

TAHKİMDE CEZA HUKUKU SORUNLARI

Güneş OKUYUCU-ERGÜN *

GİRİŞ

Genellikle tahkim yargılaması ve ceza hukukunun birbirinden çok farklı alanlar oldukları ve kesişim noktalarının bulunmadığı düşünülmektedir. Nitekim tahkim her iki tarafın rızası üzerine ve özel uyuşmazlıklara ilişkin olarak¹ gidilebilen ihtiyarî ve alternatif bir çözüm yolu iken, ceza hukuku taraf rızası aranmaksızın uygulanabilen mecburî bir hukuk dalıdır.² Ayrıca her suç doğrudan ihlâl ettiği bireysel, toplumsal veya kamusal varlık veya menfaatin yanı sıra, devlete ait olan kamusal nitelikteki genel menfaati de ihlâl ettiğinden, ceza hukukunda sadece suçtan doğrudan zarar gören özel pasif süjeye ait özel menfaatler değil, her suç bakımından genel pasif süjeyi teşkil eden devlete ait genel nitelikteki kamusal menfaatler de söz konusudur.³ Ceza hukuku sorunları bakımından, kural olarak, bireyler arasında ya da bireylerle devlet arasında bir uyuşma ya da kendiliğinden cezaya tabi olma söz konusu değildir; aksine, bu konuda daima bir uyuşmazlık

* Ar. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Burada özel uyuşmazlık ifadesi ile kastedilen, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır (Tanrıver, *Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi*, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 104.).

² Ceza kanunlarının mecburiliği ilkesi ile ilgili olarak bkz., Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2006, s. 77. Ceza normlarının ülkede bulunan herkese uygulanacağı konusunda bkz., Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 1997, s. 55-56. Nitekim söz konusu ilke uyarınca, ülkede bulunan herkes, sosyal ve psikolojik durumu ne olursa olsun ceza kanunlarının muhatabıdır.

³ Toroslu, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukukî Konusu*, Ankara 1970, s. 178; Toroslu, *Genel Kısım*, s. 95-96.

olduğu ve bunun da devletin bu işle görevli yargılama makamları (mahkemeler) tarafından çözümleneceği kabul edilir.⁴ İşte bu sebeple “*muhakemesiz ceza olmaz*” ilkesi kabul olunarak, devlete de, bir kimseyi cezalandırabilmek için mahkemeye gidip bu yönde bir karar alma mecburiyeti getirilmiştir.⁵ Oysa tahkim yargılamasının söz konusu olabilmesi, tarafların bu yöndeki iradelerine bağlıdır; yani her ne kadar artık tahkim son derece yaygın ve sıkça tercih edilen bir çözüm yolu haline gelmiş olsa da ihtiyarî ve mahkemelerin genel yetkisine alternatif bir çözüm yoludur.⁶

Tahkim ve ceza hukukunun ilk bakışta kesişim noktalarının olmadığı düşüncesinin bir diğer nedeni ise, cezalandırma yetkisinin hâlâ devlet tarafından kullanılan ve devletin egemenliğinden kaynaklanan bir tekelci yetki olması ve günümüzde her alanda yaşanan küreselleşme eğilimlerine rağmen, devletlerin bu yetkilerini paylaşmaya pek yanaşmamalarıdır.⁷ Esasen ceza hukuku söz konusu olduğunda, devletler diğer hukuk dalları bakımından gösterdiklerinden çok daha fazla hassasiyet ve kıskançlık göstermektedirler.

Şu halde, ceza hukukunun yukarıda belirtilen mecburî olma, devlete ait genel menfaatleri ilgilendirme ve devletlerin bu alandaki yetkilerini paylaşma konusunda son derece isteksiz hatta kıskanç davranmaları gibi özellikleri karşısında, ihtiyarî bir çözüm yolu olan tahkim yargılamasında devlete ait olduğu kabul edilen adalet dağıtma işlevini gerçekleştiren hakemler bir ceza hukuku sorunu ile karşılaştıklarında ne yapacaklardır? Başka bir deyişle, aslında devletin yargıcı olmadıkları halde, yargıçlara benzer bir görev icra eden hakemler, suç teşkil eden bir fiille karşılaşılırsa (bu fiilin suç teşkil ettiği bir mahkeme

⁴ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2006, s. 22; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 125. Cezai bir uyuşmazlığın, mahkeme dışında fakat adil ve mağdurun zararının giderilmesini sağlayacak biçimde halledilmesi olarak tanımlanan *uzlaşma kurumu* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1064 vd.; Yenisey: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul 2005.

⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 65, 67, 125.

⁶ Ancak bazı istisnai hallerde zorunlu tahkim de söz konusu olabilir. Türk hukukunda zorunlu tahkime örnek olarak, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22. maddesi uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyeti ve iş sözleşmelerinin feshine ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi.

⁷ Delmas/Marty, *The European Union and Penal Law*, European Law Journal, Cilt 4, Sayı 1, Mart 1998, s. 87-115.

kararıyla önceden tespit edilmiş olsun ya da olmasın), bunun tahkim yargılamasına konu uyusmazlığın çözümüne etkisi ne olacaktır?

Bu çalışmada, özel hukuk alanındaki tahkim yargılamalarında ve özellikle uluslararası tahkimde, hakemlerin karşılaştıkları ceza hukuku sorunlarının tahkim yargılamasına etkisi incelenmektedir. Başka bir ifadeyle, tahkim yargılamasının asıl konusunu oluşturmamakla birlikte, dolaylı olarak ortaya çıkan ceza hukuku sorunlarının hakem kararı üzerindeki etkileri konu alınmaktadır. Buna karşın, tahkim ile ceza hukukunun bir başka kesişim noktası olan hakemlerin doğrudan ceza yargılaması yapmaları sorunu bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Gerçekten de, ulusal mahkemeler yerine hakemlerin de bazı suçlar açısından ceza yargılaması yapmasının yararlı olacağını düşünenler olmakla birlikte⁸, bu çalışmada ceza hukuku sorunlarının doğrudan değil, dolaylı olarak tahkim yargılamalarında gündeme geldiği durumlar incelenmektedir.

I. CEZA HUKUKU KURALLARININ TAHKİMDE DİKKATE ALINMASININ DAYANAĞI

A. Uluslararası Kamu Düzeni

Yaşadığı acı tecrübeler sonunda insanoğlu, hukuku sadece devletlerin kendi sınırları içinde uygulamanın yetmeyeceğini anlamış ve uluslararası bir kamu düzeninin de oluşturulması için çalışmaya başlamıştır. Uluslararası ceza hukukunun asıl amacı da uluslararası kamu düzeninin oluşturulmasına ve korunmasına çalışmaktır. Bu şekilde oluşturulan bir uluslararası kamu düzeni, millî hukuk sistemlerinden bağımsız ayrı bir yargılama sisteminin kurulmasını da gerektirmektedir. Hatta bu noktada, uluslararası ceza hukukunun tahkim yargılama sisteminin bir parçası olduğu da iddia edilmiştir.⁹

Bu açıdan bakıldığında hakemlerin uluslararası ticaret hukuku alanında hukuk ve ahlak kurallarının koruyucusu oldukları ve sade-

⁸ Örn. Türk ceza hukukunda uzlaşma için bkz., Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma*, İstanbul 2005. Ayrıca bkz., Kole, *Arbitration as an Alternative to the Criminal Warrant*, 56 *Judicature* 295 (1972-1973) (Hein Online Veri Tabanı "<http://heinonline.org>"); ayrıca bkz., Rice, *Mediation and Arbitration as a Civil Alternative to the Criminal Justice System – An Overview and Legal Analysis*, 29 *Am. U. L. Rev.* 17 1979-1980 (Hein Online Veri Tabanı "<http://heinonline.org>").

⁹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

ce kendilerini seçen taraflara karşı değil, aynı zamanda uluslararası iş ve ticaret topluluğuna karşı da sorumluluklarının bulunduğu söylenebilir.¹⁰ Uluslararası tahkim davalarında uluslararası kamu düzeni standartlarının oluşturulduğu kabul edilmektedir.¹¹ Gerçekten, eğer tahkim yargılaması hukuka aykırılığa göz yumulan bir çözüm yolu olsaydı, bu çözüm yolu devletler tarafından kabul edilmeyeceği gibi, iş ve ticaret topluluğuna faydalı ve uluslararası ticarî uyumsuzlukların çözümünün normal yolu da olmazdı.¹² Çünkü iş adamlarının uluslararası ticarî piyasalarda iş yapabilmesi için iyi yönetim, etik kurallara bağlılık ve şeffaflık vazgeçilmez unsurlardır.

Birçok hakem kararında, ceza hukuku sorunlarının dikkate alınmasının dayanağı olarak uluslararası kamu düzeni kullanılmaktadır. Özellikle rüşvet ve kara para aklama suçları, uluslararası hukukta son derece önemli suçlar olarak görülmektedir. Dolayısıyla, bu suçların uluslararası kamu düzenini ihlal ettikleri kabul edilerek, hakemler tarafından dikkate alınmaları gerekmektedir.¹³

Hakemlere uluslararası ticaret alanında hukuka aykırılıklarla savaşma görevi yüklenirken, onları millî hakimlere benzetme ya da tarafların bir yardımcısı haline getirme tehlikesine dikkat etmek gerekmektedir. Bu noktada cevaplanması gereken soru, Sieghart'ın ifadesiyle, "hakemler taraflara mı yoksa gerçeğe mi hizmet ederler?" sorusudur.¹⁴ Bu sebeple hakemlerin hukuka aykırılıklarla savaşma, uluslararası kamu düzenini koruma görevi ile tahkim yargılamasının otonomluğu/bağımsızlığı arasında bir denge kurmak gereklidir.¹⁵ Bu denge ise, cezaî nitelikte olanlar da dâhil olmak üzere, ulusal hukuk kuralları ile dünya toplumunun yüksek menfaatlerini ve uluslararası kamu düzenini korumayı amaçlayan evrensel prensiplerin, tarafların seçtiği hukuktan bağımsız olarak hakemlerce dikkate alınmasıyla sağlanabilir.¹⁶

¹⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

¹¹ Böckstiegel, *Public Policy and Arbitrability*, ICCA Congress Series, Sayı 3, New York 1986, s. 204.

¹² Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

¹³ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 4.

¹⁴ Sieghart, *Viewpoint* (1982) 48 *Arbitration*, s. 135 (Martin, *International Arbitration and Corruption, An Evolving Standard*, s. 4'ten naklen) .

¹⁵ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 116.

¹⁶ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 116.

B. Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri

Uluslararası kamu düzeni, yukarıda açıklandığı üzere, birçok hakem kararında ceza hukuku sorunlarının dikkate alınmasının dayanağı olarak kullanılmaktadır. Özellikle eski tarihli kararlarda uluslararası kamu düzenine aykırılığın gerekçesi olarak belirli hukuki düzenlemelere aykırılık değil, ahlak kurallarına veya uluslararası kamu düzenine aykırılık gösterilmiştir. Buna karşın, yakın tarihli tahkim kararlarında, uluslararası düzeyde yolsuzlukla mücadeleyle yönelik düzenlemeler dayanak gösterilerek, ceza hukuku ihlallerinin (suçların) tahkim yargılamalarında dikkate alınacağı ifade edilmektedir.¹⁷

*Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*¹⁸ ve *Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi*¹⁹ hakemlerin ceza hukuku ihlallerini tahkim yargılamasında dikkate almalarının dayanağı olarak gösterilen uluslararası hukuk düzenlemelerinin başında gelmektedir.

C. Ceza Hukuku Kurallarının Sözleşmenin Hukuki Kapsamına Girip Girmedığı Sorunu

Bilindiği üzere taraflar, aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların çözümünde hangi hukukun uygulanacağını belirlemekte serbesttirler. Taraflar, esasa uygulanacak hukuk olarak belli bir ülkenin hukukunu seçtiklerinde, o ülkenin hukukunu bir bütün olarak seçmiş olurlar ve dolayısıyla, ceza hukuku da buna dâhildir. Hakemler, bu kuralları kendiliklerinden (re'sen) göz önünde bulundurma yetkisine sahiptirler.²⁰ Ancak, burada asıl tartışılması gereken sorun, bunu yapmak zorunda olup olmadıklarıdır.

Bununla ilgili olarak, hakemlerin seçilen ülkenin hukuk sistemi-ne dâhil olan ceza hukuku kurallarını kendiliklerinden dikkate alabil-

¹⁷ Martin, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*, s. 3.

¹⁸ Türkiye, Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'ni, 02.10.2006 tarih ve 26327 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 2006/10885 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'yla onaylamıştır.

¹⁹ Türkiye'nin 27.09.2001 tarihinde imzalamış olduğu Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin onaylanması, 20.01.2004 tarih ve 25352 sayılı *Resmi Gazete*'de yayımlanan 5065 sayı ve 14.01.2004 tarihli kanunla uygun bulunmuştur.

²⁰ MTO Tahkim Kuralları'nın 15. maddesinin 1. fıkrası ve 20. maddesinin 1. fıkrası, hakemlere tahkim yargılaması sırasında geniş yetkiler veren maddelere örnek olarak gösterilebilir.

mesi için, söz konusu hukuka aykırılığın derecesinin ve bu kuralların göz ardı edilmesi halinde hakemlerin kararlarının geçerliliği üzerinde olumsuz etkide bulunma ihtimalinin yüksekliğinin değerlendirilmesi gerektiği ve bu durumlarda hakemlerin millî ceza hukuku kurallarını kendiliklerinden değerlendirmeye almak zorunda oldukları savunulmuştur.²¹

Ancak, bize göre böyle bir ayırım yapmak gereksizdir. Yukarıda da belirtildiği gibi taraflar sözleşmelerinde, çıkacak uyuşmazlığa uygulayacak hukuku seçtiklerinde o ülke hukukunu bir bütün olarak seçmiş olurlar. Başka bir deyişle, seçilen ülkenin millî hukuk kurallarının tamamı sözleşmenin hukuku (*lex contractus*) halini almış olur. Hakemler, *lex contractus*'u uygulamak zorunda olduğuna göre, *lex contractus*'a dahil olan ceza hukuku kurallarını da kendiliklerinden dikkate almak zorundadırlar.

Sözleşme ile seçilen hukukun bir parçası olmadıkları halde, bazı kuralların hakemler tarafından dikkate alınıp alınmayacakları ise ayrıca incelenmelidir. Hakemlerin, uyuşmazlığa bir ülke hukukunu uygulama yükümlülüğünün dayanağının, tarafların iradeleri ile sözleşmede o ülke hukukunu seçmiş olmaları olduğu söylenmişti. İşte bu nedenle kural olarak hakemler, uyuşmazlığa tarafların seçtiği hukuktan farklı kuralları uygulamamalıdır. Ancak bu kuralın da istisnaları bulunmaktadır. Buna göre, tarafların seçtiği hukukun bir parçası olmasa bile, bir ceza hukuku kuralı, olayla yakından ilişkili ve uygulanmaması düşünülemeyecek kadar o alanda ağırlığı olan evrensel bir kurala ya da uluslararası kamu düzenine ilişkin bir kurala, hakemler tarafından dikkate alınmalıdır.²²

II. HAKEMLERİN CEZA HUKUKU KURALLARINI GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURMA YETKİSİ

A. Hakemlerin Genel Çıkarları Koruma Yetkisi

Suç, yasa koyucunun değerlendirmesine göre devletin amaçları ile çatışan ve cezaî yaptırımlara bağlanan insan davranışıdır.²³ Cezaî yaptırımlar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir ve hakemlerin bu cezaî

²¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 109.

²² Bu kuralların sadece dikkate alınması değil, hakemler tarafından doğrudan olaya uygulanması önerilmektedir (bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 110.).

²³ Antolisei, *Parte generale*, s. 168.

yaptırımları uygulayamayacağı konusunda bir tereddüt yoktur. Çünkü modern ceza hukuku sistemlerinde muhakemesiz ceza olmaz ilkesi geçerlidir ve söz konusu muhakeme, ortaya çıkan bir uyuşmazlığa devletin belli makamlarının devletin egemenliğine dayanarak kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir kararla son vermesidir.²⁴

Hakemler, bir olayda ceza hukuku kurallarının bu şekilde doğrudan sonuçlarına hükmedemezlerse de önlerindeki olaya uygulanabilir ceza hukuku kurallarının olay üzerindeki cezaî nitelikte olmayan sonuçlarını belirleyebilirler. *Ceza hukuku ihlallerinin özel hukuk açısından etkileri* olarak adlandırabileceğimiz bu sonuçlar, ileride inceleneceği üzere, birçok hakem kararında sözleşmenin geçersizliği biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Uluslararası tahkim²⁵ davalarında, hakemlerin genel çıkarları da değerlendirmeye alabilecekleri ve bunun ceza hukuku bakımından da geçerli olduğu savunulmaktadır.²⁶ Esasen uluslararası ticarette hukuka aykırı davranışların önlenmesine yönelik normlar giderek artmakta ve bu yönde pek çok uluslararası metin kabul edilmektedir.²⁷ Dolayısıyla uluslararası ticarette hukuka aykırı fiillerle savaşmaya yönelik düzenlemeler, uluslararası hukukun parçası ve uluslararası kamu düzeninin bir gereği haline gelmekte ve uluslararası hakemlerin bu gerekleri değerlendirmeye alma zorunlulukları ortaya çıkmaktadır.²⁸

Bu noktada tahkimin özerk yapısı ile uluslararası ticaret alanında suçlarla savaşmanın bağdaşıp bağdaşmayacağı değerlendirilmelidir. Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümünde rol oynayan hakemler,

²⁴ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 21; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 113.

²⁵ Türk hukukunda 2675 sayılı ve 20 Mayıs 1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da yabancı hakem kararı terimi kullanılırken, 4686 sayılı ve 21 Haziran 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda milletlerarası hakem kararı terimi kullanılmaktadır. Bu çalışmada, uluslararası tahkim terimi, söz konusu kanunlardaki yabancı tahkim ve milletlerarası tahkim terimlerinin ikisini de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

²⁶ Örneğin, Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 97.

²⁷ Örneğin, Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesiyle Mücadeleye İlişkin OECD Sözleşmesi; kara paranın aklanmasıyla mücadele etmek üzere kurulan bir organizasyon olan Kara Paraya İlişkin Mali Eylem Görev Gücü; Avrupa Birliği'nin 91/308 ve 97/2001 sayılı Yönergeleri ve Uluslararası Organize Suça Karşı 2001 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.

²⁸ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 97.

bu alandaki etik ve iyi niyet kurallarını ve uluslararası kamu düzeninin parçası oldukları ölçüde uluslararası hukuk düzenlemelerini gözetmek zorundadırlar. Öğretide baskın olan ve bizim de katıldığımız görüş, hakemlerin kararlarını verirken uluslararası kamu düzenini koruyan hukuk kurallarını, bu kuralları ihlal eden ve ulusal mevzuatlarca suç olarak kabul edilen fiilleri dikkate almaları gerektiği ve hakem mahkemelerinin bunun için uygun bir ortam olduğu yönündedir.²⁹ Esasen uluslararası ticaret alanında karşılaşılan suçlarla mücadele etmek bakımından hakemlerin, bu alandaki ihtilaflar daha çok uluslararası tahkimde çözümlendiği için, millî yargıçlara oranla daha elverişli bir konuma sahip oldukları savunulmaktadır.³⁰ Ancak, her ne kadar uluslararası ticaret alanında işlenen suçlarla karşılaşma ihtimalleri daha yüksek olsa ve dolayısıyla bunlarla mücadele etmek için daha elverişli bir konumda bulunsalar da nihayet özel nitelikteki uyuşmazlıkları çözümlmek üzere atanan hakemlerin bu konudaki yetki ve olanaklarının aynı ölçüde elverişli olduğu söylenemez.

B. Tarafların İleri Sürmedikleri Ceza Hukuku İhlallerinin Tespit Edilmesi

Bilindiği gibi hakemler tarafların talepleriyle bağlı olmalarına karşın, gerekçeleriyle bağlı değildirler. Bu sebeple, hakemlerin tarafların dilekçelerinde yer almayan unsurları uyuşmazlığa taşırken son derece titiz olmaları ve bir polis yahut savcıya dönüşmemeleri gerektiği; hakemlerin birincil rolünün kamu düzenini korumak değil, sözleşmenin gereklerini yerine getirmek olduğu ifade edilmiştir.³¹

Örneğin, Westacre hakem kararında, tarafların ileri sürmedikleri olası bir rüşvet fiilinin hakemler tarafından kendiliğinden araştırılmayacağına hükmedilmiştir.³²

Buna karşın, sözleşmenin hukuka aykırı olabileceğini veya ceza hukuku ihlalleri bulunduğunu gösteren emarelerin söz konusu olduğu durumlarda tahkim mahkemesini hukuka aykırı sözleşme ile bağlı

²⁹ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, Dispute Resolution Journal, Kasım 2003 - Ocak 2004, s. 4, "http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa3923/is_200311/ai_n9463706/pg_1".

³⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 97.

³¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

³² Adı geçen karar için bkz., Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 1.

saymanın doğru olmayacağı savunulmuştur.³³

Örneğin, MTO (Milletlerarası Ticaret Odası) nezdinde yürütülen ve 1998 yılında karara bağlanan 8891 sayılı tahkim davasında, yolsuzlukların genellikle taraflarca iddia edilmesinin çok zor olduğu ve dolayısıyla hakemlerin bu yolsuzlukları tespit edebilmek için esasında sağlam delil niteliğinde olmayan ipuçlarını kullanmaktan başka çarelerinin olmadığı ve yolsuzlukları tespit edebilmek için aktif bir rol oynamalarının gerektiği belirtilmiştir.³⁴

Uygulanabilir bir hüküm verme yükümlülüğü bulunan hakemlerin taraflardan bu konuda bilgi ve belge isteme yetkilerinin bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak, hakemler, ortada hiçbir delili olmayan ve taraflarca da ileri sürülmemiş ceza hukuku ihlallerini araştırmamalıdır; zira tarafların ileri sürmediği ve ortada delili de bulunmayan ceza hukuku ihlallerini kendiliğinden araştırmak tahkim mahkemelelerinin görevi değildir.³⁵ Gerçekten de, hakemlere tanınan kendiliğinden araştırma başlatma yetkisi, basit bir şüpheye ya da söylentilere değil, bir ceza hukuku ihlalinin bulunabileceğini gösteren somut verilere, kuvvetli şüpheye dayanmalıdır.³⁶ Bu nedenle hakemler, bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğunu gösteren somut veriler ve kuvvetli şüphe mevcutsa, taraflarca ileri sürülmemiş olsa da böyle bir ihlalin varlığını araştırabilmelidirler.

III. CEZA HUKUKU KURALLARININ TAHKİMDE DİKKATE ALINMASININ SONUÇLARI

A. Ceza Hukuku Tespitlerinin Uyuşmazlığın Çözümüne Etkisi

Bir ceza hukuku ihlalinin hakemler tarafından tespit edilmesi üzerine, bunun dava konusu uyuşmazlığa nasıl bir etkisinin olacağı sorunu, daha çok dava konusu sözleşmenin bu ceza hukuku ihlaline rağmen geçerliliğini koruyup korumayacağı sorusunun cevaplandırılmasına bağlıdır.

³³ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

³⁴ Adı geçen karar için bkz., Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 4.

³⁵ Aynı yönde bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

³⁶ Cremades/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

Ceza hukuku ihlallerinin tahkim yargılamalarına etkisi sorunu, ilk olarak 1963 tarihli ünlü ve son derece tartışmalı Lagergren kararında en çarpıcı biçimde kendisini göstermiştir.³⁷ MTO Tahkim Mahkemesi bünyesinde gerçekleştirilen tahkim davasına konu olayda, bir sözleşmenin imzalanması için Arjantinli kamu görevlilerine özel şirket tarafından rüşvet verildiği tahkim yargılaması sırasında her iki tarafça da kabul edilmiştir. Hakem Lagergren, tarafların Peron dönemi Arjantin’inde rüşvet verilerek iş yapılmasının rutin hale geldiği ve aralarındaki ihtilafı etkilemediği yönündeki ifadelerini dikkate almayarak, rüşvet ile imzalanan sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilafı çözmeye yetkisi olmadığına hükmetmiştir.³⁸ Her ne kadar hakem Lagergren davayı esastan karara bağlamamış ise de yetkisizlik kararının gerekçesinde *“uluslararası kamu düzeninin ve ahlak kurallarının bu derecede büyük bir ihlalini içeren bir olayın ... herhangi bir medeni ülkenin mahkemesinde veya herhangi bir hakem huzurunda tasvip edilmesi mümkün değildir”* ifadesine yer vererek, davanın esasına girseydi sözleşmenin geçersiz olduğuna hükmedeceğini ima etmiştir.³⁹

Dünya Bankası bünyesinde faaliyet gösteren ve özellikle yatırımcı-devlet uyuşmazlıklarının çözümünde kullanılan Washington’daki Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) bünyesinde gerçekleştirilen bir tahkim yargılamasında, 2006 yılı Ekim ayında verilen bir karar da bu konudaki güncel eğilimi gözler önüne sermektedir.⁴⁰ World Duty Free Company Limited isimli bir şirket ile Kenya Cumhuriyeti arasındaki tahkim davasına konu olayda, şirket, Kenya’daki bazı havaalanlarında mağaza kompleksleri kurabilmek için dönemin Kenya Devlet Başkanı’na 2 milyon ABD Doları rüşvet vermiştir. Bu mağazaların gerekli izinleri alarak faaliyete geçmelerinden bir süre sonra hükümet tarafından mağazaların faaliyetlerine son verilmiştir. Bunun üzerine, şirket ICSID tahkimine başvurmuştur. Tahkim yargılaması sırasında söz konusu rüşvetin gerçekleştiği hakemlere beyan edilmiş ve bu beyan sonucu hakemler, uluslararası kamu düzeni açısından rüşvetin nasıl değerlendirilmesi gerektiğini

³⁷ MTO Dava No. 1110 (1963).

³⁸ Wetter, *“Issues of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”*, Arbitration International, Cilt 10, Sayı 3 (1994), s. 277-281 (Kluwer Tahkim Veri Tabanı <http://www.kluwerarbitration.com>)

³⁹ Martin, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*, s. 11.

⁴⁰ ICSID Dava No. ARB/00/7, Karar Tarihi: 4 Ekim 2006.

incelemiş ve rüşvetin evrensel standart ve normlara göre suç teşkil ettiğini belirterek davacı şirketin rüşvet ile elde edilmiş sözleşmeye istinaden ileri sürdüğü taleplerinin kabul edilemeyeceğine hükmetmiş ve davacı şirketin 500 milyon ABD Doları tutarındaki talebini reddetmiştir. Hakemler bu kararlarını, yukarıda anlatılan 1963 tarihli Lagergren kararına da atıf yaparak, *“bir yolsuzluğu birlikte gerçekleştiren tarafların, aralarındaki ihtilafların çözümünde adaletten (mahkemeler veya hakemlerden) yardım talep etme haklarından vazgeçmiş olduklarının farkında olmaları gerekmektedir”* şeklinde gerekçelendirmişlerdir.⁴¹ Ceza hukuku ihlalleri dolayısıyla hakemlerin sözleşmenin batıl olduğuna karar verdikleri haller bununla sınırlı olmayıp, buna ilişkin pek çok hakem kararı bulunmaktadır.⁴²

Bu kararlara rağmen, bir ceza hukuku ihlalinin sözleşmeyi geçersiz hale getirip getirmeyeceği üzerinde düşünülmelidir. Örneğin, rüşvet almak ve vermek suretiyle gerçekleştirilen bir sözleşme sırf bu nedenle geçersiz sayılabilir mi? Türk Borçlar Kanunu’nun 19 ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine ilişkin bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre bir sözleşmenin emredici kurallara, kamu düzenine, kişilik haklarına veya ahlaka aykırı yahut imkânsız olmaması gerekmektedir. Öğretide bu sınırlamaların sözleşmenin konusuna ilişkin olduğu yönünde görüş birliği söz konusudur.⁴³ Buna göre şekil ve konu bakımından belirtilen kurallara uygun sözleşmeler geçerli sayılmaktadır. Ancak, sözleşmenin konusunun ve şeklinin söz konusu sınırlamalara aykırı olmamasına rağmen, yapılışı aşamasında bir yolsuzluğun gerçekleştirilmiş olduğu her durumda bu sözleşmeyi geçerli ya da geçersiz saymak yerine, bir ayırıma gidilebilir. Eğer söz konusu yolsuzluk, yapılması gereken bir şeyin yapılması ya da yapılmaması gereken bir şeyin yapılmaması için gerçekleştirilmişse sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; diğer koşulları da taşıyorsa sözleşme geçerlidir. Çünkü burada zaten yapılması gereken yapılmış veya yapılmaması gereken yapılmamış olduğundan, sözleşmenin esasına etkili bir yolsuzluk yok-

⁴¹ Ostrowski, *Recent Developments in International Dispute Resolution Around the World – Developments at ICSID*, International Dispute Resolution, Cilt 19, Sayı 4, Aralık 2006, s. 1 vd.

⁴² Örneğin, MTO Dava No. 3913 (1981), MTO Dava No. 3916 (1982) ve MTO Dava No. 6248 (1990) (bkz., Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, , s. 27-30 ve 39-41.).

⁴³ Oğuzman, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1998, s. 71 vd.; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2005, s. 110.

tur. Öte yandan yolsuzluk, yapılması gereken bir şeyin yapılmaması veya yapılmaması gereken bir şeyin yapılması için gerçekleştirilmişse, bu durumda sözleşmeye fesat karışmış olduğu kabul edilerek sözleşmenin geçersiz sayılması düşünülebilir. İşte ancak böyle bir yolsuzluk şüphesi söz konusuysa hakemler bunu araştırma konusu yapmalıdır. Hakemlerin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek ceza hukuku ihlallerinin varlığını araştırmasına ise gerek yoktur.

Bu noktada, bir ceza hukuku ihlali ile karşılaşan hakemlerin bu ihlali kendilerinin araştırmaları yahut söz konusu ihlalle ilgili olarak ilgili yargı yerine başvurmaları ve söz konusu yargı yerinin kararını beklemeleri ihtimalleri de değerlendirilmelidir. Daha teknik bir ifade ile bir ceza hukuku ihlali ile karşılaşan hakemlerin bunu nisbî muhakeme yoluyla kendilerinin araştırması ya da bekletici sorun saymaları yollarından hangisinin benimsenmesi gerektiği üzerinde düşünmek gerekir.

Bilindiği gibi nisbî muhakeme, hakimin, önündeki uyuşmazlığın çözümü ile bağlantılı olarak karşısına çıkan bir başka uyuşmazlığı, asıl uyuşmazlık yönünden geçerli olmak üzere ve gerekli olduğu oranda çözmesidir.⁴⁴ Dolayısıyla, bağlantılı uyuşmazlığın yargılanarak esastan çözülmesinin başka bir mahkemeye ait olması, nisbî muhakemeye engel olmayacağı gibi, nisbî muhakeme ile çözülmüş olması da asıl yetkili yargılama organının önüne götürülmesine engel değildir.⁴⁵ Bakmakta oldukları bir uyuşmazlıkla bağlantılı bir ceza hukuku ihlali şüphesi ile karşılaşan hakemlerin bunu, önlerindeki uyuşmazlığın çözümü için gerekli olduğu ölçüde ve sadece o uyuşmazlık bakımından geçerli olacak biçimde çözmeleri önerilebilir. Ancak bağlantılı uyuşmazlığın nisbî muhakeme ile çözülmüş olması, bunun asıl yetkili yargılama organının önüne götürülmesine engel olmadığından, söz konusu uyuşmazlık asıl yetkili yargılama organının önüne götürüldüğünde, söz konusu yargılama organı, hakemlerden farklı bir sonuca ulaşacak olursa, hakemlerin kararlarının doğruluğunu ve itibarını zedeleyen, kamu düzenini ve adalet duygusunu sarsan bir durum ortaya çıkabilir. Bu söylenenlere, böyle bir ceza hukuku ihlalinin varlığı hakemlerce araştırılırken tahkim süresinin dolma riski de eklenince, hakemlerin

⁴⁴ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 89; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 269-270; Centel/Zafer: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2006, s. 513.

⁴⁵ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 89.

bağlantılı uyuşmazlığı kendileri çözmek yerine bekletici sorun yapmaları, daha uygun bir çözüm yolu gibi görünmektedir.

Hakemler, bağlantılı uyuşmazlığı bekletici sorun sayarsa, söz konusu uyuşmazlığın çözümü için yetkili yargı organının harekete geçmesini sağlayacak ve tahkim yargılamasını da ilgili yargılama organının kararına kadar durduracaktır. Esasen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 528. maddesinde benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, *"Tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi zuhur ederse ceza mahkemesince bu bapta karar verinceye kadar tahkikat tehir olunur ve tahkim müddeti cereyan etmez."* Söz konusu 528. maddede sadece ceza takibatını gerektirecek bir sahtelik şüphesinin ortaya çıkması durumu düzenlenmiş olsa da, özel hukukta kıyas mümkün olduğundan, başka bir ceza hukuku ihlali ile karşılaşan hakemlerin, bu maddeye dayanarak söz konusu ihlali bekletici sorun yapabileceği ve asıl yetkili yargılama organı karar verinceye kadar tahkim yargılamasını durdurabileceği kabul edilebilir. Nitekim Yargıtay, sahtecilik iddiasının ileri sürüldüğü bir tahkim davasında, bunu bekletici sorun yapmayan hakem kararını HUMK'un 528. maddesine dayanarak ve *"bu iddianın sonucu beklenerek neticesine göre bir karar verilmesi gerekir"* demek suretiyle bozmuştur.⁴⁶

Öte yandan, ceza hukuku ihlali şüphesinin ortaya çıktığı her durumda, bunun bekletici sorun sayılması gerektiği düşünülmemelidir. Aslında bir ceza hukuku ihlali şüphesi ile karşılaşıldığı her durumda bunun bekletici sorun sayılmasının gerektiğini savunmak, öncelikle tahkim yargılamasının tercih edilmesindeki önemli etkenlerden biri olan çabukluk özelliği ile bağdaşmaz. Nitekim bir ceza hukuku ihlali şüphesi ile karşılaşan hakemlerin, bunu bekletici sorun sayarak tahkim yargılamasını asıl yetkili yargılama organının kararına kadar erteleme-leri, esasen yargının yavaş işleyişinin olumsuz etkilerinden kurtulmak için seçilen tahkim yargılamasında aynı olumsuz etkilerin ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu nedenle, bir ceza hukuku ihlalinin bulunup bulunmadığının asıl yargı yerince araştırılarak karara bağlanmak üzere bekletici sorun sayılması için, ileride ayrıntılı biçimde inceleneceği üzere,⁴⁷ belirli bir *delil standardı (standard of proof)*⁴⁸ aranmalıdır. Buna

⁴⁶ Y. 9. HD. E. 1967/7429, K. 1967/7811, T. 14.09.1967 (İstanbul Barosu Bilgi Bankası Arşivi).

⁴⁷ Bkz., III, B, aşı.

⁴⁸ Delil standartları ile ilgili olarak bkz., Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kana-*

göre, sadece, bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğunu gösteren *açık ve ikna edici* deliller mevcutsa bekletici sorun sayma yoluna gidilmelidir.

Bu söylenenlere karşın, bu gibi hallerde bekletici sorun sayma yoluna gitmenin sakıncaları da bulunmaktadır. Bunun başta gelen sakıncası, yukarıda da değinildiği gibi, tahkim yargılamasını uzatacak olmasıdır. Ayrıca HUMK'un sadece Türk ulusal tahkim yargılamalarına ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle, bu kanunun uygulanmadığı uluslararası tahkim yargılamalarında benzer durumlarda bekletici sorun sayma yoluna gidilip gidilemeyeceğinin her bir olayda değerlendirilmesi gerekebilir. Bunlara ek olarak, uluslararası tahkimde ortaya çıkacak bağlantılı bir ceza uyuşmazlığının esas çözüm yerinin belirlenmesi, çoğu kez hiç de kolay olmayacaktır. Tüm bu sakıncalarına rağmen, tahkim yargılaması sırasında, bir ceza hukuku ihlalinin gerçekleşmiş olduğunu gösteren *açık ve ikna edici* delillerin bulunduğu, söz konusu ihlalin sözleşmeye etkili olduğu ve bağlantılı uyuşmazlık bakımından yetkili yargı merciinin belirlenebildiği hallerde, söz konusu tahkim yargılamasında uygulanan usul hukukunun bekletici sorun saymaya cevaz vermesi durumunda, bağlantılı uyuşmazlık bekletici sorun sayılmalı ve tahkim yargılaması, asıl yargı yerinin kararına kadar durdurulmalıdır.

Bekletici sorun yapılan bağlantılı uyuşmazlıkla ilgili olarak, yetkili yargı yeri, bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğuna karar verirse, hakemler, bu ihlalin önlerindeki uyuşmazlık üzerindeki etkilerini mutlaka değerlendirmeli ve sözleşmenin geçersizliğine karar verebilmektedir.

Çeşitli hakem kararlarında, yolsuzluğa başvurarak yapılmış olan sözleşmelerin geçersiz sayılması neticesinde taraflardan birinin bu durumdan bir menfaat elde edebileceği belirtilerek, bunun haksızlık yaratabileceği kabul edilmekte, ancak salt bu nedenle sözleşmelerin geçerli kabul edilmelerinin, yolsuzluğa göz yumma anlamına geleceği ve bunun da daha önemli bir hukuki menfaati zedeleyeceği gerekçeyle hukuka uygun olmayacağı ifade edilmektedir.⁴⁹ Fakat hakemlerin “hiç kimse kendi hatasına dayanarak hak iddia edemez” ilkesine dayanarak uluslararası kamu düzenine aykırı olmasına rağmen sözleşmeyi

at, Ankara 2002, s. 97 vd.

⁴⁹ Örn. MTO Dava No. 8891 (1998) ve MTO Dava No. 6497 (1994), (Martin, *International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard*, s. 10-23’den naklen.).

geçersiz ilân etmemelerinin de mümkün olduğu ileri sürülmüştür.⁵⁰ Bunun nedeni, yolsuzluğun tarafı olan kişinin, yolsuzluğa dayanarak sözleşmeyi feshettirmesi halinde, büyük yarar sağlayacak olmasıdır. Öte yandan bunun aksi de düşünülebilir. Yani, sözleşmenin tarafları yolsuzluğu karşılıklı olarak gerçekleştirmişlerse, hiç kimse kendi hatasına dayanarak hak iddia edemez ilkesine dayanarak sözleşme ayakta tutulduğunda, bu kez de yolsuzluğun diğer tarafı hatasına dayanarak yarar sağlamış olacaktır. Bu nedenle hakemler, söz konusu ilkeyi uygularken, bu ihtimali de göz önünde bulundurarak, son derece titiz davranmalıdırlar.

Hakemlerin, ceza hukuku kurallarına aykırılığın yalnızca cezaî olmayan sonuçlarına değil, bazı doğrudan sonuçlarına da hükmedebileceği savunulmuş, buna örnek olarak da karma yapılı yaptırımlar gösterilmiştir.⁵¹ Buna göre, örneğin sözleşmede belli davranışlarda bulunan tarafın belli bir miktar para ödeyeceğinin öngörüldüğü durumlarda bu cezaî şartın ödenmesine ya da rekabet hukuku ihlali olması durumunda rekabet kanununda öngörülen para cezalarına hakemlerin hükmedebileceği kabul edilmektedir.⁵² Ancak söz konusu görüş tartışmaya açıktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki cezaî şart, ceza hukuku anlamında bir ceza olmadığından, bunun ceza hukuku ihlallerinin doğrudan sonucu ile bir ilgisi yoktur. Ayrıca hakemlerin sözleşmede öngörülen cezaî şarta hükmedebileceği hususunda bir kuşku da bulunmamaktadır. Rekabet hukuku ihlallerine karşı öngörülen idarî yaptırımların ceza hukuku anlamında ceza sayılmamaları dolayısıyla, bu yaptırımların da ceza hukuku ihlallerinin doğrudan sonucu olarak algılanmaması gerekmektedir.⁵³

⁵⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 101.

⁵¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 104-105.

⁵² Tahkimde rekabet hukuku ve rekabet mevzuatından kaynaklanan cezalara hakemlerin hükmetme yetkisi için bkz., Komninos, "Assistance to Arbitral Tribunals in the Application of EC Competition Law", *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Ehlermann & Atanasiu (Eds.), Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003, s. 363-385; Shelkopyas, "The Application of EC Law in Arbitration Proceedings", Europa Law Publishing, Groningen 2003.

⁵³ Ceza hukuku anlamında ceza, yargı organları tarafından yapılan yargılama sonucu bir ceza kanununun emrinin ihlal edilmesi karşılığında verilen cezadır (Antolisei, *Parte generale*, s. 672.). Oysa Rekabetin Korunması Hakkında Kanun uyarınca rekabet hukukunun ihlali ile ilgili olarak Kurul tarafından verilecek cezalar, söz konusu özellikleri taşımadıklarından bunların ceza hukuku anlamında ceza sayılmaları mümkün değildir.

B. Delil ve İspat

Öncelikle vurgulamak gerekir ki tahkim yargılaması da bir tür yargılamadır ve adil yargılama ilkesi burada da egemen kılınarak, bu ilkenin gerekleri yerine getirilmelidir.

Bilindiği üzere, ceza yargılamasında iddianın sabit olması⁵⁴ ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi⁵⁵ uyarınca, sanığın mahkum olmaması için suçu işlemediğinin sabit olması gerekmez, o suçu işlediğinin sabit olmaması yeterlidir. Acaba bu durum tahkim yargılamasında da geçerli midir? Yani ceza hukukuna aykırılık iddiası söz konusu olduğunda, hakemlerin bunu bekletici sorun sayabilmesi için bu iddianın sabit olması mı aranmalıdır; yoksa basit bir şüphe yeterli kabul edilmeli midir?

Ceza yargılamasında hukuk yargılaması anlamında bir ispat külfeti yoktur. Yargıç sadece tarafların getirdiği delillerle bağlı olmayıp kendi topladığı delilleri de göz önünde bulundurarak vicdani kanaatine göre karar verir. İspat yükünün söz konusu olduğu medeni yargılamada ise, kural olarak ispat yükü iddia edenin omuzlarındadır. Eğer iddia sahibi iddiasını ispat edemezse yargılama onun aleyhine sonuçlandırılır.

Tahkim yargılamasında ceza hukukuna aykırılığın şüpheli kaldığı durumlarda ispat yükünün ters çevrilmesi önerilmiş hatta bu yönde bazı kararlar da verilmiştir.⁵⁶ Bu kararlardan birinde, iddia sahibinin getirdiği delillere karşılık olarak, karşı taraftan da eğer mümkünse ve çok ağır bir yük teşkil etmeyecekse ve gerçekten sağlam bir neden varsa karşı deliller getirmesinin istenebileceği ve karşı taraf bunu yapmadığı takdirde iddianın ispat edilmiş sayılması gerektiğine karar verilmiştir. Ancak bu kararı ve bu yöndeki öneriyi kabul etmek mümkün değildir. Eğer bir ispat yükü getirilecekse bu ancak iddianın ispatı yönünde olabilir; adil yargılama ilkesi de bunu gerektirir.⁵⁷ Zira karşı

⁵⁴ Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 172.

⁵⁵ Şüpheden sanık yararlanır ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Feyzioğlu, *Vicdani Kanaat*, s. 192 vd.; Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 173-174.

⁵⁶ Tüm bu öneriler ve kararlar için bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 101. Ancak çok sıkı koşullar altında yani iddianın çok ciddi olması durumunda karşı taraftan da deliller getirmesinin istenebileceği ve reddederse bunun aleyhine bir karine teşkil edebileceği yönünde bkz., Cremades/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

⁵⁷ Tahkim yargılaması sırasında yapılan ceza hukukuna aykırılık iddialarında ispat

tarafın da delil getirmesi gerektiğini düşünen yazarlar bile, iddia sahibinin getirdiği delillerin belirli bir standarda (*standard of proof*) ulaşması gerektiğini kabul etmektedirler.⁵⁸

Öte yandan iddia sahibinin iddiasını ispatlayacak delilleri getirmek zorunda olması hakemlerin delilleri serbestçe değerlendiremeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır.⁵⁹ Bu noktada hakemler, getirilen delilleri, uygulanacak hukukta geçerli olan delil ve ispat kurallarına göre serbestçe değerlendirmeli ve bu konudaki iddialarla ilgili olarak ulaştıkları sonucu kararlarında gerekçeli olarak yazmalıdırlar.⁶⁰ Ceza yargılamasında olduğu gibi, tahkim yargılamasında da ceza hukukuna aykırılık (suç) iddiaları ile ilgili olarak vicdani delil sistemi kabul edilmelidir. Böylece hem her şey delil olarak kabul edilebilecek hem de hakemler delilleri serbestçe değerlendirebileceklerdir.⁶¹

Öğretide bazı durumların suçun oluştuğu yönünde emare teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Örneğin, yolsuzlukların sık görüldüğü bir ülkenin ya da iş sektörünün sözleşmeye dahil olması, sözleşmenin olağandışı ödeme şartları içermesi, mevcut olmayan harcamalara ilişkin kayıtlar bulunması, sahte belgelerin kullanılması vb. durumların rüşvetin varlığına; banka aracılığıyla değil de nakit yapılan ödeme işlemleri, şüpheli isimlerle açılan hesaplar, offshore şirketlerinin kullanılması, büyük para transferleri ve hesap transferleri vb. durumların kara para aklanmasının varlığına işaret eden emareler olduğu savunulmuştur.⁶²

Belirtmek gerekir ki, hakemlerin bir ceza hukuku ihlalini bekletici sorun yapabilmesi için basit bir şüphenin yeterli olmaması gerekir. Ancak bu noktada iddianın ispatı ilkesinin ceza yargılaması hukukunda olduğu kadar katı uygulanması da haksız sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle, bu alanda, ceza hukukuna aykırılık iddiasının sabit olması

yükünün iddia sahibinin omuzlarında olduğu yönünde bkz., Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

⁵⁸ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 104.

⁵⁹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 103-104.

⁶⁰ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 6.

⁶¹ Delil serbestisi, delil değerlendirme serbestisi ve vicdani delil sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Toroslu/Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 168-170; Feyzioğlu, *Vicdani kanaat*, s. 139-149; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 574-575, 584, 591; Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 617-620; Öztürk/Erdem/Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2004, s. 484-486.

⁶² Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 6.

aranmamalı, bu yönde *inandırıcı ve sağlam* delillerin varlığı ve bu delillerin hakemleri *ikna edecek nitelikte* olması gerekli ve yeterli sayılmalıdır.⁶³ Çünkü burada tam bir ceza yargılaması yapılmamakta, bağlantılı uyuşmazlık, sadece, bekletici sorun sayılıp sayılmayacağını belirlemek için gerekli olduğu ölçüde ele alınmaktadır.

Gerçekten de, tahkim yargılamasında ceza hukuku sorunlarına ilişkin olarak yüksek bir delil standardının uygulanması gerektiği yönünde çok sayıda hakem kararı bulunmaktadır. Örneğin, Westinghouse Kararı'nda MTO hakem heyeti, rüşvet iddiasının ispatı için delillerin üstünlüğü standardının yeterli olmadığına, yani daha baskın olan delilin kabul edilmesinin doğru olmayacağına, buna karşın "*açık ve ikna edici delil standardının*" uygulanması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴ Öğretide de tahkim davalarında ceza hukuku ihlali olduğu iddiasında bulunan tarafın bu iddiasını ispatlamasında uygulanacak olan delil standardının, tahkim yargılamasında da yüksek olması gerektiği ileri sürülmektedir.⁶⁵

C. Hakemlerin Muhtemel Ceza Hukuku İhlallerini Yetkili Devlet Makamlarına İhbar Etme veya Tanıklık Yapma Yükümlülüğü Var mıdır?

Öğretide, hakemlere karşılaştıkları ceza hukuku ihlallerini ulusal otoritelere ihbar etme yükümlülüğü yüklemenin, hakemlerin icra ettikleri görevin özerk niteliği, tarafların onlara duyduğu güven ve hakemlerin gizlilik/sır saklama yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir.⁶⁶ Ayrıca, eğer taraflar söyledikleri herhangi bir şeyin yetkili makamlara ihbar edilebileceğini düşünürse, hiçbir tahkim yar-

⁶³ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 102-103 ; Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

⁶⁴ MTO Dava No. 6401 (1991), (Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 23-27'den naklen).

⁶⁵ Rosel/Prager, "*Illicit Commissions and International Arbitration: The Question of Proof*", *Arbitration International*, Cilt 15, Sayı 4 (1999), s. 329-348 (Kluwer Tahkim Veri Tabanı "<http://www.kluwerarbitration.com>"). Ceza hukuku ihlallerinin taraflarca iddia edildiği ancak ispatlanamadığı gerekçesiyle kararı etkilemediği bazı tahkim davaları, MTO Dava No. 4145 (1984), MTO Dava No. 6401 (1991), MTO Dava No. 7047 (1994), MTO Dava No. 6497 (1994), MTO Dava No. 7664 (1996), ve MTO Dava No. 8891 (1998)'dir (bkz., Scherer, *International Arbitration and Corruption – Synopsis of Selected Arbitral Awards*, ASA Bulletin, Cilt 19, Sayı 4 (2001), s. 710-716.).

⁶⁶ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111, 113.

gılaması güven ve işbirliği içinde gerçekleşemez.⁶⁷ Buna karşın, hakemlerin suçu tespit etmeleri üzerine sözleşmeyi batıl saymak yerine hakemlikten çekilmeyi tercih etmeleri durumunda bu suçu veya suç şüphesini ulusal makamlara bildirmeleri gerektiği savunulmuştur.⁶⁸

Öte yandan, bir yolsuzluğun ispat edilmesi veya varlığından şüphelenilmesi durumunda, bunun hakemler tarafından ulusal makamlara iletilmesi ihtimalinin oldukça yüksek olduğu, hatta MTO Divanı tarafından kararların imzalanmadan önce gözden geçirildiği, MTO tahkiminde bu ihtimalin daha da yüksek olduğu savunulmaktadır.⁶⁹ Ayrıca, *Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi* ve *Avrupa Konseyi Yolsuzluk Hakkında Ceza Hukuku Sözleşmesi* gibi yolsuzlukla mücadeleye ilişkin uluslararası hukuk düzenlemelerinde yer alan ülkelerarası yardımlaşma yükümlülüklerinin hakemler için de geçerli olup olmadığı öğretide tartışılmaktadır.⁷⁰

Bu açıklamalar doğrultusunda, denetleyicilere, vergi danışmanlarına, noterlere ve bağımsız çalışan hukukçulara şüpheli durumları ihbar etme yükümlülüğü getiren Avrupa Birliği'nin 97/2001 sayılı direktifinin kapsamına “bağımsız çalışan hukukçular” ibaresinden hareketle hakemlerin de dahil olması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.⁷¹

Hakemlerin tahkim yargılaması sırasında karşılaştıkları ceza hukuku ihlallerini ulusal otoritelere ihbar etme yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı sorununu, ulusal ceza kanunları açısından da değerlendirmek gerekmektedir. Zira ulusal ceza kanunları bakımından hakemlerin kamu görevlisi kabul edilmeleri ve kamu görevlilerinin ceza hukuku ihlallerini ilgili otoritelere bildirme yükümlülüğü dolaşısıyla aynı yükümlülüğün hakemler için de söz konusu olması ya da hakemler için ayrıca bu yönde bir yükümlülük kabul edilmesi düşünülebilir.⁷²

⁶⁷ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 111.

⁶⁸ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

⁶⁹ Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 7.

⁷⁰ Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 1-2.

⁷¹ Bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 112-113. Buna karşın yazar, söz konusu görüşü savunanlara katılmamaktadır.

⁷² Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi, “Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır” hükmünü amirdir.

Hakemler, ulusal mahkemelerde ceza davası açıldığında ve bu davada tanık olarak dinlenmek üzere çağrıldıklarında gelmek ve bildiklerini anlatmak zorunda mıdır? Hakemlerin böyle bir davete uyarak mahkemeye gitmek zorunda oldukları, ancak gizlilik şartını ihlâl edecek konularda ifade vermek veya tahkim yargılaması sırasında elde ettikleri belgeleri ya da diğer delilleri açıklamak zorunda olmadıkları savunulmuştur.⁷³ Bu konuda, ulusal ceza kanunlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Gerçekten de ulusal ceza kanunlarında herkes bakımından genel bir tanıklık yapma yükümlülüğü öngörülmüş olabileceği gibi, hakemler için özel olarak da böyle bir yükümlülük öngörülmüş olabilir.

D. Ceza Hukukuna Aykırı Durumun Bölünebilirlik İlkesine Etkisi

Ulusal tahkim kanunlarında⁷⁴ ve uluslararası tahkim kurumlarının kurallarında⁷⁵ genellikle kabul edildiği üzere, bir sözleşmenin geçersiz olması, o sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartını geçersiz hale getirmemekte ve bu kural da öğretide *tahkim şartının bölünebilirliği* olarak adlandırılmaktadır. Ceza hukukuna aykırı bir durumla karşılaşıldığında, örneğin tahkim yargılamasında uyuşmazlığın kaynağını teşkil eden sözleşmenin rüşvet sonucu imzalandığının ya da sözleşmenin konusunun aslında bir suç teşkil ettiğinin anlaşılması halinde, bu durumun hem sözleşmeyi hem de tahkim şartını birlikte mi geçersiz kılacağı, yoksa sadece sözleşmeyi mi geçersiz kılacağı tartışmalı bir konudur.⁷⁶

İleride ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere (bkz., IV, A, *aşa.*) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından hakemlerin bazı durumlarda kamu görevlisi kabul edilebileceği söylenebilir. Bize göre, taraflar aralarındaki sözleşmede tahkim şartı öngörmeselerdi o uyuşmazlığa Türk mahkemeleri bakacak idiyse, söz konusu tahkim yargılamasındaki hakemlerin Türk Ceza Kanunu bakımından kamu görevlisi sayılmaları uygun olacaktır. Zira bu gibi hallerde hakemler Türk mahkemeleri yerine yargılama faaliyeti yapmaktadırlar.

⁷³ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 115.

⁷⁴ Örneğin, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 4. fıkrası şu hükme yer vermektedir: "*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.*"

⁷⁵ Örneğin, UNCITRAL Uluslararası Ticari Tahkim Model Kanunu madde 16, fıkra 1 ve MTO Tahkim Kuralları madde 6, fıkra 4 tahkim şartının bölünebilirliği ilkesini öngörmektedir.

⁷⁶ Böyle bir ceza hukuku ihlalinin varlığının sözleşmeyi hangi hallerde geçersiz kıla-

Bu konuda farklı yönlerde kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin, Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) nezdinde yürütülen tahkim yargılamasında verilen 1963 tarih ve 1110 sayılı kararda⁷⁷ Yargıç Lagergren *bonos mores'e*⁷⁸ ağır aykırılık durumunda, ister Fransa'da ister başka bir ülkede gerçekleştirilmiş olsun, gerek hakimlerin gerekse hakemlerin böyle bir sözleşmenin uygulanmasına katkı sağlayamayacağına hükmetmiştir. Bu kararı yorumlayan Mourre, adı geçen kararda, yargıç Lagergren'in hile iddiasında bulunulması durumunda, tahkim şartının geçersiz olacağını veya bunu inceleme yetkisinin mahkemelere ait olduğunu söylemediğini, ancak bu tarz iddiaların ne mahkeme ne de hakem önüne götürülebileceğine, çünkü bu tarz sözleşmelerin hukukî bakımdan geçersiz olacağına hükmettiğini düşünmektedir.⁷⁹

Benzer konuya ilişkin Westacre kararını inceleyen İngiliz Mahkemesi ise, tahkim şartını geçersiz kılıp kılmadığını belirlemek için hukuka aykırılıklar arasında bir derecelendirme yapılacağına, bu derecelendirmenin üst basamaklarında yer alan bir hukuka aykırılık söz konusu ise (uyuşturucu madde ticareti gibi) bölünebilirlik ilkesinin burada işlemeyeceğine ve bu ağır hukuka aykırılığın sözleşme ile birlikte tahkim şartını da geçersiz kılacağına; hukuka aykırılığın bu denli ağır olmadığı durumlarda ise tahkim şartının geçerli olmaya devam edeceğine hükmetmiştir.⁸⁰ Ancak, hukuka aykırılığın ağır ya da hafif olduğunu belirleyebilmek için hakemin işin esasına girmek zorunda olduğu, bunun için de geçerli bir tahkim şartına veya sözleşmesine gerek olduğu haklı olarak belirtilmiştir.⁸¹ Dolayısıyla, bölünebilirlik ilkesine sıkı biçimde bağlı kalınmalı, hukuka aykırılığa dayanan talepler kabul edilebilir olmasalar da tahkime elverişli oldukları kabul edilmelidir.⁸² Aslında hukuka aykırılıklar arasında bir derecelendirme yaparak ağır hukuka aykırılıklar ve tahkim şartını geçersiz kılacak derecede ağır olmayan hukuka aykırılıklar ayırımı yapmak belirginlikten uzak sübjektif bir değerlendirmenin ürünü olacaktır. Kaldı ki, tahkim şartı-

bileceği yukarıda ele alınmıştı (bkz., Bölüm III, A, yuk.).

⁷⁷ Bkz., Bölüm III.A yuk.

⁷⁸ Ahlak kurallarına aykırı veya suç içeren sözleşmeler bu kapsamda kabul edilmektedir.

⁷⁹ Adı geçen karar hakkında yorumlar için bkz., Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 98.

⁸⁰ Adı geçen karar ve yorumu için bkz., Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 31-39.

⁸¹ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 99.

⁸² Martin, *International Arbitration and Corruption : An Evolving Standard*, s. 3.

nın geçersiz kabul edileceği durumlarda dahi bunun tespit edilebilmesi için belli ölçüde işin esasına girilmesi ve bu yönde bir değerlendirme yapılması zorunludur.

Yatırımların iki taraflı⁸³ veya çok taraflı⁸⁴ teşviki ve korunmasına ilişkin devletlerarası anlaşmalara istinaden görülen tahkim davalarında ise, tahkime sözleşmede yer alan bir tahkim şartına istinaden gidilmediğinden, sözleşmenin suç teşkil eden herhangi bir fiil dolayısıyla geçersiz hale gelmesi, tahkime dayanak teşkil eden yatırım anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecek, sadece yatırımcının taleplerini geçersiz kılacaktır.⁸⁵ Çünkü yatırımların iki taraflı ya da çok taraflı korunması ve teşvikine ilişkin devletlerarası anlaşmalar, bu anlaşmalara dayanarak tahkime giden taraflardan bağımsız biçimde devletler arasında yapılırlar. Dolayısıyla bu anlaşmalara dayanarak tahkime gidenlerin kendi aralarında imzaladıkları sözleşmede herhangi bir biçimde yolsuzluk yapmış olmalarının devletler arasında imzalanan bu anlaşmaların geçerliliğini etkilemesi söz konusu değildir. Bu nedenle, sözleşmede yer alan tahkim şartına istinaden değil, yatırımların iki taraflı veya çok taraflı teşviki ve korunmasına ilişkin devletlerarası anlaşmalara istinaden görülen tahkim davalarında, taraflar arasındaki sözleşmenin herhangi bir suç nedeniyle geçersiz olması o ihtilafın tahkime elverişsiz hale gelmesine sebep olmayacaktır.

IV. CEZA HUKUKUNUN TAHKİM YARGILAMASINDAKİ BAZI FARKLI YANSIMALARI

A. Hakemlerin Tahkim Yargılaması ile Bağlantılı Olarak Bir Suç İşlemeleri

Hakemlerin de tahkim yargılaması ile bağlantılı olarak suç işlemleri söz konusu olabilir. Örneğin, hakemler, belli bir yönde karar

⁸³ Örneğin, Türkiye'nin taraf olduğu 50'den fazla yatırımların iki taraflı korunması ve teşviki anlaşması bulunmaktadır. Bu anlaşmalara istinaden, anlaşmaya taraf ülkenin vatandaşı olan bir yatırımcının anlaşmaya taraf diğer ülkede gerçekleştirdiği yatırıma ilişkin uyuşmazlıkları -söz konusu yatırıma ilişkin sözleşmelerde tahkim şartı olmasa bile- iki ülke arasındaki yatırımların korunması ve teşviki anlaşmasına istinaden tahkime götürmesi mümkündür.

⁸⁴ Örneğin, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 50'yi aşkın ülkenin taraf olduğu Enerji Şartı Anlaşması, yatırımcı ile yatırımın gerçekleştirildiği ülke arasında bir tahkim sözleşmesi veya şartı bulunmasa dahi söz konusu yatırıma ilişkin uyuşmazlıkların tahkime götürülmesine imkan tanıyan çok taraflı bir yatırımların korunması ve teşviki anlaşmasıdır.

⁸⁵ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 99.

vermek için taraflardan birinden maddî menfaat sağlamış olabilirler. Böyle bir durumda hakemin cezaî sorumluluğu yoluna gidilebilip gidilemeyeceği ve bu suçun özel hukuk açısından etkilerinin ne olacağı tartışılması gereken bir konudur.

Kamu görevlisi ve kamu görevi terimlerinin içeriğinin tartışılması bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşacağından, konunun ayrıntısına girmeksizin, bu çalışma bakımından gerekli olduğu ölçüde bazı değerlendirme ve tespitler yapmakla yetinilecektir. Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca, kamu görevlisi, kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir surette katılan kişidir. Hakemlerin yerine getirdikleri faaliyet de kamusal faaliyet niteliğinde olduğundan, hakemlerin de kamu görevlisi sayılması gerekir.⁸⁶ Nitekim tahkim yargılaması sonucunda hakemler de tıpkı millî yargıçlar gibi hukukî bir uyuşmazlığı nihaî bir biçimde çözümlemektedirler. Ancak burada bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zira her tahkim yargılamasında görev alan hakemin kamu görevlisi sayılması söz konusu değildir. Daha önce de belirtildiği üzere, tahkim yargılaması devletin mahkemelerine alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğundan, tahkim yargılamasıyla çözümlenmeseydi, bir Türk mahkemesi tarafından çözümlenecek olan uyuşmazlıklara bakan hakemlerin Türk ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılması gerekir. Çünkü ancak bu durumda söz konusu hakemler, esasen bir Türk Mahkemesi yerine yargılama görevini yerine getirmiş olmaktadır. Hakemlerin kamu görevlisi sayıldıkları bu gibi durumlarda, tahkim yargılamasına ilişkin olarak işleyecekleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezaî sorumluluklarına gidilebilmelidir.

Uganda Ceza Kanunu'nda tahkim yargılaması ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek suçlarla ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu kanunda tahkim yargılaması sırasında işlenmesi halinde cezaî sorumluluk doğuracak fiiller tek tek sayılmaktadır. Buna göre, hakemlerin yetkilerini kötüye kullanmaları, tahkim yargılaması sırasında tarafların hakemleri yanıltmak amacıyla yanlış bilgiler vermesi, tarafların hakemlerin talimatlarına aykırı davranmaları, hakemlerin içeriğinin doğru olmadığını bildiği kararlar vermesi, hakemleri

⁸⁶ Malinverni, "Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio", Novissimo digesto italiano, vol. XIV, s. 566. Aksi yönde bkz., SEGRETO/De Luca, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1999, s. 16; Santoro, *Manuale di diritto penale*, II, Roma 1962, s. 237.

tehdit etmek, tarafların kendilerinden talep edilen belgeleri sunmama-
ları ve bilgileri vermemeleri ve hakem olmayan kişilerin hakem gibi
davranmaları (bu suç için öngörülen ceza 3 yıl hapis cezasıdır) gibi
bir takım fiiller Uganda Ceza Kanunu'nda tek tek ve her biri ayrı bir
maddede düzenlenerek cezai yaptırımlara bağlanmıştır.⁸⁷ Japon Tah-
kim Kanunu'nda da tahkim yargılamasına ilişkin olarak hakeme ve-
ya üçüncü bir kişiye rüşvet verilmesi suçu ayrıca ve detaylı bir biçimde
düzenlenmektedir.⁸⁸ ICSID Tahkim Kuralları da hakemlerin görevleri-
ni kötüye kullanıp kullanmadıklarının incelenmesi için ICSID Genel
Sekreterliğine taraflarca başvurulmasına olanak vermektedir.⁸⁹ Türk
Ceza Kanunu'nun rüşvet suçunu düzenleyen 252. maddesinin 2. fıkrası,
rüşvet alan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin yargı görevi
yapan kişi ya da hakem olmasını ağırlaştırıcı neden olarak öngörmüş-
tür. Ancak Türk ceza hukuku bakımından hakemlere uygulanabilecek
hükümler bununla sınırlı değildir. Ayrıca Türk ceza hukukuna göre
kamu görevlisi sayıldıkları durumlarda, Türk Ceza Kanunu'nda veya
diğer özel ceza kanunlarında yer alan kamu görevlileri tarafından ya
da bunlara karşı işlenecek suçlara ilişkin hükümler hakemler bakımın-
dan da uygulama alanı bulacaktır.

B. Ceza Hukukuna İlişkin İddiaların Taraflarca Kötüye Kullanılması

Bizzat ceza hukuku da tahkim yargılamasını sabote etmek, boz-
mak için kullanılabilir. Örneğin, hakemler yerel otoriteler tarafından
cezaî takibata uğrama tehdidi altına sokulabilir. Böyle bir durumda,
yargılama başka bir yere nakledilebilmelidir.⁹⁰

Ayrıca hakemler, tarafların suç iddialarını, ödemeleri gereken pa-
rayı ödememek ya da sözleşmenin gereklerini yerine getirmediklerini
dikkatlerden saklamak veya benzeri taktik sebepler için kullanama-
malarına dikkat etmelidir.⁹¹

⁸⁷ Muyanja, *A Note on Arbitration and Criminal Liability in Uganda*, Journal of Interna-
tional Arbitration, Cilt 16, Sayı 3 (1999), s. 119-126 (Kluwer Tahkim Veri Tabanı
"http://www.kluwerarbitration.com").

⁸⁸ Japon Tahkim Kanunu, madde 50-55. Japon Tahkim Kanunu için bkz., "www.jseinc.
org/en/laws/new_arbitration_act.html".

⁸⁹ ICSID Tahkim Kuralları Madde 50(1).

⁹⁰ Mourre, *Arbitration and Criminal Law*, s. 114.

⁹¹ Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*,

Taraflar, tahkim yargılamasını ceza hukukuna aykırı fiillerini gizlemek için de kullanabilirler. Örneğin, aslında ortada bir uyuşmazlık olmadığı halde bir uyuşmazlık varmış gibi tahkime gidilerek oradan elde edilen kararın daha sonra kara para aklanmasında kullanılması durumunda olduğu gibi.⁹² Hakemler, bu ve benzeri durumlarda davalı taraf davacının iddiasını kabul etse bile, talebi kabul etmemelidir. Esasen bir uyuşmazlık bulunmadığını ve tahkime hukuka aykırı bir menfaate ulaşmak için gidildiğini tespit eden hakemler, davacının taleplerine itibar etmemelidir. Tabii ki hakemlerin ortada bir uyuşmazlık bulunmadığı gerekçesiyle davacının taleplerini reddedebilmeleri için, yukarıda açıklanan *açık ve ikna edici* delil standardını kullanmaları gerekir.

SONUÇ

İlk bakışta ceza hukukunun ve tahkim yargılamasının yollarının asla kesişmeyeceği düşünülebilirse de aslında tahkim davalarında da ceza hukuku sorunları gündeme gelebilmektedir. Tahkim yargılaması sırasında gündeme gelebilecek suçlar çoğunlukla rüşvet, yolsuzluk, kara para aklama gibi ekonomik suçlar veya uyuşturucu ticareti ya da terör suçlarıdır.

Uluslararası ticarete ceza hukuku ihlallerinin özel hukuka ilişkin sonuçları sorununun mahkeme kararlarında incelenmesi çok eskiye dayanmaktadır. Örneğin, Osmanlı Devleti'ne 19. yüzyılın sonlarında yapılan bir silah satışına ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin 1881 tarihli *Oscanyan V. Arms Co.* kararına konu olayda, bir Amerikan şirketi olan *Arms Co.* tarafından Osmanlı Devletine silah satışı yapılmasına ilişkin sözleşmenin imzalanması için Osmanlı Devleti'nin o zamanki New York Limanı Genel Konso losu olan *Oscanyan*, hukuka aykırı biçimde kendi etkisini kullanmış ve bunun karşılığında *Arms Co. Şirketi* ile 136 milyon ABD Doları komisyon alacağına ilişkin bir sözleşme imzalamıştır. Şirketin, Osmanlı Devleti'le silah satış sözleşmesi imzalanmasına rağmen *Oscanyan*'ın komisyonunu vermemesi üzerine ihtilaf Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmiş ve söz konusu davada Yüksek

s. 5.

⁹² Cremedes/Cairns, *Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators*, s. 5.

Mahkeme rüşvet ve yolsuzluğa dayanan sözleşmenin batıl olduğuna ve ona istinaden tarafların hak iddiasında bulunamayacağına hükmetmiştir.⁹³

Buna karşın, ceza hukuku ihlallerinin özel hukuka ilişkin sonuçlarının hakem kararlarında incelenmesi çok daha yakın bir geçmişe dayanmaktadır. Yukarıda incelendiği üzere, ceza hukuku ihlallerinin tahkim yargılamasına etkisi sorunu, ilk olarak 1963 tarihli ünlü Lagergren kararında en çarpıcı biçimde kendisini göstermiştir. Bu karardan başlayarak günümüze kadar birçok tahkim davasında ceza hukuku ihlallerinin özel hukuk açısından etkileri, yani bu ihlallerin tarafların yükümlülükleri üzerindeki etkileri incelenmiş ve hemen hepsinde söz konusu suçun işlendiğini gösteren yeterli delil olması durumunda bu suça istinaden kurulan sözleşmenin batıl olacağı, bunun uluslararası kamu düzeninin bir gereği olduğu ve dolayısıyla bu tür bir sözleşmeye dayanarak tarafların hak iddiasında bulunamayacaklarına karar verilmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, bize göre, bakmakta olduğu uyuşmazlıkla bağlantılı bir ceza hukuku ihlali şüphesiyle karşılaşan hakemler, eğer bu şüphe somut verilere dayanan kuvvetli bir şüphe ise, söz konusu ceza hukuku ihlalinin sözleşmeye etkili bir ihlal olması şartıyla, gerçekten böyle bir ihlalin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Yaptıkları araştırma sonucunda, açık ve ikna edici delillere dayanarak sözleşmeye etkili bir ceza hukuku ihlalinin bulunduğunu tespit ederlerse, *bu yönde uluslararası metinlerde açık düzenlemeler yapılmıyorsa* dek, usule uygulanan hukukun bekletici sorun saymaya cevaz vermesi koşuluyla bu bağlantılı uyuşmazlığı kendileri çözmayip bekletici sorun yapmalıdırlar. Tahkim yargılaması sırasında karşılaşılan bağlantılı bir uyuşmazlığın bekletici sorun sayılmasının yukarıda sayılan sakıncalarına rağmen, daha büyük sorunlara ve tereddütlere yol açmamak, hukuk güvenliğini ve adalet duygusunu sarsmamak açısından bir ceza hukuku ihlaline ilişkin bağlantılı uyuşmazlığı bekletici sorun saymak yoluna gidilmelidir.

Bekletici sorun saymanın belirtilen sakıncaları nedeniyle, bu sorun bakımından en uygun çözüm yolu, hakemlere açıkça karşılaştıkları

⁹³ ABD Yüksek Mahkemesi *Oscanyan v. Arms Co.* Kararı, 103 U.S. 261 (1881) "<http://www.vlex.us/caselaw/U-S-Supreme-Court/Oscanyan-v-Arms-Co-103-U-S-261-1881/2100-20062018,01.html>"

ceza hukuku ihlallerine ilişkin bağlantılı uyuşmazlıkları nisbî muhakeme yoluyla çözme görev ve yetkisi veren uluslararası düzenlemeler yapılması olacaktır. Belirtmek gerekir ki bu tarz uluslararası metinlerde hakemlere verilecek görev ve yetki sıkı koşullara bağlanarak bu koşullar ayrıntılı biçimde düzenlenmelidir. Böylece, bekletici sorun saymanın doğuracağı sakıncaların bertaraf edilmesi bir yana, uluslararası ticaret alanındaki uyuşmazlıklar daha çok tahkim yargılamasıyla çözümlendiğinden, bu alanda karşılaşılan suçlarla mücadele etmek bakımından hakemler daha elverişli bir konuma getirilmiş olacak ve dolayısıyla, bu alandaki suçlarla daha etkin biçimde mücadele edilebilecektir.

[illegible]

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10
abonet@abonet.net ❖ www.abonet.net