluk Hukukunda Milletlerarası Hakem

hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ve tarafların bağlı oldukları hukuk sistemlerinden farklı olarak, tercih ettikleri başka bir hukuk sistemine veya kurallara bağlı olarak görülen tahkimleri ifade etmektedir.³

Tahkim yargılamasının bir parçası olup olmadığı bu çalışmada incelenecek olan adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen, hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan ve bünyesinde makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma, mahkemeye erişim hakkı ve masumiyet karinesi gibi birçok unsuru bulunduran temel bir insan hakkıdır.⁴

Yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü tahkim, adil yargılanma hakkı ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Özellikle makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, mahkemeye erişim hakkı, dinlenilme hakkı, silahların eşitliği ilkesi ve gerekçeli karar hakkı adil yargılanma hakkının tahkimdeki yansımaları olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵ Temel bir insan hakkı olup yargısal bir faaliyetin vuku bulduğu bir yerde varlığı elzem olan adil yargılanma hakkı; mahkemeye erişim hakkı, bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma hakkı ve aleni yargılanma hakkı unsurları bakımından tahkimdeki görünümüyle bu çalışmada ele alınacaktır. Bu unsurlar incelenirken tahkimin doğası gereği hangi unsurların taraflar açısından feragat edilebileceği, hangi unsurların ise tahkimin özünde bir yargısal faaliyet olduğu nazara alındığında feragat edilemeyeceği tartışılarak milletlerarası tahkimin özünde adil yargılanma hakkının gölgesinde olduğu

Kararlarının Tanınması ve Tenfizi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) s. 3. Seden DÜRÜSTKAN, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) s. 4.

³ NOMER, EKŞİ and GELGEL (n 3) s. 4-5. DÜRÜSTKAN (n 3) s. 4, dn. 2. Cansu YENER KESKİN, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) s. 6.

⁴ Tuğçe TAKCI, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2017) s. 8.

⁵ Lütfullah AKBULUT, '1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim' (2020) 2 Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 101. İlhan ÖZDEMİR, 'Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) s. 43 vd. Olgun AKBULUT, 'Adil Yargılanma Hakkı' (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 179 vd. İbrahim TAN, 'Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Halinde Gidilebilecek Yasal Yollar' (2018) 15 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 120. Süha TANRIVER, 'Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 17 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 193. Erman EROĞLU, 'Due Process Rights in Arbitration in the Light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic' (2022) 10 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 108.

gerçeği gerekçeleriyle açıklanacaktır. Ardından çalışmada adil yargılanma hakkının incelenecek unsurlar tekelinde milletlerarası ticari tahkim ile ilişkisi ortaya konulacak, unsurların Türk hukuku açısından Anayasa⁶, Milletlerarası Tahkim Kanunu⁷ gibi düzenlemelerle bağlantısı kurulacak ve tahkim kurumunda adil yargılanma hakkının işlevselliğini artırabilmek adına yeri geldikçe çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

1. Genel Olarak Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı bakımından tarihsel süreçte atılan ilk adım 1215 tarihli Magna Carta Libertatum'dur.⁸ Magna Carta'da doğrudan adil yargılanma hakkının güvenceleri yer almasa da; özgür yurttaşların hakim tarafından verilen bir hüküm olmaksızın tutuklanamayacağı, sürgün edilemeyecekleri, hapsedilemeyecekleri, adaletin yerine getirilmesinin ertelenemeyeceği ve geciktirilemeyeceğine yönelik yer alan vurgular, adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti ilkesinin tanınması yönünde verilen ilk göstergedir.⁹ Hakeza 1628 tarihli Petition of Rights, 1679 tarihli Habeas Corpus Act, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi adil yargılanma hakkının ileri taşınmasında önemli belgelerdir.¹⁰

Türk hukuku açısından tarihsel süreçte anayasal olarak adil yargılanma hakkı ilk kez doğrudan yer almasa da doğal hâkim ilkesi, aleniyet ilkesi, hakimlere müdahalede bulunulamayacağı, hakimlerin azledilemeyeceği ve savunma hakkı gibi unsurlara yer verilmesiyle 1876 tarihli Kanun-ı Esasi'de yer almıştır.¹¹ Ancak Türk anayasa tarihinde adil yargılanma hakkına yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) paralelinde düzenlemeler, 1961 ve 1982 Anayasalarında düzenlenmiştir.¹² Türk hukukunda adil yargılanma hakkına ilişkin şüphesiz en önemli düzenleme ise 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği neticesinde Anayasanın 36. maddesine eklenen *'herkes, ...adil yargılanma hakkına sahiptir.'*¹³

⁶ RG. 09.11.1982/17863.

⁷ RG. 05.07.2001/24453.

⁸ Sezin AKTEPE ARTIK, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2014) s. 28. Funda GÖRGÜLÜ ERGENÇ, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) s. 10. Zamira HOŞTEN, 'Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı' (2019) 14 *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 1546.

⁹ ARTIK (n 8) s. 29. ERGENÇ (n 8) s. 10. Gülnur ERDOĞAN, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2011) s. 11.

¹⁰ HOŞTEN (n 8) s. 1456.

¹¹ ERGENÇ (n 8) s. 16. HOŞTEN (n 8) s. 1547. ÖZDEMİR (n 6) s. 41.

¹² ERGENÇ (n 8) s. 16. HOŞTEN (n 8) s. 1547.

¹³ ERDOĞAN (n 9) s. 26.

AİHS m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenlemede bu hakkın unsurlarından bazılarını da belirtir bir halde herkesin davasının medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında veya cezai alanda şahsına yöneltilen suçlamaların esası hususunda karar verecek; yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, halka açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına haiz olduğunu belirtir şekilde düzenlenmiştir. Aynı doğrultuda ilgili düzenlemede kararların aleni olarak verileceği, yalnızca demokratik bir toplumda kamu düzeni, ahlak, ulusal güvenlik, küçüklerin çıkarları, özel hayatın gizliliği veya aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirilmesi halinde duruşma salonunun yargılama süresince kısmen veya tamamen izleyicilere kapatılabileceği şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi AİHS, adil yargılanma hakkının tanımını yapmak yerine sınırlı sayıda olmayacak biçimde bu hakkın unsurlarına yer vermiştir.¹⁴ Her ne kadar AİHS’de adil yargılanma hakkının tanımına yer verilmeyip unsurları ifade edilse de doktrinde bu hak, “herkesin yasal tüm araç ve yollardan istifade etmek suretiyle bağımsız ve güvenceli her türlü yargı merci önünde haklarını ararken muhakemenin usul ve esas ilkelerine uygun bir şekilde başlatılıp, yürütülüp, sonuçlanmasını arzu etmek, doğru yargılanmak, bu yargılama sürecinin istisnalar saklı kalmak kaydıyla açık olmasını istemek ve yargısal süreç içerisindeki her türlü kararın gerekçeli yazılmasını beklemek hakkı”¹⁵, yine doktrinde yer alan bir başka tanımda “hukukun üstünlüğüne bağlı demokratik toplumun temel değerlerini yansıtan haklar ve ilkeler bütünü”, şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶

AİHS m. 6 düzenlemesi ve doktrinde yapılan tanımlara bakıldığında adil yargılanma hakkının; makul sürede yargılanma, bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde yargılanma, aleni yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma, mahkemeye erişim hakkı ve masumiyet karinesi gibi birçok unsuru muhtevasında bulunduran bir temel hak olduğu söylenebilir.¹⁷

Son olarak AİHS m. 6’da düzenlenen adil yargılanma hakkının Türk hukuku açısından kapsamını ifade etmek gerekirse bu hak, Anayasanın 36. maddesinde kendisine yer bulmuştur. Anayasada herkesin adil yargılanma hakkını haiz olduğu vurgulanmıştır. Böylelikle adil yargılanma hakkı anayasal bir statüye kavuşturularak, bu hakka ilişkin güvencelerin kanunla ihlal edilme-

¹⁴ TAKCI (n 5) s. 7.

¹⁵ Yahya ZABUNOĞLU, “Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi”, *Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı II* Sayı 22 (1998), s. 940. TAKCI (n 5) s. 8.

¹⁶ TAKCI (n 5) s. 8.

¹⁷ ÖZDEMİR (n 6) s. 43 vd. AKBULUT, ‘Adil Yargılanma Hakkı’ (n 6) s. 179 vd. TAN (n 6) s. 120. TANRIVER (n 6) s. 193.

si tehlikesinin önüne geçilmiştir.¹⁸ Yine 2004 yılında Anayasanın 90. maddesine eklenen çatışma kuralı aracılığıyla, temel hak ve hürriyetlere ilişkin hususlarda usulüne uygun yürürlüğe konulmuş bulunan bir milletlerarası andlaşma hükmünün, kanunlarla farklı bir hüküm içermesi halinde milletlerarası andlaşma hükümlerine öncelik tanınacağı düzenlenerek AİHS m. 6, Türk hukukunun uygulanmasında birinci öncelik haline getirilmiştir.

2. Adil Yargılanma Hakkının Milletlerarası Tahkimde Görünümü

1950 tarihli AİHS ile teminat altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkı, yargılama faaliyetine ilişkin en temel haklardan birisi olarak ifade edilmektedir.¹⁹ AİHS'in getirdiği yükümlülükler Sözleşmeyi imzalayan devletleri doğrudan bağlamakla birlikte, Sözleşmede tahkim prosedürüne ilişkin bir atfın yer almaması tahkim yargılanmasında adil yargılanma hakkının doğrudan ya da dolaylı bir şekilde uygulanıp uygulanmayacağı hususunda doktrinde bir tartışma yaratmaktadır.

Doktrinde milletlerarası tahkimde adil yargılanma hakkının uygulanmayacağını ileri süren yazarlar kendilerine gerekçe olarak, AİHS'de yer alan hak ve yükümlülüklerin sadece devletlere mahsus olduğu, dolayısıyla devletlerle organik bağı bulunmayan hakemlerin tahkim yargılamasını yürütürken AİHS ile bağı olmadıklarını ifade etmektedir.²⁰ Ayrıca yazarlar tahkimin, AİHS m. 6'da geçen "kanunla kurulmuş mahkeme" kapsamında kalmadığını belirterek tahkimi seçen tarafların adil yargılanma hakkından feragat ettiğini savunmaktadır.²¹

Adil yargılanma hakkının tahkimde de geçerli olduğunu savunan yazarlar ise AİHS m. 6'daki "kanunla kurulmuş" ibaresini "hukuka uygun biçimde kurulmuş", "mahkeme" ifadesini de "yargısal işlev gören, taraflar için bağlayıcı karar veren" şeklinde geniş yorumlayarak adil yargılanma hakkının tahkimde uygulanacağı sonucuna varmaktadır.²²

¹⁸ ARTIK (n 8) s. 34.

¹⁹ Didem KAYALI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2015) s. 27.

²⁰ Görüşler hakkında bkz. KAYALI (n 19) s. 28. dn. 55.

²¹ Görüşler hakkında bkz. KAYALI (n 19) s. 29, dn. 56.

²² Esasında burada yazarların görüşünün devletin ülkesi üzerindeki egemenliği ve buna bağlı olarak sahip olduğu yargılama yetkisini kişilerin tahkim aracılığıyla elde etmesine imkân sağlayan *kazai teoriden* beslendiğini ifade edebilmek mümkündür. Neticede hakemler de hakimler gibi yargısal bir görev icra eden, icrai karar verebilen, hakimler gibi reddedilebilen ve kararlarında tarafsız olması lazım gelen kişilerdir. Hakan KARAN, *Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi* (Prof Dr Mahmut Tefvik Birsal'e Armağan 2001) s. 207. KAYALI (n 19) s. 29. Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (4.baskı, Beta Yayınları 2013) s. 154.

Konuya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları çerçevesinde bakıldığında AİHM, vermiş olduğu ilk kararlarında ihtiyari tahkim- zorunlu tahkim ayırımına gidip, ihtiyari tahkim halinde tarafların rızai bir şekilde tahkim anlaşması yaparak AİHS’de korunan haklardan imtina ettiğini belirtmiştir.²³ Ancak daha sonraki içtihatlarında AİHM, ihtiyari tahkim yolunun tercih edildiği durumlarda AİHS m. 6 kapsamındaki tüm haklardan feragat edilmediği sonucuna varmıştır.²⁴ AİHM *Albert ve Le Compte / Belçika* kararında, AİHS m. 6 kapsamında kalan bazı hakların demokratik bir toplumda kişilerin gönüllü bir şekilde hareket etse dahi, bazı hakların vazgeçilemez nitelikte olduğunu, bu haklardan mahrum kalınamayacağını vurgulamıştır.²⁵

Kanaatimizce tarafların uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu seçmiş olmaları adil yargılanma hakkından feragat etmiş oldukları şeklinde değerlendirilemez. Bir başka ifadeyle, adil yargılanma hakkı tahkimde de vücut bulur. Nitekim taraflara AİHS m. 6 kapsamında sağlanan güvencelerden bazıları vazgeçilebilir nitelikte değildir. Örneğin adil yargılanma hakkının kapsamındaki temel ilkelerden biri olan bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı, milletlerarası tahkimde hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasını zorunlu kılar. Tahkim yargılamasında tarafların hakemleri seçebilme serbestisini haiz olmaları bu gerçeği ortadan kaldırmaz. Çünkü hakemler, tarafların hukuku üzerinde icrai karar alma yetkisine sahiptir ve yargısal bir faaliyet yürütmektedir. Yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü bir mecrada, tarafsızlık ve bağımsızlık asıldır. Zira Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği iradi olarak tahkim yolunu seçen tarafların adil yargılanma hakkı gözetilmelidir. Yargısal faaliyetin esas olduğu tahkimde, sadece adil yargılanma hakkı kapsamında olup aksinin mevcut olması halinde gerek yasaların gerek tahkim merkezlerinin kuralları uyarınca hakemin reddi prosedürünün işlenmesine olanak sağlayan bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı korunmuş olmaz²⁶, eş zamanlı olarak silahların eşitliği,

²³ KAYALI (n 19) s. 29.

²⁴ AKBULUT, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (n 6) s. 109. AİHM *Zamet-Budowa Maszyn Spółka Akeyjna v. Polonya* kararında tahkim şartının AİHS m. 6’da güvence altına alınan silahların eşitliği ilkesine aykırılık taşıdığına yönelik başvuruda, üye devletin hakem kararını milli mahkemelerinde denetim yetkisine sahip olduğunu, hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzenini gözetebileceği gerekçeleriyle tahkimde görülen bir davanın AİHS m. 6’ya aykırılık teşkil etmediğini hükme bağlamıştır. Işıl ÖZKAN, ‘Adil Yargılanma Hakkı’nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi’ (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Şeref ERTAŞ’A Armağan, s. 1813.

²⁵ AKBULUT, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (n 6) s. 109.

²⁶ Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/C fıkrasında tarafsızlığından haklı şüphe duyulan hakemin reddedilebileceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde tahkim merkezlerinin kurallarına

makul sürede yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma gibi adil yargılanma kapsamında kalan birçok hak korunmuş olur. Sonuç olarak uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim yolunu benimseyen taraflar, yalnızca adil yargılanma hakkı kapsamında kalan aleni biçimde yargılanma hakkından vazgeçmiş sayılır. Çünkü tarafların devlet yargısına alternatif olan tahkim yargılamasını seçmesindeki temel gayelerden biri, uyuşmazlık konusu olan ticari sırlarını muhafaza altına alabilmektir. Dolayısıyla tahkimin doğası gereği adil yargılanma hakkının unsurlarından birisi olan aleni yargılanma hakkı, tahkimde yer almaz. Bu durum tarafların adil yargılanma hakkından topyekûn vazgeçmiş oldukları şeklinde değerlendirilemez. Çünkü hukukumuzdan bir örnek vermek gerekirse, 6100 sayılı kanunun²⁷ 28. maddesi gereği aleni yargılanma; genel ahlak, kamu güvenliği, kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde uygulanmayabilmektedir. O halde nasıl ki genel ahlak nedeniyle aleni yapılmayan bir yargılamada adil yargılanma hakkının diğer unsurları geçerliliğini koruyorsa, tahkim yargılamasında da yalnızca aleni yargılanma hakkı göz önünde bulundurulmaz, adil yargılanma hakkının diğer unsurları geçerliliğini korur. Çünkü özünde hakemlerin icra ettiği tahkim yargılaması bir yargısal faaliyettir.

3. Milletlerarası Ticari Tahkimin Adil Yargılanma Hakkının Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi

3.1. Mahkemeye Erişim Hakkı

Mahkemeye erişim hakkı, AİHS m. 6 kapsamında açıkça belirtilen bir hak değildir.²⁸ Mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkı kapsamına AİHM'in *Golder / Birleşik Krallık* kararıyla kazandırılmıştır.²⁹ AİHM bu

bakıldığında da ICC tahkim kurallarında hakemlerin bağımsız olması gerektiği vurgulanarak hakemlerin bağımsız olmaması halinde tarafların hakemi reddedebileceği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme Londra Milletlerarası Tahkim Divanı kurallarında yer almaktadır. KAYALI (n 19) s. 62-66. Hacı CAN and Ekin TUNA, *Milletlerarası Tahkim Hukuku* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) s. 275.

²⁷ RG. 04.02.2011/27836.

²⁸ ERGENÇ (n 8) s. 56. AKBULUT, '1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim' (n 6) s. 101.

²⁹ *Golder / Birleşik Krallık* davasında olaylar başvuru Golder'ın hükümlü olarak tutulduğu cezaevinde meydana gelen bir karışıklık esnasında bir cezaevi personeline saldırdığı iddia edilerek hakkında verilen disiplin cezasıyla başlamıştır. Başvuru Golder, kendisine karşı ithamda bulunan güvenlik görevlisine karşı iftira davası açabilmek için avukatıyla görüşmek istemiş, bu istek hapis kuralları gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Avukatıyla görüşmesine izin verilmeyen başvuru dava açamamış ve bunun üzerine mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM'e başvurmuştur. Bunun üzerine AİHM, bir kişinin mahkemeye erişiminin adil yargılanma hakkının bir yönü veya unsuru olup olmadığını belirlemesinin de kendi görevi olduğunu belirterek başvuru avukatıyla görüşme yapmasına müsaade edilmemesini mahkemeye erişimin fiili olarak engellenmesi olarak kabul etmiştir.

içtihadında mahkemeye erişim hakkını AİHS m. 6'nın bir unsuru olarak görmüş ve bu hakkın kapsamını ortaya koymuştur.

En genel anlamıyla mahkemeye erişim hakkı, *medeni hak ve yükümlülüğe ait uyuşmazlığın tarafı olanlar için mahkemede dava açabilme ve dava sonucunda karar verilmesini isteme hakkı* olarak ifade edilebilir.³⁰

Mahkemeye erişim hakkının tahkim açısından uygulanabilirliğinde öncelikle unsurun muhtevastaki ‘mahkeme’ kavramına açıklık getirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda AİHM vermiş olduğu kararlarında başvuruyu incelerken öncelikle başvuru konusu kararı veren makamın mahkeme olup olmadığını tayinine gitmiştir. Bu tayini tespit ederken bir makamın mahkeme olarak addedilmesinde şu üç kriterin birlikte olmasını aramıştır: (1) AİHM'e göre bir makamın mahkeme olarak kabul edilebilmesi için kesin ve yürütülebilir, icrai bir karar verme yetkisine sahip olması, (2) verilen kararların yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilememesi ve (3) sürekli olarak soyut hukuk normlarını somut olaya uygulaması ve mütemadiyen önüne gelen uyuşmazlıkları çözmesi gerekir.³¹

Konuya ilişkin AYM bir kararında bir mercinin mahkeme olarak kabul edilebilmesi için hukuk kurallarına uygun yargılama yapma görev ve yetkisi ile donatılmış olması gerektiğini belirtmiştir. Bu itibarla hakemlerin belirli bir usul izleyip ve hukuk kurallarına dayanarak bir uyuşmazlığı esastan tümüyle çözümlenmeye elverişli icrai karar verme yetkisine haiz olduklarını, verdikleri kararların kesin hüküm niteliğinde olduğunu, hakemlerin bir yargılama faaliyeti yürüttüğünü belirtmiş ve hakem heyetini bir mahkeme olarak kabul etmiştir.³²

ERGENÇ (n 8) s. 46.”genre”:"Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi", "publisher": "Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü", "publisher-place": "Kocaeli", "title": "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı", "author": [{"family": "ERGENÇ", "given": "Funda GÖRGÜLÜ"}], "issued": {"date-parts": [{"2021"}]}, "locator": "s. 46.", "label": "page"}, "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json"} Gökhan ÇAYAN, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2016) 28 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 237.

³⁰ ÇAYAN (n 29) s. 238. Doktrinde yapılan bir başka tanım için bkz. Muhammed Kürşad ERGÜN, 'Türk Anayasa Hukukunda Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) s. 41.

³¹ ÇAYAN (n 29) s. 244.

³² Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi 2019/112 E., 2020/35 K., 25/06/2020. AYM'nin ilgili kararı her ne kadar mecburi tahkime ilişkin bir karar olsa da söz konusu karar ihtiyari tahkim yönünden de bir fark meydana getirmeyecek olup tahkimin genelini kapsayan bir karardır. Nitekim AYM kararında hakem heyetinin 'mahkeme' olarak nitelendirilmesinde aranacak kıstaslar belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen kıstaslar tahkimin ihtiyari tahkim veya mecburi tahkim olma yönündeki sınıflandırmasına göre bir değişiklik göstermeyecektir. Dolayısıyla

AIHM içtihatları ve AYM kararı doğrultusunda bir makamın mahkeme olarak addedilmesinde aranan yukarıdaki koşulları tahkime uyarladığımızda, hakem heyetinin de mahkeme niteliğini haiz olduğu anlaşılmaktadır. Zira tahkim yargılamasında hakemler; tarafların hukuku üzerinde icrai karar alma yetkisine sahip, verdikleri karar yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilemeyen, soyut hukuk normlarını somut olaya uygulayan ve uyuşmazlık çözen bir faaliyet üstlenmektedir. Hal böyle olunca mahkemeye erişim hakkı tahkim yargılamasında da tarafların AIHS m. 6 kapsamında sahip olduğu bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

Giriş kısmında ifade edildiği üzere bu çalışmanın konusu adil yargılanma hakkının milletlerarası ticari tahkimle ilişkisini ortaya koymanın yanı sıra eş zamanlı olarak, milletlerarası tahkimde adil yargılanma hakkının işlevselliğini artırabilmek adına çözüm önerilerinde de bulunmaktadır. Nitekim AIHS'in 1. maddesi uyarınca Sözleşmenin tarafı devletler, Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerden yararlanmayı sağlayan düzenlemeler yapmakla mükelleftir.

Tahkim, hususi bir yargılama biçimi olmasından mütevellit mahkemelere karşılık masraflı bir çözüm yöntemi olarak bilinir. Ancak tahkim sözleşmesinin taraflarının çoğunlukla tacir olmasından dolayı bu masrafların anlaşmanın taraflarının bilincinde olduğu kabul edilir.³³ Yalnız, taraflar açısından tahkim sözleşmesi yapılırken var olan mali denge sonradan bozulabilir veya taraflardan biri iflas etmiş olabilir ya da herhangi bir sebepten ötürü ödeme güçlüğü içine düşmüş olabilir. Adil yargılanma hakkı açısından bu durumun sebebiyet verdiği mahkeme masraflarını karşılama imkanından yoksun olmak, Türk Anayasası açısından hak arama hürriyetini, AIHS açısından ise mahkemeye erişim hakkını engelleyecek bir boyuta gelebilir. AIHS'in akit devletleri; mahkemeye erişim hakkını fiilen engelleyen durumları ortadan kaldırmakla, söz konusu engelleri bertaraf etmekle mükelleftir.³⁴ Nitekim *Golder/Birleşik Krallık* kararında AIHM, mahkemeye başvurma hakkının sadece hukuken engellenmesinin değil, fiilen engellenmesinin de AIHS'e aykırılık oluşturacağını belirtmiştir.³⁵ Hal böyle olunca milletlerarası tahkimde adil yargılanma hakkının işlevselliğini artırabilmek adına, bu hususta uyuşmazlıklarının çözümünde

mecburi tahkim veya ihtiyari tahkim olarak hakem heyeti önüne gelen bir uyuşmazlık, hakem yargılamasının bir mahkeme yargılaması sayılmasını etkilemeyecektir. Sonuç olarak AYM'nin "mahkeme" değerlendirmesine yönelik ilgili kararı tahkimin tümüne sirayet eden bir karar olarak değerlendirilebilecektir.

³³ Süheyla BALKAR BOZKURT, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 122.

³⁴ ÇAYAN (n 29) s. 240. ERGENÇ (n 8) s. 137 vd.

³⁵ ERDOĞAN (n 9) s. 63.

tahkim usulünü benimseyen tarafların hak ve özgürlüklerini koruyucu düzenlemeler ihdas etmek gerekir.

Türk hukuku açısından 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 16. maddesinde hakem veya hakem kurulunun davacı taraftan yargılama giderleri için avans isteyebileceği, bu avansın belirlenen süre içerisinde yatırılmazsa yargılamanın durabileceği düzenlenmiştir. Düzenlemenin devamında yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden sonra otuz gün içerisinde avans ödenirse yargılamaya devam olunacağı, aksi taktirde tahkim yargılama-sının sona ereceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme irdelendiğinde var olan bir tahkim anlaşmasında taraflardan birinin daha sonradan iflas, konkordato veya benzeri bir sebepten dolayı ödeme güçlüğüne girmesi halinde MTK'nın 16. maddesi gereği hakem veya hakem kurulu tarafından yargılama giderlerine yönelik avansı ödemeyecek hale düşmesi, söz konusu maddenin dayandığı sonuca bağlı olarak, tahkim yargılamasının sona ermesine ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkına erişmesini olanaksız kılacaktır. İşte burada adil yargılanma hakkını koruyabilmek adına Avustralya, Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, İngiltere gibi ülkelerde uygulanan *Third Party Funding* (Tahkim masraflarının üçüncü kişilerce karşılanması) yönteminin Türk hukukuna kazandırılabilirdiği kanaatindeyiz.³⁶

Third Party Funding yöntemi tahkimde, bir uyuşmazlığa ilişkin ortaya çıkabilecek bütün masrafların uyuşmazlığın tarafı dışında kalan kişi veya kurumlar tarafından, davanın kazanılması halinde elde edilecek tazminat veya başkaca değerlerden belirli bir yüzdenin elde edilmesi karşılığında üstlenilmesi olarak tanımlanabilir.³⁷ Burada davanın kaybedilmesi riskini tamamen yatırımcı üstlenmektedir. Bir başka ifadeyle, davanın kaybedilmesi halinde yatırımcı bir kazanım elde edemeyecektir. Milletlerarası tahkimde üçüncü kişi finansmanı yöntemi her ne kadar dava sonucundan pay alma yasağı, finansörlerin tahkim davasının kontrolünü ele geçirebilme tehlikesi ve finansörün varlığının milletlerarası tahkimde taraflarca özel korunmak istenen gizliliği ihlal edeceği sebepleriyle eleştirilse de adil yargılanma hakkının teminatını güçlendirmek adına isabetli bir kurumdur. Çünkü tarafların tahkim anlaşması yapılırken mevcut olan mali dengesi sonradan bozulabilir veya taraflardan biri iflas etmiş olabilir ya da herhangi bir sebepten ötürü ödeme güçlüğü içine düşmüş olabilir. Böyle bir durumda ödeme güçlüğü sebebiyle hakem heyeti tarafından yatırılması öngörülen avansı yatıramayacak olan davacı, hakkını tahkim itirazı

³⁶ BOZKURT (n 33) s. 187 vd.

³⁷ BOZKURT (n 33) s. 187 vd. Can EKEN, 'Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) s. 29. Metin Berat ATASEVEN, 'Third-Party Funding In International Arbitration' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) s. 19.

ile karşılaşacağı sebebiyle devlet mahkemesinde de arayamayabilir.³⁸ Böyle bir durumda doktrinde “pandoranın kutusu” olarak ifade edilen hakkını hem tahkimde hem de mahkemede arayamayan davacının adalet/mahkemeye erişim hakkının yasalarla ortaya konulması, korunması gerekir.³⁹ Bu doğrultuda kanaatimizce üçüncü kişi finansmanı MTK m. 16/C hükmünün şu şekilde yeniden kaleme alınması suretiyle adil yargılanma hakkının teminatı mahkemeye/adalet erişimi sağlamak açısından daha işlevsel bir hal alacaktır.

“C) Hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmamasını isteyebilir. Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur, aksi halde tahkim yargılaması sona erer. **Şu kadar ki, yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren işleyecek otuz günlük süre zarfında davacı, yargılama giderlerinin finansmanını ülke içinde veya dışında faaliyet gösteren temel faaliyet alanı olarak uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin giderlerini sağlayan bir kuruluştan sağlayabilir. Yargılama giderlerini finanse edecek kuruluşun sermaye şirketi şeklinde faaliyet göstermesi ve finanse edeceği tahkim uyumsuzluğunun dava değerinin en az üç katı esas sermayesinin bulunması şarttır. Yargılama giderlerinin finansmanını sağlayacak kuruluş, davanın kazanılması halinde elde edilecek tazminat veya başkaca değerlerin finansmanı olduğu tarafla arasında kararlaştırılacak belirli bir yüzdesine hak kazanır. Finansman, davanın kaybedilmesi halinde istemde bulunma hakkını kaybeder. Yargılama giderlerinin finansmanı için finansör kuruluşla müzakere edecek davacı, müzakereyi gerçekleştireceği finansörü ve finansman sözleşmesi yapılırsa sözleşmenin varlığını tahkim yargılamasının karşı tarafına bildirmekle yükümlüdür. Yargılama giderlerini finanse edecek kuruluşun bu fıkra kapsamındaki edindiği bilgileri gizli tutması esastır. Şu kadar ki, üçüncü kişiyle yargılama giderlerinin finansmanı için yürütülecek müzakerenin taraf avukatı tarafından yapılması, taraf avukatı açısından işbu fiili 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesine aykırılık teşkil etmez.”⁴⁰**

³⁸ Baver Mazlum MERT, *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), s. 47.

³⁹ MERT (n 38) s. 47.

⁴⁰ Değiştirilmesini önerdiğimiz MTK m. 16/C düzenlemesinin orijinal hali: “*Hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmamasını isteyebilir. Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur, aksi halde tahkim yargılaması sona erer.*”

Kanaatimizce yukarıda ifade ettiğimiz üzere MTK m. 16/C hükmünün bu doğrultuda yeniden kaleme alınması hem adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkını teminat altına alacak hem de yatırımcılar nezdinde ülkemizin tahkime bakış açısını kuvvetli gösterecektir.⁴¹ Bu durumun nasıl gerçekleşeceğini bir örnekle aktarmak gerekirse örneğin yeni yeni büyüme gösteren X şirketinin uluslararası ithalat yapmaya başladığını düşünelim. Mal getirme anlaşmasında tahkim şartının yer aldığı ve MTK'nın uygulanacağını nazara alırsak karşı taraftan kalitesiz mal teslimi aldığı iddiasıyla dava açmak isteyen X şirketi birden fazla sorunla karşılaşabilir. Öncelikle neden üçüncü kişi finansmanının Türk hukukuna kazandırılması gerektiğine yönelik gerekçe olarak sunduğumuz ‘sonradan meydana gelebilecek ekonomik güçlük’ nedeniyle doğrudan tahkim yargılamasına başvuramayabilir. Akdettiği sözleşmede tahkim klozu öngörüldüğü için devlet mahkemesine de gidemeyebilir. Böyle bir durumda da aslında özünde haklı olduğu bir sebepten ötürü hakkını elde edemez ve AİHS m. 6 kapsamında kalan mahkemeye/adalete erişim hakkından mahrum kalır. Bir başka sorun olarak da tahkim konusunda tecrübesi olmadığı için ve deneyimsizlik nedeniyle masrafların çok olabileceğini öngördüğü için tahkim sürecini sıhhatli yürütemeyebilir. İşte böyle bir durumda da üçüncü kişi finansmanı olan bir fon şirketinin varlığı X şirketini hem tahkim masraflarından kurtarır hem de tahkim deneyimsizliğini kendi bilgi ve tecrübeleriyle bertaraf eder. Böylelikle X şirketi hakkını akdettiği tahkim sözleşmesinde uygulanması öngörülen MTK'nın bünyesinde yer alan ‘üçüncü kişi

⁴¹ Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkını güçlendirebilmek adına Türk hukukuna kazandırılmasını önerdiğimiz ‘üçüncü kişi finansmanı’ kurumunun tam anlamıyla hukukumuzda entegresi için MTK’da çeşitli düzenlemeler yapmak gerekecektir. Bunlardan birincisi hakemin finansman kuruluşla arasında bir ilişkinin varlığı söz konusu olduğunda bu durumun bir hakemin reddi sebebi olarak öngörülmesi gerekeceğidir. Çalışmanın ‘Bağımsız ve Tarafsız Yargı Yerinde Yargılanma Hakkı’ başlığı altında görüleceği üzere hakemlerin bağımsızlığı, tahkimde geniş bir yoruma muhatap olur. Hal böyle olunca hakemlerin aynı zamanda avukat, akademisyen vb. farklı kimlikler taşıdığı nazara alındığında hakem ile finansman arasında bağımsızlığı ihlal edebilecek bir durumun ret sebebi olarak öngörülmesi gerekir. Bu düzenlemenin de MTK’ya hakemin reddinin düzenlendiği 7. maddede ‘hakemin finansmanla bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartlar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir’ minvalinde bir düzenlemeyle yapılabileceği kanaatindeyiz. Üçüncü kişi finansmanı için MTK’da yapılması gereken bir diğer düzenleme yargılama giderlerine yöneliktir. Her ne kadar MTK’nın üçüncü kişi finansmanına yönelik önerdiğimiz değişikliği bünyesine katması halinde finansöre ödenecek ücret MTK’da bir yargılama gideri olarak düzenlenmese de, yeni bir kurum olacağı için farklı bir uyumsuzluğa konu olmaması için hukuki belirlilik ilkesi adına finansmana ödenecek ücretin bir yargılama gideri sayılmayacağını açıkça belirtilmesi kanaatindeyiz. Çünkü finansöre başvuracak davacı ile finansman arasındaki finansörlük sözleşmesi ayrı bir sözleşmedir ve borçlar hukukuna hâkim olan temel ilkelerden biri olan ‘sözleşmenin nisbiligi’ prensibi gereği davalının tahkim yargılamasını kaybetmesi halinde finansman giderinden ayrıca sorumlu tutulmaması gerekir.

finansmanı” sayesinde rahatlıkla elde eder. Bu durum ise yatırımcılar nezdinde Türk hukukunu adil yargılanma hakkının engellerinin bertaraf edildiği, milletlerarası tahkimin engellerinin ortadan kaldırıldığı ve tahkimin sürdürülebilmesine yönelik düzenlemeler içeren bir hukuk sistemi olarak görülmesini sağlar.⁴² Aynı şekilde tahkim kurumunun tercih edilmesindeki temel nedenlerden birinin devlet yargılamalarına güvenilmemesi olduğu düşünüldüğünde, bu şekilde bir düzenlemenin kabulü, ülkemizin tahkim anlaşmasının taraflarını desteklediğini gösteren, milletlerarası ticareti destekleyen bir bakış açısıyla bu kuruma verdiğimiz önemi ortaya koyan bir hal de olacaktır. Hakeza tahkimdeki yargılama giderlerinin üçüncü kişi tarafından finansmanına cevaz verilmesi, verilecek kararın tenfizinde devlet mahkemeleri tarafından sözleşme özgürlüğü kapsamında bu tarz bir sözleşmenin kamu düzeni engeline takılmayacağını garanti edecektir. Son olarak yasa tasarısında yargılama giderleri için üçüncü kişiyle yapılacak müzakerenin tahkim anlaşmasının karşı tarafına bildirilmesini zorunlu kılan önerimiz, hem tahkim yolunu seçen tarafların uyuşmazlıklarını gizli tutma tercihlerine riayet edecek hem de açıkça dayanaktan yoksun bulunan tahkim yargılamalarının sulh, uzlaşma gibi alternatif yollarla çözüme kavuşturulmasına hizmet edebilecektir. Çünkü karşı tarafın bir fon şirketiyle anlaşmasını öğrenen taraf, ancak kazanılma ihtimali yüksek davaların finanse edildiği şüphesine kapılabilecek ve yargılamayı uzlaşma ya da farklı bir yolla sona erdirebilecektir.⁴³ Böylelikle de taraflar arasındaki uyuşmazlık daha hızlı çözülebilir hale gelecektir.

3.2. Bağımsız ve Tarafsız Yargı Yerinde Yargılanma Hakkı

AİHS m. 6 uyarınca yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılama yapılması, adil yargılanma hakkı açısından elzem bir gerekliliktir.⁴⁴ Adil yargılanma hakkı açısından unsurun kavranabilmesi için AİHS lafzında geçen ‘*yasayla kurulmuş*’, ‘*mahkeme*’, ‘*bağımsız*’ ve ‘*tarafsız*’ ibarelerine açıklık getirmek gerekmektedir.

Öncelikle ‘*yasayla kurulmuş*’ ibaresinden anlaşılması gereken, mahkemenin tabi hâkim ilkesine uygun olarak kurulmuş olması, olaydan önce kurulmuş ve somut olayla bağlantılı olarak kurulmamış mahkeme olmasını ifade eder.⁴⁵

⁴² Benzer bir örnek için bkz. EKEN (n 37) s. 32.

⁴³ BOZKURT (n 33) s. 177 vd.

⁴⁴ Bu unsurun Türk hukuku açısından doğrudan anayasanın 36. ve 37. maddeleri ile ilişkili olduğu söylenebilir.

⁴⁵ TAN (n 6) s. 125. HOŞTEN (n 8) s. 1548. TANRIVER (n 6) s. 194. AİHM, *Posoklov V. Rusya* başvurusunda bir mahkemenin yasayla kurulup kurulmadığının tespitinde şu kıstasların aranacağını öngörmüştür: (1) *Mahkemeyi kuran düzenlemenin meclisin iradesinden kaynaklanması gerekir.* 2. *Mahkemenin yasayla önceden düzenlenmiş usule ve hukuka uygun olarak kurulması gerekir.* ÇAYAN (n 29) s. 246.

Madde lafzında geçen “mahkeme” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği yukarıda açıklanmıştır.⁴⁶ Sözleşmede yer alan “*mahkeme*” kavramı ilgili karar organının bazı özelliklere sahip bulunması halinde, iç hukukta mahkeme olarak kabul edilmese de, sözleşme organları tarafından mahkeme olarak kabul edilme sonucu doğurur.⁴⁷ Nitekim AİHM mahkemeyi; kesin ve yürütülebilir bağlayıcı nitelikte karar verme yetkisine haiz, kararları yargısal olmayan bir makam tarafından değiştirilemeyen, soyut hukuk normlarını somut olaya uygulayan ve devamlı bir şekilde önüne gelen uyuşmazlıkları çözen bir merci olarak tanımlamaktadır.⁴⁸

AİHS m. 6 lafzından hareketle yapılan “yasa ile kurulmuş”⁴⁹ ve “mahkeme” tanımlarına yönelik gerek doktrin gerek AİHM içtihatları gözetildiğinde tahkimin de AİHS anlamında bir mahkeme hüviyetine sahip olduğunun dolaısıyla tahkim yargılamasında adil yargılanma hakkının tesisi için hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması gerektiğinin kabulü gerekir.⁵⁰

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. 3.1. numaralı başlık.

⁴⁷ Sibel İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi- 4* (1.baskı, MRK Baskı ve Tanıtım Hiz Tic Ltd Şti 2018) s. 69.

⁴⁸ ÇAYAN (n 29) s. 244. Anayasa mahkemesi *İsmail Taşpınar* başvurusunda, ilgili karar organının mahkeme olarak değerlendirilebilmesi için uyuşmazlık konusu vakıayı hem maddi hem de hukuki açıdan çözmeye yetkisine haiz ve dava konusu uyuşmazlığı bağlayıcı bir biçimde sonuçlandırma yetkisinin bulunması gerektiğini belirtmiştir. İNCEOĞLU (n 47) s. 70.

⁴⁹ Çalışma kapsamında “yasa ile kurulmuş” ibaresi için yapılan açıklamalarda yer alan “olaydan önce kurulmuş, somut olayla bağlantılı olarak kurulmamış” ifadelerinin burada vardığımız sonuçla çeliştiği ileri sürülebilir. Çünkü bilindiği gibi tahkim yargılamasında uyuşmazlık tarafların seçtiği hakemler tarafından yürütülür ve hakem sayısının tamamlanmasıyla adeta bir mahkeme kurulmuş olur. Ancak tahkimin *sui generis* mahiyeti gereği esasen burada bir çelişki yer almamaktadır. Çünkü hukukumuz tekeline taraflar tahkim yargılamasında hakem seçimini kendileri gerçekleştirir. Ancak MTK m. 7 gereği hakem sayısının tek olması gerekir. Hal böyle olunca taraflar tabi hâkim ilkesine aykırı bir hususla karşılaşmaz. Nitekim tabi hâkim ilkesi, esasen tarafların durumuna özgü iradesi dışında kurulan bir merci tarafından yargılanmasının yapılmamasını güvence altına almaktadır. Halbuki ifade ettiğimiz üzere tahkimin mahiyeti gereği taraflar tahkim yargılamasında kendilerini yargılayacak kişileri seçme hakkına sahiptir.

⁵⁰ Doktrinde KAYALI, adil yargılanma hakkı kapsamındaki tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkını milletlerarası ticari tahkimin kurucu unsurlarından biri olarak görmektedir. Yazar bu bağlamda, AİHS’de yer alan tarafsızlık ve bağımsızlığa ilişkin hususların hakemler tarafından referans alınabilmesi için AİHS’in hakemler açısından da bağlayıcı nitelik arz ettiğinin kabulü gerektiğini, tahkim yargılamasında hakemlerin üstlendikleri vazife gereği bağımsız ve tarafsız olması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar tahkim yargılamasının, milli mahkemelerde süregelen bir hüküm tesis etme süreci gibi olduğunu, bu doğrultuda adaletin tesis edilmesi için konulmuş bulunan usuli garantilerin dışında kalamayacağını savunmaktadır. KAYALI (n 19) s. 30-31.

AİHS m. 6 kapsamındaki “bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı” unsurunun tahkim yargılaması açısından da geçerli olduğunu ifade ettikten sonra hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının ne olduğunun da netleştirilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin tarafsızlığı, *hakemin zihinsel olarak veya ihtilafın konusuna yönelik bir eğiliminin bulunmaması ve bu eğilimler sonucunda taraflardan birinin lehine hareket etmemesi* olarak tanımlanabilir.⁵¹

Bağımsızlık ise, *hakemlerle taraflar arasında profesyonel, ekonomik veya diğer nitelikte bir ilişkinin bulunmaması, hakemle uyumsuzluk konusu arasında bir çıkar ilişkisinin olmaması ve hakemin bunun sonucu olarak taraflara objektif davranabilmesi* olarak tanımlanabilir.⁵² Kuşkusuz yargılayanın bağımsız olması ihtilafı çözecek kişide bulunması elzem bir vasıftır.⁵³ Bu sebeple hakemler de hakimler gibi bağımsız olmakla mükelleftir. Olağan yargılamadan farklı olarak tahkim yargılamasında hakemlerin, taraflarla ilişkilerinin yanı sıra sıra taraf vekilleriyle olan ilişkileri de hakemlerin karar verme özgürlüğünü etkileyebilecek nitelikteyse bağımsızlık ilkesinin ihlaline sebebiyet verir.⁵⁴ Tahkim yargılamasında hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının devlet mahkemelerindeki hakimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığından farklılık göstermesinin nedeni, hakemlerin hakimlerden farklı olarak hakemlik mesleği dışında

⁵¹ Hüseyin Akif KARACA, ‘Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller’ (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 207-208. Doktrinde benzer yönde yapılan tanımlar için bkz. Özlem BURDURLU, ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016) s. 43. Özge TOSUN, ‘Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı’ (2013) 8 Terazi Hukuk Dergisi, s. 94. Tarafsızlık hususunda AİHM, *Micallef/ Malta* kararında, tarafsızlığı ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. AİHM mahkeme üyesinin kendi kişisel tarafsızlığının sübjektif tarafsızlık kapsamında kalacağını ve aksi ispat edilinceye kadar devam edeceğini, yargılamayı yapan makamın kurumsal olarak tarafsız olmasını ise objektif tarafsızlık kapsamında değerlendirip kişilerin tarafsız bir merci tarafından yargılanmadıkları izlenimi veren nesnel verilerin bulunması halinde tarafsızlığın mevcut olmayacağını ortaya koymuştur Detaylı bilgi için bkz. AKBULUT, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (n 6) s. 128.

⁵² KARACA (n 51) s. 207. Doktrinde yapılan benzer tanımlar için bkz. Süheyla BALKAR BOZKURT, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016) s. 94. AKINCI (n 3) s. 158. BURDURLU (n 51) s. 43. TOSUN (n 51) s. 94. AİHM içtihatlarında bağımsızlık, mahkemenin yasama ile yürütmenin baskısı ve tesiri altında kalmadığı, taraflarla herhangi bir ilişkisinin bulunmadığı, mahkeme mensuplarının görevlerini yaparken emir ve talimat almaması unsurlarını bünyesinde bulunduran bir kavram olarak açıklanmıştır. TANRIVER (n 6) s. 196.

⁵³ BOZKURT (n 52) s. 93.

⁵⁴ KAYALI (n 19) s. 20.

avukat, akademisyen, mühendis gibi farklı meslekler icra edebilmeleridir.⁵⁵ Aynı zamanda hakem kararlarının hâkim kararlarından farklı olarak esastan incelemeye tabi tutulmayıp denetim olarak öngörülen kanun yollarının sınırlı olması hususu da hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını hakimlere nazaran farklı kılmaktadır.⁵⁶

Buraya kadar anlatılan teorik bilgileri somutlaştırmak gerekirse, milletlerarası ticari tahkim uygulamalarında adil bir yargılanmanın teminatı olan hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının, tahkim yargılamasında kendisini nasıl gösterdiğini açıklamak gerekir. Milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını teminat altına alabilmek amacıyla hakemlere bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Bu doğrultuda hakemler, kendilerine belirli bir tahkim yargılamasında hakemlik teklif edildiğinde, taraflarla veya onların avukatlarıyla daha önce ya da mevcut olan profesyonel, ekonomik, ailevi ve sosyal ilişkilerini bildirmeleri gerekir.⁵⁷ Nitekim MTK'nın 7. maddesinde de kendisine hakemlik önerilen bir kimsenin, görevi kabul etmeden önce tarafsızlığı ve bağımsızlığından şüpheyi gerektiren hususları açıklamak zorunda olduğu belirtilmiştir. Hakemlerin bildirim yükümlülüğünün süresi açısından ise gerek MTK düzenlememizde gerek doktrinde hakemin bildirim yükümlülüğünün tahkim süresi boyunca devam edeceği kabul edilmektedir.⁵⁸

Sonuç olarak milletlerarası ticari tahkimde hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında *hakemin reddi* prosedürü öngörülmüşse de tarafsızlık ve bağımsızlığı ihlal eden bir durumun AİHS m. 6 uyarınca adil yargılanma hakkı kapsamında da değerlendirilmesi, sözleşmenin uygulanabilirliğinin göz önünde bulundurulması gerekir.

3.3. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

AİHS m. 6 kapsamındaki adil yargılanma hakkının bir diğer unsuru, makul sürede yargılanma hakkıdır. Bu hak Magna Carta'dan beri ifade edilmekte olup adaletin ertelenmemesi, geciktirilmemesi fikrine dayanmaktadır.⁵⁹

⁵⁵ KARACA (n 51) s. 209. Yargıtay 13. HD, 2385/2161, 26.09.1974 tarihli bir kararında uyuşmazlığın bir tarafının banka olduğu bir ihtilafta banka idare meclisinin hakem olarak tayin edilmesine ilişkin şartı geçersiz kabul etmiştir. AKINCI (n 3) s. 158.

⁵⁶ KARACA (n 51) s. 209. Doktrinde hakemlerin bağımsızlığı hususundan hakimlerden ayrı bir biçimde ele alınması gereken bir durum olduğu görüşü hakimdir. Bu görüşün temelinde hakimlerin yargılama yetkisini kamu gücünden alırken hakemlerin taraf iradesinden almaları, hakimlerin verdikleri kararın kamu adına verirken hakemlerin taraflar adına vermeleri düşüncesi yatmaktadır. Bu farklılık ise doktrinde hâkim ile hakemin kime karşı bağımsız olması gerekeceğinin tayininde önemli bir durum olarak görülmektedir. BOZKURT (n 52) s. 95.

⁵⁷ KARACA (n 51) s. 210.

⁵⁸ KAYALI (n 19) s. 77.

⁵⁹ Ayşe ÖZKAN DUVAN, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 289.

Genel anlamda makul sürede yargılanma hakkı, yargı yoluna başvuran herkesin mümkün olan en kısa sürede uyuşmazlığının çözülmesine hizmet eden bir haktır.⁶⁰ Makul sürede yargılanma hakkının amacı, kişileri uzun yargılama süreçlerinden korumaktır.⁶¹ Neticede yargılamayı geciktirmek, adaleti sağlamayı reddetmekle eş değer hal alacaktır.⁶²

Makul sürenin tayini açısından meydana gelen uyuşmazlıklarda kesin bir süre tayin etmek mümkün değildir. Çünkü her davanın bünyesinde bulunduğu farklılık, mutlak bir makul süre tayinine engel olmaktadır.⁶³ Ancak makul süre değerlendirmesinde başlangıç ve bitiş sürelerini tayin etmek büyük önem arz etmektedir. Burada makul sürenin başlangıcı açısından hukuk davalarında genel kabul edilen ilke, mahkemeye başvuru tarihinin makul sürenin başlangıç anı olarak kabul edileceğidir.⁶⁴ Makul sürenin bitim hali ise, hükmün şekli anlamda kesinleştiği zamanı ifade edecektir.⁶⁵

AİHM önüne gelen uyuşmazlıklarda makul süre tayinine giderken kesin bir süre ölçütünde bulunmaktan ziyade; davanın karmaşıklığı⁶⁶, başvuruçunun tutumu⁶⁷, yetkili makamların tutumu⁶⁸ ve uyuşmazlık konusunun başvuru için

⁶⁰ Sıla TATLIDİL, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı - Sürenin Aşılması ve Sonuçları' (2019) 32 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 10. Ali AYDEMİR, *Makul Sürede Yargılanma Hakkı* (2.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) s. 28.

⁶¹ TATLIDİL (n 60) s. 14. *Wemhoff/Germany* başvurusunda AİHM, makul sürede yargılanma hakkına ilişkin devletlere yüklenen görevin amacını, bütün hak arayanlar için bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak olduğunu vurgulamıştır. İNCEOĞLU (n 47) s. 265.

⁶² ARTIK (n 8) s. 249.

⁶³ TATLIDİL (n 60) s. 15. Cadide ŞENTÜRK and Tuğba BAYZİT, 'Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2011) 6 Ceza Hukuku Dergisi, s. 137. İNCEOĞLU (n 47) s. 266.

⁶⁴ TATLIDİL (n 60) s. 23. TANRIVER (n 6) s. 199. DUVAN (n 59) s. 312.

⁶⁵ TANRIVER (n 6) s. 199.

⁶⁶ Dava konusunun karmaşıklığı başlığına; hukuki meselenin çözümündeki güçlük, delillerin elde edilmesinde karşılaşılan zorluklar, kişinin şahsına münhasır hastalık veya tutukluluk gibi haller, maddi olayların karmaşık olması, tanık sayısının fazlalığı ve bilirkişi deliline ihtiyaç gibi olgular AHİM tarafından davanın karmaşıklığı başlığı altında ifade edilmiştir. İNCEOĞLU (n 47) s. 270, dn. 811.

⁶⁷ Başvuruçunun davranışlarından kaynaklanan gecikmelerden devlet sorumlu olmayacaktır. Bu doğrultuda başvuruçunun üzerine düşeni yapmış olması, bir başka ifadeyle gerekli özeni göstermesi gerekir. İNCEOĞLU (n 47) s. 271.

⁶⁸ Devlet, yargısal ve idari organlarından kaynaklanan gecikmelerden mesuldür. Bu başlık altında dosyanın veya bir belgenin bir mahkemeden diğerine gönderilmesindeki gecikme ya da hükmün yazılmasındaki gecikme, rapörtör atanmasındaki gecikme gibi somut durumlar AHİM kararlarında tartışılmış, ilgili merciler sorumlu tutulmuştur. İNCEOĞLU (n 47) s. 273.

önemini⁶⁹ göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmaktadır.⁷⁰ Anayasa Mahkemesi (AYM) ise genel çerçevede AİHM ile aynı kanaatte olup makul süre tespitinde davanın karmaşıklığı, tarafların ve yetkili makamların yargılamadaki tutumunu, yargılamanın kaç dereceli olduğunun dikkate alınarak hangi unsurun gecikmeye sebebiyet verdiğinin tespiti yoluna gidilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁷¹

Buraya kadar yapılan açıklamalar bir yargılama faaliyetinin yürütüldüğü milletlerarası ticari tahkim uygulamalarına uyarlandığında, makul süre tayininin tahkim yargılamasında da aktarılan açıklamalar doğrultusunda vücut bulacağı belirtilmelidir. Türk hukuku açısından bu doğrultuda MTK m. 10 uyarınca taraflara karşılıklı uzlaşma sonucu tahkim süresini belirleme hakkı tanınmış belirlenen süreye riayet edilmemesinin ise MTK m. 15'de hakem kararının iptali sebebi olarak yer alması, adil yargılanma hakkına verilen bir önem olarak atfedilebilir.⁷² Hakeza MTK m. 10 düzenlemesinin devamında tarafların tahkim süresi için anlaşamaması halinde bu sürenin mahkeme tarafından kesin olarak belirleneceği hükmünün mevcudiyeti, yasanın adil yargılanma hakkına verdiği bir önem olarak kabul edilmelidir.

Son olarak AİHM ve AYM içtihatlarında makul süre tayini yapılırken başvuru kistaslarından biri olan yetkili makamların tutumu, milletlerarası ticari tahkim yargılaması açısından makul süreye riayetin tespitinde göz önünde bulundurulacak bir diğer kıstası teşkil edecektir. Nitekim yargılamayı yürüten hakemlerin tutumunun uyuşmazlığın makul sürede çözülmesini sağlayacak nitelikte olması gerekir. Aksinin kabulü adil yargılanma hakkının ihlali olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin hakemlerin ücretinin yargılamanın süresine entegre olarak yapıldığı bir tahkim sözleşmesinde, hakemlerin fazla ücret almak adına yargılamayı uzatıcı nitelikte sergilediği davranışlar eş zamanlı olarak adil yargılanma hakkını ihlal etmiş olacaktır.

3.4. Aleni Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkı kapsamında kalan aleniyet ilkesi, hem kamunun muhakeme sürecini takip etmesine hem de muhakeme süreci sonucunda verilen

⁶⁹ Örneğin çocuğun menfaatinin korunmasına yönelik uyuşmazlıklar, kişinin akıl sağlığına ilişkin uyuşmazlıklar bu başlık altında değerlendirilir. İNCEOĞLU (n 47) s. 276.

⁷⁰ TATLİDİL (n 60) s. 20-22. TANRIVER (n 6) s. 199-200. ERDOĞAN (n 9) s. 124.

⁷¹ Neylan Reyhan KÜRTÜR, 'Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) s. 36.

⁷² Hukukumuzda benzer bir düzenleme iç tahkime ilişkin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almaktadır. Bahsi geçen kanunun 439. maddesinde kararın hakem süresi içerisinde verilmemesi bir iptal sebebi olarak düzenlemiştir. Hakeza MTK m. 10 ile paralel bir düzenleme de 6100 sayılı yasanın 427. maddesinde yer almıştır. Dolayısıyla iç tahkim açısından da yasa koyucunun aynı amacı taşıdığı sonucuna varılabilecektir.

kararı öğrenebilmesine imkan sağlayan bir ilkedir.⁷³ Bu ilkenin varlığıyla, halkın yargılamayı izleyebilmesi sağlanarak mahkemelerin görevlerini bağımsız ve tarafsız şekilde icra ettiği, hakimlerin daha titiz ve dikkatli davrandığı, keyfi işlem ve uygulamaların olmadığı bir yargılama ortamı yaratılır.⁷⁴ *Delcourt* kararında AİHM, aleniyet ilkesinin önemini salt adaletin tecelli etmesinin yetmeyeceği, bunun nasıl tecelli ettiğinin de görülmesi gerektiğinin altını çizerek vurgulamıştır.⁷⁵ Bir başka kararında AİHM, aleni yargılamanın adaletin kamuoyunun denetimine açık olması sonucu davacıları koruyan, alt ve üst mahkemelere güven duyulmasını sağlayan ve AİHS'deki anlamıyla demokratik toplumların temel ilkelerinden birinin teminatı olan adil yargılanma hakkına katkısı bulunan bir ilke olduğunu belirtmiştir.⁷⁶

AİHS m. 6 kapsamındaki aleni yargılanma hakkı, mutlak bir hak değildir. Nitekim sözleşmede genel ahlakın, kamu düzeni veya ulusal güvenliğin, küçüklerin çıkarının veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliğinin gerektirdiği ya da aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda, yargılamanın kısmen veya tamamen kapalı yapılabileceği kabul edilmiştir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar milletlerarası ticari tahkimde değerlendirildiğinde ise AİHS m. 6 kapsamındaki aleni yargılanma hakkı, tahkimde vücut bulmayacaktır. Çünkü devlet yargısı yerine tahkim yargısını seçen taraflar, uyuşmazlıklarının hızlı çözülmesini istemekle beraber, uyuşmazlık konusu olan ticari sırlarını da alenileştirmek istemez. Dolayısıyla burada aleni yargılanma ilkesi uygulanmaz. Ancak çalışmanın önceki fasıllarında vurguladığımız üzere, tarafların AİHS m. 6 tekelindeki aleni yargılama hakkından feragat etmeleri, topyekûn bir şekilde adil yargılama hakkının sağladığı tüm korumalardan feragat etmesi şeklinde yorumlanamaz.⁷⁷ AİHM'in *Delcourt* kararında ifade ettiği gibi, demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak sağlanması o denli bir öneme sahiptir ki AİHS m. 6/1'in kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanma-

⁷³ ARTIK (n 8) s. 305.

⁷⁴ Hüseyin TURAN, 'Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı' (2009) 4 Ceza Hukuku Dergisi, s. 253.

⁷⁵ TURAN (n 74) s. 254. *Delcourt* kararına konu olan olayda başvuru Yargıtay Başsavcılığından bir savcının duruşmada mütalaasını bildirdikten sonra müzakereye katılmasının iç hukuka uygun ancak AİHS'e uygun olmadığından hareketle başvuruda bulunmuştur. AİHM ise bu durumu adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Jale KALAY, 'AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Denetimi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007) s. 260.

⁷⁶ TAN (n 6) s. 133.

⁷⁷ 2 No'lu başlık.

sı, bu hükmün hedefi ve amacıyla bağdaşmayacaktır.⁷⁸ Hakeza nasıl ki, AİHS m. 6 lafzında yer alan birtakım sebeplerden ötürü aleni yargılanma hakkına istisna getirilmesi mümkün ve bu doğrultuda aleni olmayan bir yargılamada adil yargılanma hakkı geri kalan unsurlarıyla vücut buluyorsa, aynı hususu tahkim yargılaması açısından da kabul etmek gerekir. Nitekim yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü tahkimde tarafları adil yargılanma hakkından mahrum kılmak, ne AİHS m. 6'nın amacıyla ne de AİHM'in *Delcourt* kararında benimsediği gayeyle bağdaşır. Neticede önemli olan aleni yargılamasının mutlak bir şekilde gerçekleştirilmesi değil, aleniyet ile istenen sonuca ulaşabilmektir. Aleniyet ilkesiyle esasen ulaşılmak istenen amaç da yargılamasının keyfililiğinin önüne geçebilmek, toplumun gözü önünde yargılamasının taraflarını korumaktır.⁷⁹

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkı, milletlerarası ticari tahkim yargılamasında da uygulanır. Kişiler üzerinde icrai sonuçlar doğurma yetkisine haiz, yargısal bir faaliyetin yürütüldüğü milletlerarası ticari tahkim yargılamasına başvuran taraflar, adil yargılanma hakkı gibi temel bir insan hakkından mahrum bırakılamaz. Nitekim demokratik toplumlarda adaletin hakkaniyete uygun olarak sağlanması o denli bir öneme sahiptir ki AİHS m. 6'nın kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanması, bu hükmün hedefi ve amacıyla bağdaşmayacaktır.

Soyut bir manada hukuk devleti olma nosyonunu benimseyen, somut manada ise AİHS m. 1'i kendisine rehber edinen bir devlet, adil yargılanma hakkını teminat altına almakla mükellef olduğu gibi, bu hakkın korumasını artıran düzenlemeler yapmakla da yükümlüdür. Bu doğrultuda milletlerarası ticari tahkim yargılaması nezdinde, var olan bir tahkim anlaşmasında ödeme güçlüğüne düşen bir tarafın, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkının korunması gerekir. Burada ise başta adil yargılanma hakkını teminat altına alabilmek, ardından ülkemizin milletlerarası tahkime bakışını güçlendirebilmek adına, *Third Party Funding* (Tahkim masraflarının üçüncü kişilerce karşılanması) kurumunun Türk hukukuna kazandırılması isabetli olacaktır. Bu doğrultuda çalışma kapsamında önerdiğimiz madde değişiklik önerisinin Milletlerarası Tahkim Kanunu'na kazandırılması, milletlerarası tahkimde ülkemizi bir adım öne taşıyacaktır. Neticede bu kurum; kamu düzeni engeline takılmayıp tenfizi kolaylaşan, adil yargılanma hakkını güçlendiren, sözleşme özgürlüğü ilkesine saygı gösteren ve yabancı yatırımcılar nezdinde ülkemizi cazibe merkezi haline getirecek bir ortam yaratacaktır.

⁷⁸ Cüneyd ALTIPARMAK, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları' (2006) 19 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 244, dn.2.

⁷⁹ HOŞTEN (n 8) s. 1548.

Adil yargılanma hakkının bir alt başlığı olan bağımsız ve tarafsız yargı yerinde yargılanma hakkı, tahkim yargılamasında da dikkate alınır. Madde lafzında yer alan bu unsurdan hareketle hakemler tarafından yapılan tahkim yargılaması gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerek Anayasa Mahkemesi içtihatları göz önüne alındığında bir mahkeme sıfatını taşır. Hal böyle olunca hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığını ihlal eden bir durumu aynı zamanda, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmek gerekir. Nitekim yargısal bir faaliyetin yapıldığı, kişiler üzerinde icrai kararların alındığı bir mecrada, yargılamayı yapanın taraflı ve bağımlı olması düşüncülemez.

Adil yargılanma hakkının bir gereği olarak herkes, makul sürede yargılanma hakkına sahiptir. Bu doğrultuda tahkim yargılanmasında hakemlerin yargılamayı uzatacak nitelikte eylemleri, tahkim süresinin belirlenmesinin sürüncemede kalması gibi yargılamayı uzatan olgular, ‘makul süre’ değerlendirmesini zorunlu kılar.

Adil yargılanma hakkının bir diğer unsuru olan aleni yargılanma hakkı, milletlerarası tahkimde uygulanmaz. Çünkü uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim usulünü benimseyen taraflar, uyuşmazlığın hızlı çözülmesini arzulamakla beraber ticari sırlarının alenileşmesini istemez. Ancak aleni yargılanma hakkı AİHS anlamında mutlak bir hak değildir. Nasıl ki AİHS madde lafzında geçen sebeplerden ötürü kapalı yapılan bir yargılamada adil yargılanma hakkı diğer unsurlarıyla mevcudiyetini sürdürüyorsa, milletlerarası tahkimde de yargılamanın aleni yapılmaması topyekûn adil yargılanma hakkının korumalarından feragat olarak değerlendirilemez. Neticede AİHS m. 6 kapsamında kalan bazı haklar, demokratik bir toplumda kişiler gönüllü bir şekilde hareket etse dahi vazgeçilemez niteliktedir.

KAYNAKÇA

AKBULUT L, ‘1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Bağımsız ve Tarafsız Mahkemeye Erişim Hakkı Bağlamında Tahkim’ (2020) 2 Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-144.

AKBULUT O, ‘Adil Yargılanma Hakkı’ (2002) 1 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175-207.

AKINCI Z, *Milletlerarası Tahkim* (4.baskı, Vedat Kitapçılık 2016).

ALTIPARMAK C, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Altıncı Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları’ (2006) 19 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 244-270.

ARTIK SA, *Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2014).

ATASEVEN MB, 'Third-Party Funding In International Arbitration' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

AYDEMİR A, *Makul Sürede Yargılanma Hakkı* (2.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

BOZKURT SB, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (2015) 10 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-222.

BOZKURT SB, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2016).

BURDURLU Ö, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).

CAN H and TUNA E, *Milletlerarası Tahkim Hukuku* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

ÇAYAN G, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (2016) 28 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 235-272.

DÜRÜSTKAN S, 'Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).

DUVAN AÖ, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-336.

EKEN C, 'Uluslararası Tahkim ve Uluslararası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).

ERDOĞAN G, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2011).

ERGENÇ FG, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).

ERGÜN MK, 'Türk Anayasa Hukukunda Mahkemeye Erişim Hakkı' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).

EROĞLU E, 'Due Process Rights in Arbitration in the Light of the Austrian Supreme Court's Decision: Remote Hearings During the Pandemic' (2022) 10 Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 105-122.



HOŞTEN Z, ‘Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı’ (2019) 14 Terazi Hukuk Dergisi 1544-1551.

HUYSAL B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik* (1.baskı, Vedat Kitapçılık 2010).

İNCEOĞLU S, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı* (4.baskı, Beta Yayınları 2013).

İNCEOĞLU S, *Adil Yargılanma Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 4* (1.baskı, MRK Baskı ve Tanıtım Hiz Tic Ltd Şti 2018).

KALAY J, ‘AİHM Kararları Işığında Etkili ve Etkin Bir İdari Yargı Dene-timi’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007).

KARACA HA, ‘Milletlerarası Tahkimde Hakemin Reddi Sebebi Olarak Hakemin Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Ortadan Kaldıran Haller’ (2015) 21 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 205-238.

KARAN H, *Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi* (Prof Dr Mahmut Tefvik Birsal’e Armağan 2001).

KAYALI D, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2015).

KESKİN CY, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017).

KÜRTÜR NR, ‘Makul Sürede Yargılanma Hakkı’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019).

MERT BM, *Milletlerarası Tahkimde Üçüncü Kişi Finansmanı* (1.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

MURAJ F, ‘Türk ve Arnavutluk Hukukunda Milletlerarası Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2016).

NOMER E, EKŞİ N and GELGEL GÖ, *Milletlerarası Tahkim Hukuku Cilt 1* (5.baskı, Beta Yayınları 2016).

ÖZBEK MS, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (4.baskı, Yetkin Yayınları 2016).

ÖZDEMİR İ, ‘Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).

ÖZKAN I, 'Adil Yargılanma Hakkı'nın Uluslararası Özel Hukuka Etkisi' (2017) 19 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof Dr. Şeref ERTAŞ'A Armağan 1767-1834.

ÖZTURANLI B, *Devletlerarası Tahkim* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2016).

POYRAZ Bİ, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu İle Çözümü* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2021).

ŞENTÜRK C and BAYZİT T, 'Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2011) 6 Ceza Hukuku Dergisi 125-159.

TAKCI T, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2017).

TAN İ, 'Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Halinde Gidilebilecek Yasal Yollar' (2018) 15 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-159.

TANRIVER S, 'Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı' (2004) 17 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 191-215.

TATLIDİL S, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı- Sürenin Aşılması ve Sonuçları' (2019) 32 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9-49.

TOSUN Ö, 'Hakemlerin Tarafsızlığı ve Bağımsızlığı' (2013) 8 Terazi Hukuk Dergisi 93-104.

TURAN H, 'Adil Yargılanma Hakkının Bir Unsuru Olarak Aleni Yargılanma Hakkı' (2009) 4 Ceza Hukuku Dergisi 247-257.

ZABUNOĞLU Y, 'Adil Yargılanma Hakkı ve Adil Yargılama Yapma Görevi' [1998] Yeni Türkiye İnsan Hakları Özel Sayısı II 900-940.

