

Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Bilim Dalı

**MTK İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
HMK HÜKÜMLERİNE GÖRE
HAKEM KARARLARININ İPTALİ**

Şaziye Tuba ULUKUŞ BULUT

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2018

**MTK İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
HMK HÜKÜMLERİNE GÖRE
HAKEM KARARLARININ İPTALİ**

Şaziye Tuba ULUKUŞ BULUT

Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Ankara, 2018

KABUL VE ONAY

Şaziye Tuba ULUKUŞ BULUT tarafından hazırlanan "MTK İle Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali" başlıklı bu çalışma, 23.02.2018 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda başarılı bulunarak jürimiz tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

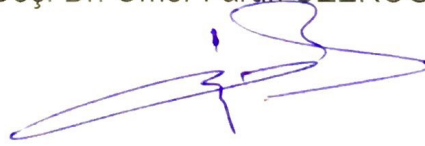
Başkan – Danışman: Prof. Dr. L. Şanal GÖRGÜN



Üye : Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ



Üye : Yrd. Doç. Dr. Ömer Faruk ÖZEROĞLU



Yukarıda imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.



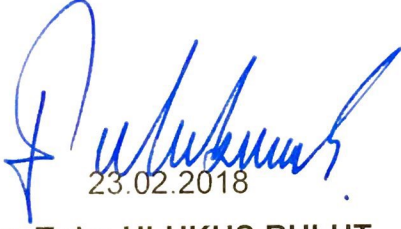
Prof. Dr. Mehmet TOMANBAY

Enstitü Müdürü

BİLDİRİM

Hazırladığım tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezimin kağıt ve elektronik kopyalarının Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

Tezimin 3 yıl süreyle erişime açılmasını istemiyorum. Bu sürenin sonunda uzatma için başvuruda bulunmadığım takdirde, tezimin tamamı her yerden erişime açılabilir.



23.02.2018

Şaziye Tuba ULUKUŞ BULUT

ÖZET

ULUKUŞ BULUT, Şaziye Tuba, MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali, Yüksek Lisans, Ankara, 2018.

Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulara ilişkin uyuşmazlıkların hakemler eliyle çözümlenmesini ifade eden bir müessese olup hakemler tarafından verilen kararlara karşı başvurulabilecek hukuki yol, belirli sebeplerin varlığı halinde, iptal davası açmaktan ibarettir.

“MTK ile Karşılaştırmalı Olarak HMK Hükümlerine Göre Hakem Kararlarının İptali” isimli bu çalışmamızda iptal davası (HMK m. 439) ele alınmış olup öncelikle tahkim ve hakem kararı kavramları üzerinde durulmuş, HMK ve MTK hükümleri çerçevesinde verilen hakem kararlarının iptali talebiyle açılacak iptal davalarına ilişkin usul hükümleri, iptal sebepleri, iptal davası neticesinde verilebilecek kararlar, bu kararların sonuçları, bu kararlara karşı öngörülen kanun yolları ve hakem kararlarının icrası karşılaştırmalı olarak incelenmiş, tartışmalı konularda doktrin ve Yargıtay görüşleri ortaya konulmaya çalışılmış, yeri geldiğinde kişisel görüşlerimize de yer verilmiştir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

Tahkim, Hakem Kararı, Hakem Kararına Karşı Başvuru Yolu, İptal Davası, İptal Davasında Usul Hükümleri, İptal Sebepleri, İptal Davasının Sonuçları, Hakem Kararlarının İcrası, İptal Davası Sonucunda Verilen Karara Karşı Kanun Yolları, Yargılamanın İadesi.

ABSTRACT

ULUKUŞ BULUT, Şaziye Tuba, Setting Aside Of Arbitral Awards According to HMK Provisions Comparatively With MTK, Master's Thesis, Ankara, 2018.

Arbitration is the institution which expresses the settlement of disputes through the arbitrators, concerning the issues that the parties may freely dispose. In case of definite grounds, the legal remedy against the arbitral awards, which is given by the arbitrators, is to apply for setting aside.

In this thesis we discuss comparatively the application for setting aside, in the meanwhile we emphasized sense of arbitration and arbitral award, the procedural provisions of setting aside, grounds of setting aside, outcomes of setting aside, legal remedies for the judgements about setting aside and execution of arbitral awards, we tried to put out doctrine and Court of Cassation views about topical issues and our personal opinions when appropriate.

KEY WORDS

Arbitration, Arbitral Award, Recourse Against Arbitral Award, Application For Setting Aside, Procedure on Applications For Setting Aside, Grounds For Setting Aside, Outcomes Of Setting Aside, Legal Remedies For The Judgements About Setting Aside, Execution of Arbitral Awards, Recourse Against Setting Aside, Retrial.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY.....	i
BİLDİRİM.....	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM TAHKİM ve HAKEM KARARI

I. TAHKİM.....	3
1. Kavram.....	3
2. Tanım.....	4
3. Tarihi Gelişimi.....	8
4. Türleri.....	12
a. Zorunlu Tahkim – İhtiyari Tahkim.....	12
b. Milli Tahkim – Milletlerarası Tahkim.....	14
c. Ad Hoc Tahkim – Kurumsal Tahkim.....	16
d. Diğer Tahkim Türleri.....	18
5. Tahkime İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulama Alanı.....	19
a. HMK'nın Tahkime İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanı.....	19
b. MTK'nın Tahkime İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanı.....	32
II. HAKEM KARARI KAVRAMI	36
1. Tanımı ve Niteliği.....	36
2. Hakem Kararlarına Karşı Kanun/Başvuru Yolları.....	44
a. Genel Olarak Kanun Yolları	44
b. İptal Davası.....	48
c. Yargılamanın İadesi.....	49

İKİNCİ BÖLÜM

İPTAL DAVASINDA USUL HÜKÜMLERİ

I. İptal Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	53
II. İptal Davası Açma Süresi ve Davanın Tarafları.....	65
III. İptal Davasında Harç.....	70
IV. İptal Davası Açma Hakkından Feragat.....	75
V. İptal Davasının Tabi Olduğu Yargılama Usulü.....	79
VI. İptal Davasının Hakem Kararının İcrasına Etkisi.....	81
VII. İptal Davasında İnceleme Usulü ve İspat Yükü.....	84

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İPTAL SEBEPLERİ

I. Genel Olarak	87
II. Tahkim Sözleşmesinin Taraflarından Birinin Ehliyetsiz Olması Ya Da Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması.....	88
III. Hakem veya Hakem Kurulunun Seçiminde Sözleşmede Belirlenen veya Kanunda Öngörülen Usule Uyulmaması	99
IV. Kararın Tahkim Süresi İçinde Verilmemesi.....	103
V. Hakem Veya Hakem Kurulunun Hukuka Aykırı Olarak Yetkili veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi	107
VI. Hakem veya Hakem Kurulunun Tahkim Sözleşmesi Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi veya Talebin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi Ya Da Yetkisini Aşması.....	112
a. Hakemin/Hakem Kurulunun Tahkim Sözleşmesi Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi.....	113
b. Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Verilmemiş Olması.....	114
c. Hakemin/Hakem Kurulunun Yetkisini Aşması	115
VII. Tahkim Yargılamasının, Usulüne Uygun Olarak Yürütülmemesi ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması	120
VIII. Tarafların Eşitliği İlkesi ve Hukukî Dinlenilme Hakkına	

Riayet Edilmemesi.....	127
IX. Hakem Veya Hakem Kurulu Kararına Konu Uyuşmazlığın Türk Hukukuna Göre Tahkime Elverişli Olmaması	133
X. Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olması	141

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İPTAL DAVASININ SONUÇLARI

I. Kısmi İptal Kararı.....	153
II. Davanın Kabul Edilmesi.....	154
III. Davanın Reddedilmesi	159
IV. İptal Davasının Açılmamış Olması.....	160
V. İptal Davası Sonucunda Verilen Karara Karşı Kanun Yolları.....	161
VI. Hakem Kararlarının İcrası.....	165
1. HMK Kapsamındaki Hakem Kararlarının İcrası.....	165
2. MTK Uyarınca Hakem Kararlarının İcrası.....	174
SONUÇ.....	176
KAYNAKÇA.....	182

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
b.	: bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İSTAC	: İstanbul Arbitration Center/İstanbul Tahkim Merkezi
İTOTAM	: İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi
K.	: Karar
LDIP	: Loi Federale sur le Droit Internatioanal Privé
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi
MK	: Medeni Kanun

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu

S. : Sayı

s. : sayfa

SK : Sigortacılık Kanunu

T. : Tarih

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TOBB : Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

TÜRSAB : Türkiye Seyahat Acentaları Birliği

UNCITRAL : United Nations Commission on International Trade Law

UTTHD : Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi

vd. : ve devamı

Y. : Yıl

GİRİŞ

Hukuk düzeni, toplumu oluşturan kişilere çeşitli haklar bahşederken bu hakların ihlali halinde uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğine ilişkin kuralları da düzenlemiştir. Bu husus bir Roma vecizesinde *“hakkın olduğu yerde çare de vardır (Ubi Jus Ubi Remedium)”* şeklinde ifade edilmiştir. Çare, yani ihlalin olumsuz sonuçlarının giderilmesine yönelik iş ve işlemler *“yargılama”* olarak adlandırılır ve yargı yetkisi kural olarak devlet mahkemeleri tarafından kullanılır. Ancak, ilk çağlardan itibaren devletler, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulara ilişkin olan, kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların, taraflarca belirlenen hakemler vasıtasıyla çözümüne imkân tanımışlardır. Uyuşmazlıkların hakemler tarafından yapılacak yargılama vasıtasıyla çözümü tahkim olarak adlandırılmaktadır.

Hakemlerde beklenen tahkim sözleşmesine ve hukuka uygun olarak karar vermeleridir. Ancak hakemlerin, devletin tahkim için çizdiği sınırın dışına taşarak karar vermeleri, yargılama sırasında tahkim sözleşmesine aykırı davranışları ya da böyle sonuçlar doğuracak kararlar vermeleri yahut yargılama hukukunun temel ilkelerine aykırı düşecek kararlar vermeleri de mümkündür. Bu gibi hallerde hakem kararı tahkim sözleşmesine ve/veya hukuka aykırı olacağından, bunun ortadan kaldırılması için çeşitli çözümler üretilmiştir. Bunlardan biri de devlet mahkemelerinden hakem kararının iptalinin istenmesi, kısaca iptal davasıdır.

Türk hukuk sisteminde hakem kararının iptali davasını incelediğimiz bu çalışmanın birinci bölümünde tahkim kavramının tanımı, tarihi gelişimi, türleri Türk hukuk sistemi içindeki yeri, hakem kararının hukuki niteliği ve hakem kararına karşı başvurulabilecek yollar incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde iptal davasına bakacak mahkeme, davanın açılma süresi, davanın tabi olduğu yargılama ve inceleme usulü ile ispat yükünün hangi tarafta olduğu, iptal davası açılmasının hakem kararına etkisi gibi usuli konular incelenmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde hakem kararının iptaline ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununda ve Milletlerarası Tahkim Kanununda sayılan sebepler incelenmiştir.

Çalışmanın dördüncü bölümünde, iptal davası neticesinde verilebilecek kararlar, bu kararların sonuçları ve bu kararlara karşı başvuru yolları incelenmiştir.

Çalışmamızda incelenen konulara ilişkin HMK ve MTK hükümlerinin karşılaştırılarak benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması ilgili başlıklar altında yapılmış olup, tartışmalı konularda doktrin ve Yargıtay görüşleri ortaya konulmaya çalışılmış, yeri geldiğinde kişisel görüşlerimize de yer verilmiştir.

Çalışma neticesinde ulaşılan sonuçlar, yapılan tespit ve değerlendirmeler sonuç bölümünde yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ve HAKEM KARARI

I. TAHKİM

1. Kavram

Tahkim Arapça kökenli bir kelime olup anlaşmazlıkların hakemde çözülmesi¹, uzlaştırma², hakem tayin etme, bir meselenin hallini hakeme havale etme³ anlamlarına gelmektedir. Tahkim kelimesinin kökeni olan hakem ise tarafların, aralarındaki anlaşmazlığı çözmek için yetkili olarak seçtikleri ve üzerinde anlaşmışları kişi veya kişileri⁴, mevcut veya ileride çıkacak bir uyuşmazlığın çözümü için taraflarca seçilen veya kanunun gösterdiği şekilde atanan özel kişiyi⁵ ifade etmektedir.

Hukuki bir kavram olarak tahkim, uyuşmazlıkların hakem vasıtası ile çözümü müessesini ifade eder⁶. Doktrin ve uygulamada tahkim, tahkim sözleşmesi, hakem sözleşmesi gibi terimlerin birbirlerinin yerine kullanıldıkları görülmektedir. Bu çeşitliliğinin nedeni, tahkim müessesinin Türk hukukuna köken itibarıyla birbiri ile yakınlığı ve benzerliği bulunmayan iki ayrı kaynaktan, Batı hukukundan ve İslam hukukundan girmiş olmasıdır. Örneğin, Batıdan alınan kanunlarda Roma hukukuna ait “*compromisso senedi*” terimi kullanılırken Mecellei Ahkamı Adliyyede İslam hukukuna ait “*tahkimname*”, “*muhakkim*” gibi terimler kullanılmış,

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.587d20a705f752.33884896 (Erişim Tarihi: 14.08.2017).

² YILMAZ (Sözlük), s. 1521.

³ KARADAŞ, s. 15.

⁴http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.587d20aa04b995.82496126 (Erişim Tarihi: 14.08.2017).

⁵ YILMAZ (Sözlük), s. 501; KURU (Usul), 2001, C.VI, s. 5874

⁶ YEĞENGİL, s. 91.

bu ikilik sebebiyle tahkim ile ilgili terimler Osmanlı döneminde kalıplaşmamış ve bu durum Cumhuriyet devrinde de devam etmiştir⁷.

Mecelle'ye göre tahkim, *hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hakim ittihaz etmelerinden ibarettir* (m. 1790). Yani, "Tahkim, hasım olan iki tarafın, ihtilaflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmelerinden ibarettir."⁸ Yine, Mecelle'de hakem, hakim gibi mütalaa edilmiştir⁹. Günümüzde de tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel bir kişiye (ya da kişilere) bırakmaları ve uyuşmazlığın bu kişi tarafından incelenip karar bağlanmasını ifade etmektedir¹⁰. Belirtmek gerekir ki uyuşmazlığın çözümü kendilerine bırakılan ve hakem olarak adlandırılan bu kişilerin hiçbir resmi sıfatları bulunmamaktadır. Ancak, taraflar uyuşmazlığın çözümünü hakemlere intikal ettirmekle, hakemlerin vereceği karara da razı olmuşlardır ve artık hakemler, kendilerine intikal eden uyuşmazlık bakımından mahkeme gibi yargılama yapıp karar verirler. Bu sebeple hakemlere, hakem mahkemesi de denilmektedir¹¹.

2. Tanım

Devlete ait olan yargı fonksiyonunun devlet mahkemeleri aracılığı ile yerine getirilmesi esastır. Ancak, özel hukuka ilişkin mevcut veya muhtemel bir uyuşmazlığın taraflarının, yapacakları bir tahkim anlaşması ile bu uyuşmazlığın çözümünü devlet yargısı dışında özel olarak seçtikleri kişilere (hakemlere) bırakabilmesi¹² mümkün olup, bu uyuşmazlık çözüm yöntemi tahkim olarak adlandırılmaktadır.

⁷ YEĞENGİL, s. 85

⁸ BERKİ (Mecelle), s. 406.

⁹ TAŞKIN (Hakem Sözleşmesi), s. 2.

¹⁰ KURU (Usul), C.VI, s. 5875; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 762.

¹¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 763; KURU (Usul), C VI, s.5875.

¹² GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 786.

Tahkim ne 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda, ne de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda tanımlanmıştır. Ancak, her iki Kanunda da tahkim anlaşmasının tanımına yer verilmiş ve tahkim anlaşması tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının çözümünü hakem veya hakem kuruluna bırakacaklarına dair yaptıkları anlaşma olarak tanımlanmıştır¹³. HMK ve MTK'da tahkim kavramı tanımlanmamış olmasına karşın, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde *tahkim yolu* şeklinde bir tanıma yer verilerek bu tanımın; tarafların doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığı aralarındaki anlaşmaya göre hakem veya hakem kuruluna götürdükleri, usulü taraflarca belirlenebilecek özel bir yargılama faaliyetini ifade ettiği belirtilmiş (m.2/a), maddenin devamında da milletlerarası tahkim anlaşması (m.2/b) ve yabancılık unsuru (m.2/c) tanımları yapılmıştır.

Doktrinde ise tahkim muhtelif şekillerde tanımlanmış, bu tanımlamalar yapılırken genellikle tahkim müessesenin içerisinde yer alan üç unsurdan yararlanılarak, müesseseden ziyade unsurlarının tanımı verilmiştir. Bu tanımlamalar sırasında tahkim kavramı, bazen taraflar arasında doğmuş veya ilerde doğabilecek uyuşmazlıkların çözümünün hakemlere bırakılması konusunda taraflar arasında yapılan sözleşmeyi, bazen tarafların uyuşmazlığı çözümlmek için seçecekleri hakemlerle yapacakları sözleşmeleri, bazen de uyuşmazlığın hakemlerce çözümlenerek karara bağlanması işlemlerinin bütünü ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Ancak, bir müessese olarak tahkim, taraflarca kararlaştırılan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi ise de kavram olarak tahkim, uyuşmazlığın tahkim yoluyla halli için tarafların giriştikleri her türlü ilişkiyi kapsamamaktadır. Tahkim kavramının eksiksiz olarak tanımlanabilmesi için, tanım yapılırken tahkim sözleşmesi, hakem sözleşmesi, hakemlik, tahkim usulü gibi kavramların tahkim kelimesinden ayrıştırılması ve hem bu kavramların tahkim kelimesinden ayırt

¹³ HMK m. 412, MTK m.4.

edilebileceği hem de tahkim kelimesinin ayırt edici unsurlarının tam olarak kavram tarifine yansıdığı ifadelerin kullanılması gerekir¹⁴.

Kuru tahkimi bir hak üzerinde ihtilafa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanması¹⁵; *Postacioğlu*, tarafların anlaşması üzerine aralarındaki hukuki uyuşmazlığın özel şahıslar tarafından halledilmesi¹⁶; *Yılmaz*, taraflar arasında doğmuş veya ileride doğacak olan belli hukukî uyuşmazlıkların Devlet yargısı (devlet mahkemeleri) dışında, taraflarca seçilen ve adına hakem denilen tarafsız (özel) kişiler eliyle nihaî karara bağlanması¹⁷; *Koral*, aralarında uyuşmazlık bulunan iki veya daha çok kişinin bu uyuşmazlığı kaldırmak üzere üçüncü bir şahsı memur etmeleri, bu üçüncü şahsın mezkûr kimseler arasındaki uyuşmazlığı hal ve fasl eylemesi (hakemlik etme) görevi, uyuşmazlıkların resmî sıfatı haiz olmayan hususî şahıslar tarafından halledilmesini sağlayan hukuki müessese¹⁸ şeklinde tanımlamıştır. *Yeğengil* ise tahkimi “*kanunun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan tarafların ve kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir*”¹⁹ şeklinde tanımlamıştır²⁰. Bu tanım, tahkimin kanunun (tahkim yoluyla çözümlenmesine) izin verdiği konularda gidilebilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğuna; tahkim usulünün, doğmuş veya doğacak uyuşmazlıklar bakımından bir sözleşme ile öngörülebilmesine yani ihtiyari olmasına yahut kanun hükmü gereği mecburi olmasına, tahkimin devlet yargısından farklı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğuna işaret ediyor olması hakemlerden söz ediyor olması itibariyle tahkimin tüm unsurlarını içine almaktadır. Bu nedenlerle, bize göre Yeğengil’in bu tanımı,

¹⁴ YEĞENGİL, s. 94.

¹⁵ KURU (Usul), C. VI, s. 5875

¹⁶ POSTACIOĞLU, s. 1026

¹⁷ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3619

¹⁸ KORAL (Yeni ve Eski Hukuk), s. 193.

¹⁹ YEĞENGİL, s. 94.

²⁰ Diğer muhtelif tahkim tanımları için bkz; AKINCI (Tahkim), s. 3; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYAZ, s. 762; KARADAŞ, s.19-21; ŞANLI (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 17.

tahkim müessesesinin tüm ayırt edici unsurlarını içinde barındırıyor olması itibariyle eksiksiz bir tanımdır²¹.

Tahkim, kimi yazarlara²² göre bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi (*Alternative Dispute Resolution - ADR*²³) kimi yazarlara²⁴ göre ise tarafların iradi olarak, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü devlet yargısı yerine hakemlere bıraktıkları özel bir yargı faaliyetidir. Kanaatimizce tahkim, taraflar arasındaki uyuşmazlığı tarafları bağlayıcı şekilde çözümlenmek üzere başvuru, devlet yargısı dışında ya da devlet yargısına alternatif bir yargı yolu olup, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. Zira ADR yöntemleri, taraflar arasındaki uyuşmazlığı, tarafları bağlayıcı şekilde nihayete erdirmekten ziyade taraflar arasında uzlaşmayı sağlamaya yönelik, tarafların kontrolü dışına çıkmayan ve üstelik yalnızca devlet yargısının değil tahkimin de alternatifi olan yöntemlerdir²⁵. Tahkimi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayıran en önemli fark prensip olarak hakemler tarafından verilen kararların devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi bağlayıcı²⁶ ve icra edilebilir olmasıdır²⁷.

²¹ Aynı yönde bkz. KARADAŞ, s.21.

²² ÖZBEK, s.171; KONURALP, s. 129.

²³ Arabuluculuk (*mediation*), uzlaştırma (*conciliation*), *tarafsız ön değerlendirme* (early neutral evaluation), *vakaların saptanması* (fact finding), *kısa duruşma* (mini-trial), tahkim-arabuluculuk (mediation), *sulh* (compromise), *müzakere* (negotiation) gibi yöntemler. ADR hakkında detaylı bilgi için bkz: ÖZBEK; TANRIVER (Arabuluculuk), s. 151-177; KONURALP, s.4-122; AKINCI (Tahkim), s. 3. Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35/A maddesinde düzenlenen avukatların uzlaşma sağlama, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 50. maddesinde yer alan arabuluculuk, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 181. maddesi kapsamında noter odalarına verilen noterlerle katip, katip adayı ve hizmetliler arasındaki hizmetle ilgili anlaşmazlıkları ilgililerden birinin başvurması üzerine çözümlenmeye çalışma görevi de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına örnek gösterilebilir.

²⁴ KURU (Usul), C.VI., s. 5875; TANRIVER (Arabuluculuk), s.171; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 647; ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s.296; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 679; KARSLI, s. 905; ILDIR, s. 61; KORAL, (Yeni ve Eski Hukuk), s. 208.

²⁵ ILDIR, s.21

²⁶ EKŞİ (Tahkim Öncesi) s.2; AKINCI (Tahkim), s. 11; ILDIR, s. 60,61; ÖZBAY (Kesin Hüküm), s. 282.

²⁷ HMK m. 439,4; MTK m. 15, A/3

3. Tarihi Gelişimi

Tahkim, Roma Hukukunda, Ortaçağ Kilise Hukukunda, Cahili Arap ve İslam Hukukunda yer bulan, hukukun tarihi kadar eski bir hukuki müessese²⁸, tarih boyunca var olmuş bir yargı kuruluşudur. Tahkim, hukuki ihtilafların çözülmesinde ve insanlar arasındaki sosyal münasebetlerin ıslahında “*en medeni*” yargı yolu olarak kabul edilmektedir²⁹.

Tahkim Eski Yunan, Eski Hint, Eski Roma ve Ortaçağ Medeniyetlerinde, Cahiliye Devrinde, İslam, Hristiyan ve Musevi Medeniyetlerinde uygulanmış, belli esas ve yaptırımlara bağlanmıştır³⁰. Demosthenes ve Aristoteles’in eserlerinde Eski Yunan Medeniyetinde tahkimin uygulandığını gösteren ifadeler yer almaktadır. Demosthenes müdafaalarında, tarafların aralarındaki anlaşmazlıkları çözmesi için hakeme başvurmalarının mümkün olduğunu, istedikleri kimseleri hakem seçebildiklerini ve hakem kararına boyun eğerek karara itiraz etmediklerini söyler³¹. Aristoteles’in Retorik adlı eserinde de hâkimin kanunu tatbik etmekle mükellef olmasına karşılık, hakemin nesâfet ve adalet esaslarına göre karar vereceği söylenir³². Roma Hukukunda ise tahkim, hukuk sisteminin devlet denetimi altında olması nedeniyle hukuk sisteminde sonradan yer almış, Romalı hukukçuların mücadeleleri sonunda tahkim sözleşmesi (*compromissum*) Jus Civile’nin himayesine sokularak, hakem kararlarına hukuki müeyyide sağlanmıştır³³. Roma Hukukunda ceza davaları ve şahsi hallere ilişkin davalar tahkim akdine konu edilemezdi³⁴. Hakemler yetkilerini kanundan değil akitten alırlardı ve hâkim olamayacak olanlar (deli, sağır dilsiz, küçük, kadın ya da köle) hakem de olmazdı³⁵.

²⁸ Tahkimin tarihçesi hakkında detaylı bilgi için bkz. YEĞENGİL, s. 7-82; BALCI, s.39-98.

²⁹ ŞANLI (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 18.

³⁰ BALCI, s. 41

³¹ DEMOSTHENES, Speeches 27-38, (Çeviren: Douglas M. MacDowell), s.102.

³² ARISTOTELES, Retorik, (Çeviren: Mehmet H. DOĞAN), s.81.

³³ Salvatore DI MARZO, Roma Hukuku, (Çeviren: Ziya UMUR), s.102.

³⁴ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 141.

³⁵ UMUR, s. 174.

Hıristiyanlığın yayıldığı topluluklarda da tahkim bilinmekte ve uygulanmakta idi ve zamanla bazı kurallara bağlanmıştı. Örneğin, tarafların Papa'dan sonra gelen Piskoposun (*eveque*) hakem olmasına yönelik bir anlaşma yapabilecekleri, davaya mahkemede bakılıyor olsa bile böyle bir anlaşma karşısında hâkimin yetkisizlik kararı verebileceği ve Piskopos tarafından verilen kararın resmi makamlarca infaz olunacağına dair bir düzenleme mevcut idi³⁶. Kilise Hukukunun yanı sıra İslam Hukukunda da tahkim müessesine yer verildiği görülmektedir. İslam Hukukunun birinci kaynağı olan Kuran'ın çeşitli surelerinde³⁷ tahkimden söz edilmiş olmasının yanı sıra, sünnet, icmai ümmet, kıyasıfukaha gibi İslam Hukukunun diğer kaynaklarında da tahkimin kabul ve teyit olduğu görülmektedir³⁸. Cahiliye Devrinde de adalet dağıtımı için, ihkak-ı hakkın yanı sıra, hakem usulü (tahkim) uygulanmakta idi. Hakemler, bilirkişiler ve bilge kişiler aracılığı ile adalet dağıtılmaktaydı. Hatta oç alma ve ihkak-ı hak ancak adam öldürme ve müessir fiillerde mümkün iken, diğer ihtilaflar bakımından tahkim usulü mecburiydi³⁹.

Ortaçağ sonrası monarşik devirde tahkim ile ilgili düzenlemeler yapılarak, tahkim kanun himayesine alınmış ve hakem kararlarına karşı istinaf yolu açılmıştır. Örneğin, Fransa'da 1673 tarihinde yürürlüğe giren, Kara Ticaret Hukukuna ilişkin kanunda (*Ordonnance de Colbert*) mecburi tahkime ilişkin hükümlere yer verilerek, hakem kararlarını mahkeme veya hakim onayına gerek bulunmaksızın tenfize yetkili tahkim kalemi katipliği (*greffiers d'arbitrage*) kurulmuştur⁴⁰. İngiltere'de ise ticari uyuşmazlıklar 13. yüzyıldan itibaren tacirler tarafından çözümlenmeye başlanmış, zamanla üyeleri sadece tacirler tarafından oluşan kasaba mahkemeleri ve jüriler teşekkül ettirilmiş, loncalar ve ticaret birlikleri kendi bünyelerinde, kendi üyeleri ile ilgili uyuşmazlıklara bakacak

³⁶ BAUS/BECK/EWIG/VOGT, s. 87.

³⁷ Nisa Suresi, 4/35, Maide Suresi, 5/42, 43.

³⁸ HASAN, s. 46.

³⁹ BERKİ (Kaza), s. 11.

⁴⁰ Encyclopedic of Public International Law, s.534.

mahkemeler kurmuşlardır⁴¹. 1697'de kabul edilen ilk İngiliz Tahkim Kanunu (*Arbitration Act*) ile tahkim kurumu pozitif bir temele oturtulmuştur⁴².

İngiltere'de kurulan tahkim sistemi 17. yüzyılın ikinci yarısından itibaren koloniler vasıtasıyla ABD'ye taşınmış ve zaman içinde New York'tan batıya doğru yayılmıştır⁴³. 1925 yılında Federal Tahkim Kanunu'nun (Federal Arbitration Act) yayınlanmasıyla ülkede tahkim alanında yeknesaklık sağlanmıştır.

Almanya ise 1871 yılında milli birliğini sağlamış⁴⁴ ve hemen sonra 1877 yılında kabul ettiği Medeni Usul Kanunu'nda (*Zivilprozessordnung*) tahkime ilişkin pozitif düzenlemelere yer vermiştir⁴⁵.

Osmanlı devleti de tahkime ilişkin yasal düzenlemeler yapmıştır. Osmanlı'da tahkim usulünü kabul eden ilk kanun, Fransız Ticaret Kanununun birinci ve üçüncü kısımlarının kısmen tadili sureti ile iktibas olunan 1850 tarihli Kanunu Ticaret'tir. Bu kanunda hakem tabiri yerine mümeyyiz tabiri kullanılmıştır⁴⁶. Anılan Kanunda şirket meselelerinden dolayı şirket ortakları arasında çıkan uyuşmazlıklar hakemler aracılığıyla çözümleneceği hükme bağlanmıştır (m. 40). 1861 tarihli Ticaret Usulü Muhakemesine ait Nizamname'de ve 1864 tarihli Ticareti Bahriye Kanununda da tahkim ile ilgili hükümler mevcuttur. 1861 sayılı Kanunda, evrak ve defter incelemesi gerektiren ya da karışık davalarda, tarafları sulh etmek, bunu yapamazsa davanın sonucunu tayin edecek bir rapor hazırlamak üzere mahkemece üç veya beş kişilik bir komiser veya hakem heyeti tayin edileceğine dair bir düzenleme yer almaktadır. Bu heyetin uyuşmazlık çözme yetkisi yoktur, hakem değil bilirkişi gibidirler. Ticareti Bahriye Kanununda ise deniz sigorta sözleşmelerinden doğacak ihtilafların hakemler marifetiyle halledilmesinin öngörülebileceği düzenlemesi yer almaktadır. Osmanlı Devletinin ilk medeni kanunu olan ve 1869 ila 1877 yılları arasında

⁴¹ NOUSSIA, s.12.

⁴² JONES, s. 198.

⁴³ NOUSSIA, s.14; JONES, s. 218.

⁴⁴ ARMAOĞLU, s. 326.

⁴⁵ RESPONDEK, s. 289.

⁴⁶ YEĞENGİL, s. 75-77.

Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında kurulan bir komisyon tarafından hazırlanarak yürürlüğe konulan Mecelle-i Ahkam-ı Adliye’de de tahkime ve tahkim usulüne ilişkin düzenlemeler yer almıştır: Mecelle’nin 1841. maddesinde “*Hukuk-i nâsa ilişkin mal davalarında tahkim caizdir.*” hükmü yer almaktadır. Buna göre fertlerin (kulların) üzerinde tasarrufta bulunabileceği mal davaları bakımından tahkim caizdir⁴⁷. Hatta Mecelle’ye göre evlenme, boşanma, nafaka gibi konularda da tahkime gidilebilir ancak, zina ve hırsızlık gibi hukûkullâha⁴⁸ ait davalarda tahkim caiz değildir⁴⁹. Yine Mecelle’ye göre hakem kararı, sadece uyuşmazlığın tarafları hakkında ve tahkime konu olan hususta geçerli ve uygulanabilir olup taraflardan başkasına etki etmez ve tarafların diğer davaları için geçerli olmaz (m 1842). Az evvel de belirttiğimiz üzere Mecelle’de; birden fazla hakem tayin edilmesinin mümkün olduğu (m. 1843), birden fazla hakemin ancak oybirliği ile karar verebileceği (m. 1844), tahkimin süre ile sınırlandırılmış olması halinde süre bitiminde tahkimin de sona ereceği (m. 1846) gibi tahkim usulüne ilişkin hükümler de yer almaktadır.

Mecelle sonrasında da 1879 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Muvakkat Kanununda tahkim hükümlerine yer verilmiş; Mecelle’nin tahkim bölümüne atıflar yapılmış, hakem kararlarının mahkemece onaylanarak ilam şeklinde taraflara tebliğ edileceği ve hakem kararlarına karşı, mahkeme kararlarında olduğu gibi istinaf kanun yoluna gidilebileceği öngörülmüştür⁵⁰. 1917 tarihli Aile Hukuku Kararnamesinde de karı koca arasında çıkacak ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenebileceği öngörülmüştür.

Cumhuriyet döneminde ise 743 sayılı Türk Medeni Kanununun, 818 sayılı Borçlar Kanununun ardından 1927 yılında yürürlüğe giren HUMK’nın sekizinci babında ihtiyari tahkime ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ayrıca, 1936 tarihli ve 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu ile 1938 tarihli, 3533 Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete

⁴⁷ YEĞENGİL, 78.

⁴⁸ Allah’ın hakları (kamu hakları).

⁴⁹ BİLMEN, s. 250.

⁵⁰ YEĞENGİL, s. 80; BALCI, s. 95.

veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolile Halli Hakkında Kanun ile de anılan kanunlar kapsamındaki ihtilaflar bakımından zorunlu tahkim öngörülmüştür⁵¹.

Günümüzde, HMK ve MTK başta olmak üzere 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'da, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nda, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da, 6052 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda tahkimi düzenleyen hükümlere yer verilmiştir.

4. Türleri

Tahkim, taraf iradesine dayanıp dayanmaması, milliyeti, belirli bir örgütlenmeye sahip olup olmaması gibi ölçütler göz önüne alınarak çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır. Buna göre tahkim; zorunlu – ihtiyari, milli/ulusal (iç) – milletlerarası/uluslararası (dış) , ad hoc (geçici, arızî) – kurumsal (enstitü tahkimi/müessesesevî tahkim) tahkim olmak üzere çeşitli türlere ayrılır⁵².

a. Zorunlu Tahkim – İhtiyari Tahkim

Tarafların iradi olarak tahkime başvurabilecekleri hallerde tahkim ihtiyaridir ve genel kural tahkimin ihtiyari olmasıdır⁵³. İhtiyari tahkimin dayanağı da sözleşme özgürlüğü olup⁵⁴, burada tarafları tahkime mecbur eden herhangi bir yasa hükmü bulunmamaktadır. HMK ve MTK'da düzenlenmiş olan tahkim de ihtiyari tahkimdir. Ancak, bazı uyuşmazlıkların çözümü için hakeme başvurulması

⁵¹ 3039 sayılı Kanun ile 3533 sayılı Kanun halen yürürlükte.

⁵² GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 786; AKINCI, s.4; KARADAŞ, 35-38; KURU (Usul), C. VI, s. 5876, 5918; EKŞİ, (Tahkim), s.15; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 762, 763; ÖZBAY/KORUCU, s. 18-25; KARAYALÇIN (Muhakeme Usulü), s. 9.

⁵³ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 786; KURU (Usul), C.VI, s. 5876

⁵⁴ KARAYALÇIN, (Muhakeme Usulü), s. 9.

kanun gereği zorunlu olup mahkemelerde dava açılması mümkün değildir⁵⁵. Zorunlu tahkime konu olan bir uyuşmazlığın ihtiyari tahkim yolu ile çözümlenme imkanı bulunmamaktadır⁵⁶.

6052 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 62. maddesine göre, değeri belirli bir parasal sınırın altında bulunan uyuşmazlıklar için tüketici sorunları hakem heyetine başvurulması zorunludur. Bunun yanında, 3353 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Aid Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yolile Halli Hakkında Kanun, 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu'nda (m.14) ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda (m.51), 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da (m.6), 3289 sayılı Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da (m. Ek-9, 9/A, Geçici 11) zorunlu tahkim yolu öngören hükümler mevcuttur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, spor tahkimi ile toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında husule gelen ihtilaflara ilişkin tahkim, anayasal dayanağı da bulunan birer zorunlu tahkim türüdür. 2011 yılında yapılan değişiklik ile Anayasanın 59. maddesine üçüncü bir fıkra eklenerek, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği, tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Böylece, spor tahkimi kurulları ve kurul kararlarının kesinliği anayasal dayanağa kavuşturulmuştur⁵⁷. Anayasanın 53. ve 54. maddelerinde ise işçiler ve işverenler ile memurlar ve diğer kamu görevlilerinin toplu sözleşme yapma hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde tarafların Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabileceği, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararlarının kesin olduğu ve toplu sözleşme yerine geçeceği düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 54.

⁵⁵ KARADAŞ, s. 35; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.786; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 763; SARISÖZEN, s. 18.

⁵⁶ YEĞENGİL, s. 102; EKŞİ (Tahkim), s.15.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ARTUÇ.

maddesinde de toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin greve, işverenin lokavta başvurması, grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda da ertelemenin sonunda, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca çözüleceği ya da uyuşmazlığın her safhasında tarafların anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabileceği, Yüksek Hakem Kurulunun kararlarının kesin olduğu ve toplu iş sözleşmesi yerine geçeceği hüküm altına alınmıştır.

b. Milli Tahkim – Milletlerarası Tahkim

Tahkim, toprak ve hukuk sistemi ölçütleri bağlamında yabancılık unsuru içerip içermemesine göre milli ve milletlerarası tahkim olmak üzere ikiye ayrılır⁵⁸. Milli tahkim, gerek tarafları gerekse uyuşmazlık konuları bakımından belli bir hukuk sisteminin sınırları içerisinde kalan ve herhangi bir yabancı hukuk sistemiyle bağlantısı bulunmayan tahkim türüdür⁵⁹. Milli tahkim, iç tahkim ya da ulusal tahkim olarak da adlandırılmaktadır. Milli tahkim ilgili hukuk sistemi tarafından kontrol edilebilir ve ayrıntılı düzenlemelere konu edilebilir⁶⁰. Nitekim, HMK'da milli tahkime ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olup yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK hükümleri uygulanır (m. 407). HMK hükümlerinin uygulandığı tahkim de milli tahkimdir.

Milletlerarası tahkim ise, milli olmayan dış ya da uluslararası tahkimdir. Milletlerarası tahkimde, tahkim usulünü belirleyen uluslararası mevzuat hükümleri bulunmaktadır⁶¹. Bazı devletler kendi iç mevzuatlarında da milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelere yer verebilmektedir. Örneğin, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar ya da hakem veya hakem kurulunun MTK hükümlerini seçtiği

⁵⁸ Milli – milletlerarası tahkim ayrımı ile hakem kararının milli, yabancı ya da milletlerarası olması birbirinden farklı konular olup tahkim kavramı yönünden yapılan bu sınıflandırma hakem kararları yönünden yapılacak sınıflandırma ile eşdeğer tutulmamalıdır (KARAYALÇIN (Muhakeme Usulü) , s. 11-16)

⁵⁹ TANRIBİLİR/ŞİT, s.821

⁶⁰ KONURALAP, s. 147.

⁶¹ KARADAŞ, s. 36, BALCI, s. 107.

uyuşmazlıklar hakkında MTK hükümleri uygulanır⁶². MTK milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeleri ihtiva eden bir iç mevzuattır⁶³.

Milletlerarası tahkimin, milletlerarası ticaretin gelişimi ve gerekleri doğrultusunda, milli tahkimden daha liberal düzenlemelere konu olması durumu Türk Hukukunda da etkili olmuş ve 2001 yılında MTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte milli tahkim – milletlerarası tahkim ayrımı hukuki bir zemin bulmuştur⁶⁴.

Milli ve milletlerarası tahkim ayrımı Anayasa'da da zikredilmektedir. Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasına 1999 yılında 4446 sayılı Kanunun ikinci maddesiyle eklenen hükme göre, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir. Anayasa'daki bu değişiklikten sonra kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkeleri belirlemek amacıyla, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma Ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun ihdas edilmiş ve bu Kanunda milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Türk hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemelere yer veren temel mevzuat ise 2001 yılında yürürlüğe girmiş olan 4686 sayılı MTK'dır. Zira, MÖHUK'da tahkime ilişkin düzenlemelere yer verilmemekte yalnızca yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hususlar düzenlenmektedir. İç mevzuatta yer alan düzenlemelerin yanı sıra, uluslararası tahkime ilişkin olarak Türkiye'nin taraf olduğu çok taraflı uluslararası andlaşmalar⁶⁵ da bulunmakta olup Anayasa'nın

⁶² GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s.788; AKINCI (Tahkim), s. 51-65

⁶³ Milletlerarası tahkime ilişkin iç mevzuat düzenlemelerine örnekler: 12 Mayıs 1981 tarihli Fransız Yeni Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (m.1492-1507) hükümleri; İsviçre Milletlerarası Federal Özel Hukuk Kanunu'nun – LDIP – 12. faslı (m.176-194) uluslararası tahkimi düzenlemektedir (Kemal DAYINLARLI, (İç Tahkim), s. 8).

⁶⁴ TANRIBİLİR/ŞİT, s. 821.

⁶⁵ Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21.04.1961 tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Konvansiyon (Washington Sözleşmesi), Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında New York Konvansiyonu.

90. maddesi uyarınca; usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Tahkim ister milletlerarası olsun ister milli olsun, her iki halde de taraflar iradi olarak, aralarında çıkmış veya ileride çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünü hakemlere bırakmışlardır.

c. Ad Hoc Tahkim – Kurumsal Tahkim

Ad hoc tahkim, taraflarca kaleme alınan veya atıfta bulunulan belirli bir kurala ya da kanun hükmüne ve burada verilen yetkiye istinaden, hakemlerin kontrolünde cereyan eden tahkim türüdür⁶⁶. Ad hoc tahkimde taraflar hakemin ya da hakemlerin seçim usulünü, tahkim yerini, dilini, süresini tahkim usulünü, usule ve esasa uygulanacak maddi hukuk kurallarını bizzat tayin eder yahut hakem seçimine ve tahkim usulüne ilişkin belirli kurallara (örneğin UNCITRAL Tahkim Kurallarına) ya da kanunlara (örneğin HMK ya da MTK hükümlere) atıfta bulunarak hakemleri bu şekilde yetkili kılarlar⁶⁷. Ad hoc tahkimde hiçbir kurumun veya örgütün aracılığı söz konusu olmayıp, tahkimi yöneten ve gözeten merkezi bir organ, daimi bir müessese yoktur⁶⁸. Hakem veya hakem kurulu, münhasıran taraflar arasındaki somut uyuşmazlığı çözmek üzere teşekkül eder⁶⁹ ve uyuşmazlığın çözüme bağlanmasıyla hakem veya hakem kurulunun da görevi sona erer.

Ad hoc tahkim, tahkimin en basit ve yalın hali olup, ad hoc tahkim türünü tercih edenlerin yerel tahkim düzenlemelerine tabi olmadan uluslararası karakterli

⁶⁶ ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 351.

⁶⁷ BALCI, s. 109.

⁶⁸ KALPSÜZ (Tahkim), s. 86

⁶⁹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 762

kurallar çerçevesinde tahkim prosedürünü yürütebilmelerini temin etmek için BM Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından bir dizi tahkim kuralı geliştirilmiştir⁷⁰.

Kurumsal tahkimde ise ad hoc tahkimin aksine tahkimi yöneten ve gözeten merkezi bir organ, daimi bir kurum/müessese mevcut olup bu kurumun önceden hazırlanmış kuralları mevcuttur⁷¹. Bugün dünya üzerinde hakemlik hizmeti veren yüzlerce kurumsal tahkim merkezi⁷² bulunmakta olup Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde kurulu bulunan TOBB Tahkim Divanı, İstanbul Ticaret Odası nezdinde kurulu bulunan tahkim merkezi İTOTAM, 6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu ile kurulan İSTAC Türkiye’de bulunan kurumsal tahkim merkezleridir. Ayrıca, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunda öngörülen ve Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından yürütülen tahkim⁷³ ile TÜRSAB Tahkim Kurulu⁷⁴ tarafından yürütülen tahkim de birer kurumsal tahkimdir.

⁷⁰ ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 352.

⁷¹ Detaylı bilgi için bkz: ŞİT, s. 5-84.

⁷² Dünya çapında; Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı (International Chamber of Commerce - ICC Court of Arbitration), Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarını Çözüm Merkezi (ICSID - International Center For Settlement of Investment Disputes), Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (LCIA - The London Court of International Arbitration), Amerikan Tahkim Birliği (AAA - The American Arbitration Association), Dubai Uluslararası Tahkim Merkezi (DIAC - Dubai International Arbitration Center), İsviçre Ticaret Odaları Tahkim Kumru (SCAI - Swiss Chambers’ Arbitration Institution) İsviçre Ticaret Odası (Chamber of Commerce in Switzerland), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce), Singapur Milletlerarası Tahkim Merkezi (SIAC - The Singapore International Arbitration Centre), Hububat ve Yem Ticaret Birliği Tahkim Mahkemesi (GAFTA - The Grain and Feed Association Arbitration Tribunal), Sıvı, Hayvansal Yağ ve Tohum Birlikleri Federasyonu Tahkim Mahkemesi (FOSFA - The Federation of Oils, Seeds and Fats Associations Ltd Arbitration Tribunal) ve Londra Denizcilik Tahkim Mahkemesini (LMAA - London Maritime Arbitrators Association), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (WIPO-World Intellectual Property Organization Arbitration and Mediation Center) gibi pek çok kurumsal tahkim merkezi bulunmaktadır.

⁷³ ULAŞ, s. 248; YEŞİLOVA ARAS/ YEŞİLOVA, s. 287.

⁷⁴ Türkiye Seyahat Acentaları Birliği (TÜRSAB), 28 Eylül 1972 tarihinde yürürlüğe giren 1618 sayılı “Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu” uyarınca kurulmuş olan bir meslek birliği olup TÜRSAB İç Tüzüğü’nün 100. maddesinde birlik üyelerinin kendi aralarındaki veya birlik üyeleri ile tüketicileri arasındaki hukuki uyuşmazlıkları HUMK’nun 516. ve devamındaki maddelerle düzenlenen biçimde çözmek üzere TÜRSAB bünyesinde tahkim kurulu oluşturulduğu belirtilmektedir. Ancak, tüketicilerin başvurusu üzerine TÜRSAB Tahkim Kurulu tarafından verilen hakem kararları, Yargıtay tarafından “ ...Tüketicinin korunmasını amaçlayan 4077 sayılı kanunun kamu düzeni ile ilgili özel bir kanun olması, bu yasanın 22. maddesi ile tüketici sorunları hakem heyeti olarak bir hakem heyeti oluşturulmasından, yasa koyucunun böylece zımnen özel tahkim yolunu kapadığı, 23.maddesindeki bu kanunun uygulaması ile ilgili her türlü ihtilafların tüketici mahkemelerinde görüleceği şeklindeki hükmünden, görevli mahkemenin yasa ile açıkça belirlendiği ve bu kanunun uygulanmasından çıkan ihtilafların mutlaka tüketici mahkemelerinde veya miktara göre tüketici hakem heyetlerinde bakılması

d. Diğer Tahkim Türleri

Tahkim müessesesi, zorunlu – ihtiyari, milli – milletlerarası, ad hoc – kurumsal tahkim gibi temel ayrımların yanı sıra, tahkim yoluna başvuran tarafta ya da karşı tarafta bir ya da birden fazla kişinin yer alıp almaması durumuna göre *iki taraflı tahkim-çok taraflı tahkim*, hakem kararına karşı doğrudan yargı yoluna başvurulması ya da yargı yoluna başvurulmadan önce bir itiraz ya da inceleme yolu öngörülüp öngörülmemesine göre *tek kademeli tahkim – çift kademeli tahkim*⁷⁵ şeklinde diğer ayrımlara da tabi tutulmakta olup tahkim sözleşmesinin taraflarının sahip olduğu haklar bakımından *simetrik – asimetrik tahkim*⁷⁶ ayrımı da yapılmaktadır. Tahkim sözleşmesi, tarafların eşit hak ve yükümlülükler üstlendiği bir sözleşmedir ve dolayısıyla tahkim sözleşmesinde taraflar simetriklerdir. Ancak, uygulamada tarafların karşılıklı ve eşit haklara sahip olmasını engelleyecek şekilde yapılan tahkim sözleşmelerine de rastlanmaktadır. Bazen tahkim sözleşmesi yapılmakla beraber, tahkime başvuru hakkı taraflardan yalnızca birine tanınmış olabilir. Bu tür tahkim sözleşmelerine “asimetrik tahkim sözleşmesi” ya da “asimetrik tahkim klozu” denilmektedir. Sigortacılıkta tahkim (SK. m.30) de asimetrik tahkim örneklerinden biridir. Çünkü; sigortalı veya sigorta sözleşmesinden yararlanan kişi, tahkim sözleşmesi yapılmamış olsa dahi, ihtiyari sigortalarda sigorta tahkim sistemine kayıtlı olan sigorta şirketlerine, zorunlu sigortalarda ise tahkim sistemine kayıtlı olmasa bile sigorta

gerektiği, tahkim yolu ile özel hakemler önünde görülemeyeceğinin kabulü gerekir. ...” gerekçesiyle, HUMK m. 533/3’e göre bozulmuştur. (Yargıtay 13. HD, 20.10.2008 T., 2008/6195 E., 2008/12026 K.; Yargıtay 13. HD., 25.9.2008 T., 2008/3492 E., 2008/11120 K., www.kazanci.com) Mezkur bozma kararlarının gerekçesi ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri karşısında TÜRSAB Tahkim Kurulu’nun, birlik üyeleri ile bunların tüketicileri arasında çıkan ihtilaflar bakımından herhangi bir görev ifa edemeyeceği açık ise de birlik üyelerinin kendi aralarında ya da 6502 sayılı Kanun anlamında tüketici olmayan müşteriler ile birlik üyeleri arasında çıkan ihtilaflar bakımından uyuşmazlık çözüm yetkisinin halen bulunduğu da açıktır. Nitekim Yargıtay 19. HD.’nin 22.03.2011 T., 2010/10631 E., 2011/3674 K. sayılı kararı da bu çıkarımı desteklemektedir: “... 1-) H.U.M.K.nun 532. maddesi hükmü gereği Asliye Ticaret Mahkemesi’nce hakem kararının taraflara tebliğ edilmiş olmasında bir usulsüzlük bulunmadığı gibi, Kontenjan Sözleşmesinin 12. maddesinde Uyuşmazlık halinde TÜRSAB Tahkim Kurulu ve Kurul Yönetmeliği’ndeki usulleri yetkilidir hükmü doğrultusunda davalı vekili tarafından Marmaris 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2005/243 Esas sayılı dosyasında davanın tahkim kurulunda açılması gerektiği savunmasında bulunması gözetilerek mahkemece “uyuşmazlığın çözümünün hakeme ait olması sebebiyle dava dilekçesinin reddine” karar verilmiş olması sebebiyle davalı şirketin tüm, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. ...” (www.kazanci.com)

⁷⁵ KARAYALÇIN (Muhakeme Usulü), s. 10,11; KONURALP, 144, 145; ÖZBAY/KORUCU, s. 24, 25.

⁷⁶ EKŞİ (Tahkim), s. 83-94.

şirketine karşı tahkim yoluna başvurabilir⁷⁷. Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Türk Kurtarma Sözleşmesinin⁷⁸ 7. maddesinde öngörülen tahkimin de asimetrik tahkim olduğu söylenebilir⁷⁹.

5. Tahkime İlişkin Usul Hükümlerinin Uygulama Alanı

a. HMK'nın Tahkime İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanı

HMK m. 407 uyarınca, Kanunun tahkim kısmında yer alan hükümler, 4686 sayılı MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Burada açıkça, milli tahkim açısından toprak ilkesi kabul edilmiştir⁸⁰. Bunun yanında, HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri ihtiyari tahkimi düzenlemektedir. Yine, HMK'da düzenlenen tahkim ad hoc ve milli (iç) tahkimdir. HMK hükümleri zorunlu tahkimin öngörülmediği uyuşmazlıklar bakımından uygulanamaz.

1086 sayılı HUMK'nın yürürlükte kaldığı süreçte, Türk hukukundaki milli tahkim kuralları ile milletlerarası tahkim kuralları arasında önemli farklılıklar bulunmaktaydı. Örneğin, HUMK'nın 533. maddesine göre hakem kararına karşı; *tahkim süresi sona erdikten sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkili olmadıkları konularda karar vermeleri ya da hakemlerin taraf iddialarının her biri hakkında vermemeleri* gerekçelerine dayanılarak temyiz yoluna başvurulabildiği halde, MTK'da hakem kararına karşı ancak iptal davası açılabileceği öngörülmüştür. Diğer taraftan, her ne kadar HUMK'da öngörülen temyiz sebepleri uyuşmazlığın esasına değil, usule ilişkin olsa da uygulamada Yargıtay tarafından “*kamu düzenine*”, “*maddi hukuk kurallarına*”, “*hak ve nasafet kurallarına*” aykırılık⁸¹ gibi sebeplere dayanılarak, üstelik bunlar birer temyiz sebebi olarak öngörülmediği halde hakem kararlarının esası bakımından inceleme yapılmakta, ilaveten hakemlerin

⁷⁷ EKŞİ (Tahkim), s. 83, 84.

⁷⁸ https://www.kiyiemniyeti.gov.tr/userfiles/editor/pdf/turks2015_tr.pdf (Erişim: 08.11.2016)

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: ESEN (Tahkim Şartının Geçerliliği), s.145–155.

⁸⁰ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 567.

⁸¹ DAYINLARLI (İç Tahkim), s.128-134; YILMAZ (Temyiz ve İptal), s.124, 125.

Yargıtay bozma kararlarına karşı direnme kararı veremeyecekleri görüşü benimsenmekte idi.

YHGK'nın, 07.11.1951 tarih ve 274 E., 1333 K. sayılı kararı başta olmak üzere, 01.10.1969 tarih ve 366-718 sayılı, 24.04.1996 tarih ve 1114-302 sayılı kararlarında "*hakemlerin direnme kararı veremeyecekleri*" açıkça belirtilmiş ve bilahare, HMK yürürlüğe girene kadar bağlayıcılığını korumuş olan, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 23.10.1972 tarih ve 1972/2 E., 1972/12 K. sayılı kararı ile de *hakemlerin bozma kararlarına karşı direnme kararı veremeyeceği* Yargıtay tarafından tartışmasız olarak kabul edilmiş idi⁸².

⁸² YHGK'nın anılan tüm içtihatları yer veren, 22.01.2006 tarihli ve 2005/15-728 E., 2006/1 K. sayılı kararının bu durum şöyle açıklanmıştır:

" ... Uyuşmazlığa konu bu husus, daha önce de çeşitli vesilelerle yargı kararlarına konu olmuş; YARGITAY Hukuk Genel Kurulu'nun başta 07.11.1951 gün ve 274-1333 sayılı kararı olmak üzere 01.10.1969 gün ve 366-718 ve 24.04.1996 gün ve 1114-302 sayılı kararlarında "*hakemlerin direnme kararı veremeyecekleri*" sonucuna ulaşılmış; halen bağlayıcılık etki ve gücünü koruyarak yürürlükte bulunan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 23.10.1972 tarih 1972/2 E. 1972/12 K. sayılı kararı ile de "*bozma kararlarına karşı hakemlerin direnme kararı veremeyeceği konusu*" kesin sonuca kavuşturulmuştur.

Anılan kararın gerekçesinde; '*...Biran önce uyuşmazlığı sonuçlandırma ilkesine uygun olarak hakem kararlarının bozulması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 533 üncü maddesinde yazılı dört sebebe inhisar ettirilmiştir. Şayet kanun koyucu aksi bir düşüncede olsa idi, o zaman, hakem kararları için özel bozma sebepleri tespit etmez, mahkeme kararlarının Yargıtay bozmasıyla ilgili Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 428 inci maddesi hükmüne atıfta bulunurdu. Bu dahi hakeme intikal eden uyuşmazlıkların bir an önce kesin şekil alması amacına ön planda yer verildiğini göstermektedir.*

Hakem kararı HUMK. 533 üncü maddesinin 1. bendine göre bozulmuşsa tahkim sözleşmesi artık sona erer. Bu takdirde, taraflar bundan sonra, hakeme değil, vazifeli ve salahiyetli mahkemeye gitmek zorundadırlar. Şayet, hakem kararı söz konusu maddenin diğer bentlerine göre bozulmuşsa, o zaman, taraflar hakemleriyle tahkim süresini yeniden tespit ve tayin ederler. (HUMK. 533/son fıkra) Zira, hakemler kendilerine intikal eden uyuşmazlığı nihai karara bağlamak suretiyle kazai yetkilerine son vermiş olurlar. Hakem kararı, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533 üncü maddesinin 1. bendi dışında kalan diğer üç sebepten herhangi birisiyle bozulmuşsa, bozmadan sonra seçilen hakemler ki, bunlar eski hakemler de olabilirler- artık bozmanın kapsamı içinde kalmak sadece bozulan kısım ile ilgili hususta inceleme yapıp karar vermek zorunluluğundadırlar. Lehine karar verilen taraf için 'usulü müstesna hak' teşkil eden yönleri tekrar tetkik edemezler ve bu hususlarla ilgili herhangi bir karar da veremezler. Ancak Yargıtay'ın bozması, hakemin bitaraf olmaması halinde (HUMK. Md. 521) veya hakemin ehliyetsizliğine (HUMK. Md.519) dair ise, ancak o takdirde yeni seçilen hakemler bozma kararının kapsamı dışına çıkarak dava konusu uyuşmazlığın tümünü yeniden inceleyip karara bağlarlar.' Hiç kuşku yoktur ki, içtihadı birleştirme kararları ilke kararlarıdır ve benzeri hukuki konularda da Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Bu husus Yargıtay Kanunu'nun 45 inci maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Mahkemelerin ve hakemlerin içtihadı birleştirme kararına aykırı karar vermiş olmaları temyiz ve bozma sebebidir. Dahası, yeni bir içtihadı birleştirme kararının çıkmış olması usule ilişkin kazanılmış hakkın istisnası olup; bir dava hakkındaki karar Yargıtay'ca bozulmuş ve mahkemenin bu bozmaya uymasıyla usule ilişkin kazanılmış hak doğmuş olsa bile, mahkeme bozma kararının içeriğini bırakarak bu yeni içtihadı birleştirme kararı gereğince inceleme yapıp karar vermek zorunluluğundadır.

Her ne kadar, yukarıda içeriği açıklanan 23.10.1972 gün ve 1972/2 E. 1972/12 K sayılı İçtihadın 28.01.1994 tarih ve 1993/4 E. 1994/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu

kararıyla ortadan kalktığı, hakemlere direnme olanağı getirdiği yönünde görüşlere öğretilmiş yer verilmekte ise de bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır.

Zira, 28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı içtihadı birleştirme kararı sadece, 'Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi hükmünde yer alan akit serbestisi (Tahkim sözleşmesi) ilkesi çerçevesinde, tarafların maddi hukuk kurallarına göre hakemlerin karar vermelerini kararlaştırmış olmaları halinde Yargıtay ilgili dairesinin tarafların iradeleri doğrultusunda hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar verip vermediklerini inceleyeceği' kuralını hükme bağlamıştır.

Görülmektedir ki; 28.01.1994 tarih ve 1993/4-1994/1 sayılı içtihat, 23.10.1972 tarih ve 2/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında açıklanan hukuki esasları ortadan kaldırmamış, onunla çelişen ve onun gücünü azaltan yeni bir ilke de getirmemiş; hakemlerin direnme kararı verebilecekleri yönünde bir kabul de ortaya koymamıştır. Şu durum karşısında, gerek açıklanan yasal düzenlemeler ve gerekse içtihadı birleştirme kararlarına kanun gibi uyulması yasal zorunluluğu altında, 23.10.1972 tarih 2/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında açıklandığı üzere hakemlerin Yargıtay bozma kararı doğrultusunda karar vermek zorunda oldukları ve direnme kararı veremeyecekleri sonucuna varılmaktadır. ...” (www.corpus.com.tr) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 23.10.1972 T., 1972/2 E., 1972/12 K sayılı kararı ise;

“... Gerçek veya tüzel kişiler, kamu düzeni ile ilgili olmayan uyuşmazlıklarının hakem eliyle çözülmesi için tahkim anlaşması yapabilirler. Bu akit serbestisinin tabii bir sonucu olup, Borçlar Kanunu'nun 19 ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516. maddeleriyle mümkün kılınmıştır. İlgililerin mahkemeye başvurmayıp da hakeme gitmelerinin yegane sebebi, aralarındaki uyuşmazlığın bir an önce halledilmesini arzu etmiş olmalarıdır. Esasen kanun koyucu da bunu sağlamak amacıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 529. maddesinde; hakemlerin ilk içtimalarından itibaren 6 ay içinde hüküm vermeye mecbur oldukları ilkesine yer vermiş, bununla da yetinmemiş, bir an önce sonuca ulaşmaları gayesiyle de, diledikleri yargılama usulünü seçmekte onları serbest bırakmıştır.

Hakem kararları da, mahkeme kararları gibi, tarafları bağlayıcı ve “kesin hüküm” vasıf ve mahiyetindedir. Bilindiği üzere, kesin hükmün gayesi taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bir daha ortaya atılmayacak bir şekilde halletmekten ibarettir. Mahkeme kararları için öngörülen ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 237 nci maddesinde yer alan “kesin hüküm” şartları hakem kararları için de aynen caridir. Yukarıda işaret edildiği üzere, hakem kararları da mahkeme kararları gibi taraflar için “kesin hüküm” niteliği taşıdığı için, Yargıtayın bozma sebepleri dışında kalan diğer hususların kesinleşeceği tabiidir. 9.5.1960 gün ve 21/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu Kararında da belirtildiği veçhile bozmaya uyulmakla bir taraf yararına “usuli müstesna hak” doğar. Artık bozmanın kapsamına girmeyen hususlarda yeni bir karar verilemez. Aksi takdirde, eskiden hakemlerce lehinde karar verilen taraf aleyhinde bozmadan sonra yeni bir karar verilmesi daima mümkün ve muhtemel bir hale girer ki, bu adalete güven duygusunu zedeler. İstikrarlılığa ve keşmekeşliğe yol açar. Bununla da kalmaz, tahkim müessesesinin ihdas sebebi olan, “bir an önce uyuşmazlığın çözülmesi” ilkesini ortadan kaldırır.

Hakem veya hakem heyeti tarafından verilen kararların Yargıtayca bozulması üzerine eski kararın tamamen kalkmış sayılması, başka bir deyimle “keenlemeyekun” addedilmesi halinde yukarıda değinilenlerin dışında sakıncalar da ortaya çıkabilir. Şöyle ki: Bilindiği üzere, Borçlar Kanunu'nun 133 üncü maddesinin 2 nci bendine göre, alacaklının mahkemede veya hakem nezdinde dava açması ile zamanaşımı kesilir. Yargıtay'ın bozması üzerine eski hakem kararının keenlemeyekun sayılacağı görüşü kabul edildiği takdirde, Borçlar Kanunu'nun 133 üncü maddesinin 2 nci hükmünün anlamı kalmaz. Çünkü; neticeten, hakem önünde dava açılmamış sayılacağı için zamanaşımının kesilmesi de mümkün olamayacak, sözü geçen madde hükmü gereksiz bir hukuk kuralı haline girecektir. Ayrıca alacaklı tarafından müddeabih için istenecek dava faizinin başlangıcı da, alacaklı aleyhine olmak üzere ikinci defa hakeme başvurmak tarihi olacaktır ki, bu hal de, asla, hak ve adalet duyguları ve kanun anlayışı ile bağdaştırılamaz.

Bir an önce uyuşmazlığı sonuçlandırma ilkesine uygun olarak hakem kararlarının bozulması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533 üncü maddesinde yazılı dört sebebe inhisar ettirilmiştir. Şayet kanun koyucu aksi bir düşüncede olsa idi, o zaman, hakem kararları için özel bozma sebepleri tespit etmez, mahkeme kararlarının Yargıtayca bozulması ile ilgili Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 428 inci maddesi hükmüne atıfta bulunurdu. Bu dahi hakeme intikal eden uyuşmazlıkların bir an önce kesin şekil alması amacına ön plana yer verildiğini göstermektedir.

Hakem kararı HUMK. 533. maddesinin 1. bendine göre bozulmuşsa tahkim sözleşmesi artık sona erer. Bu takdirde, taraflar bundan sonra, hakeme değil, vazifeli ve salahiyetli mahkemeye gitmek zorundadırlar. Şayet, hakem kararı söz konusu maddenin diğer bentlerine göre bozulmuşsa, o zaman

Yargıtay'ın "maddi hukuk kurallarına" aykırılığı bir temyiz sebebi addetmesine ilişkin içtihat ise; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi başkan ve üyelerinin, *hakem kararlarına ilişkin temyiz nedenlerinin HUMK'nın 533. maddesinde sayılan usul kurallarıyla sınırlandırıldığı ve hakem kararlarının hiçbir zaman maddi hukuka uygunluğunun incelenemeyeceği şeklindeki Daire kararlarının yanı sıra bu kararların aksi yönünde; tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığın Türk Maddi Hukuk kurallarına göre çözümleneceği öngörülmüş ise bu durumda hakemlerin verdiği kararların maddi hukuka uygun bulunması gerektiği, aksi halde kendilerine verilmiş yetkinin dışına çıkmış sayılacaklarından HUMK'nın 533. maddesinin 3. bendi uyarınca kararın maddi hukuka uygunluğu bakımından incelenip, yasaya aykırılık saptandığında bozulmasına ilişkin Daire kararlarının da mevcut olduğu, uygulamada bu görüşlerden herhangi biri üzerinde oybirliği sağlanamadığı ve farklı kararların verilmesi halinin önlenemediğini ileri sürerek içtihadı birleştirme yolu ile farklı uygulamanın giderilmesini istemeleri üzerine ortaya çıkmıştır.*

Yargıtay İctihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 28.1.1994 tarihli, 1993/4 E. ve 1994/1 K. sayılı, doktrinde oldukça eleştirilen⁸³ bu kararında karşılaştırmalı hukuk bağlamındaki açıklamalara ve konu ile ilgili doktrin görüşlerine yer verildikten sonra maddi hukuk kurallarına aykırılığın bir temyiz sebebi oluşturup oluşturmadığı noktasında HUMK m. 533'ün geniş bir çerçevede yeniden yorumuna gerek duyulduğu ifade edilerek; uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörülmüşse

taraflar hakemleriyle tahkim süresini yeniden tespit ve tayin ederler. (HUMK. 533 /son fıkra) Zira, hakemler kendilerine intikal eden uyuşmazlığı nihai karara bağlamak suretiyle kazai yetkilerine son vermiş olurlar. Hakem kararı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533 üncü maddesinin 1 inci bendi dışında kalan diğer üç sebepten herhangi birisiyle bozulmuşsa, bozmadan sonra seçilen hakemler ki bunlar eski hakemler de olabilirler, artık bozmanın kapsamı içinde kalmak, sadece bozulan kısım ile ilgili hususta inceleme yapıp karar vermek zorunluğundadır. Lehine karar verilen taraf için "usuli müstesap hak" teşkil eden yönleri tekrar tetkik edemezler ve bu hususlarla ilgili herhangi bir karar da veremezler. Ancak, Yargıtayın bozması hakemin bitaraf olmaması halinde (HUMK. 521) veya hakemin ehliyetsizliğine (HUMK. 519) dair ise, ancak o taktirde yeni seçilen hakemler bozma kararının kapsamı dışına çıkarak, dava konusu uyuşmazlığın tümünü yeniden inceleyip bir karara bağlarlar.

SONUÇ : Hakem kararlarının Yargıtay tarafından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533 üncü maddesinin 1 inci bendi dışındaki sebeplerden herhangi birisiyle bozulması halinde yeni seçilen hakemlerin bozma sebepleri çevresinde inceleme yapıp karar verilebileceklerine, bozmanın kapsamı dışına çıkamayacaklarına ve bozma dışında kalan kısımların lehine karar verilen taraf için usuli kazanılmış hak teşkil edeceğine, ilk toplantı günü olan 23.10.1972 tarihinde üçte ikiyi aşan çoğunlukla (72 olumlu oya karşı 12 muhalif oyla) karar verildi." şeklindedir. (www.kazanci.com)

⁸³ KALPSÜZ (Temyiz Sebepleri), s.34, 40; KARAYALÇIN (Denetim), s. 37-56 ile s.57-90'da yer alan tartışmalar.

artık hakemlerin bu kurallar uyarınca karar vermeleri, maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretilerdeki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da göz önüne alınması gerektiği, hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususunun taraflarca temyiz nedeni yapılabileceği ve isteminin de Yargıtayca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır⁸⁴.

⁸⁴ “... Mukayeseli Hukuk açısından konuya baktığımızda, ülkelerin Usul Yasalarının değişik sistemler kabul ettiğini görmekteyiz. İsviçre Hukukunda, 1969 günlü Tahkime ilişkin İsviçre Anlaşmasının 31/3. maddesinde aynen: “Taraflar, hakem mahkemesinin hakkaniyetle karar vermesi yolunda anlaşmadıkça, hakem mahkemesi, mevcut hukuk kurallarına göre karar verir” denmektedir. Yine aynı Anlaşmanın hakem kararının iptali (yani bozulması) nedenleriyle ilgili olarak 36. maddesinin “f” bendinde de; “Hakem kararı dosyada mevcut vakıtalara aykırı olmasından veya hukuka yahut hakkaniyete aykırı bulunmasından dolayı keyfi (hatalı) ise, iptal nedenidir” hükmü öngörülmüş bulunmaktadır.

Öte yandan, İsviçre Kanton Usul Yasalarının çoğu, hakem mahkemesinin mevcut hukuk kurallarına göre karar vermesi hususunu düzenlemektedirler. Ancak, taraflar hakemin, hakkaniyet çerçevesinde karar vermesi hususunda onu yetkilendirebilirler. Bazı münferit yasalarda (sözgelimi, Aargau, ZPO 364), bunun tersi öngörülmüş olup, hakem mahkemesinin maddi hukuka göre karar vermesi taraflarca kararlaştırılmadıkça, hakemler hakkaniyet çerçevesinde karar verirler.

Alman Usul Yasasının 1041. paragrafında, hakem kararları için, iptal (yani bozma) davası kabul edilmiştir. Bu paragrafın 2. bendine göre, “Hakem kararının tanınması Alman Hukukunun temel ilkelerine ve özellikle temel haklarına aykırılık oluşturuyorsa, bu hakem kararları iptal edilir”. Alman Usul Hukukçularından Leo Resenberg ve Karl Heinz Schwab’a göre; “Taraflar, hakemin maddi hukuka göre karar vermesini şart koşmuşlarsa ve fakat hakem buna aykırı karar vermişse, bu karar ZPO & 1041/1göre iptal edilir” (Zivilprozessrecht, 1969, s. 954).

Avusturya Hukukuna göre de, taraflar yazılı olarak hakemlerin hakkaniyete göre karar vermelerini kararlaştırmadıkça, hakemler maddi hukuka göre karar vermek zorundadırlar (Fasching, Lehrbuch des Österreichischen Zivilprozessrechts, Wien 1990, s.1081).

Fransa’da da tahkim, Fransız Usul Kanunu (CPC) ile Fransız Ticaret Kanununda düzenlenmiştir. Fransa’da hakemler, kural olarak, maddi hukuk kuralları çerçevesinde karar verirler (CPC 1019). Ancak, taraflar aynı madde uyarınca hakemlerin arabulucu olarak karar vermelerini de kararlaştırabilirler. Bu taktirde, hakemler maddi hukuk kurallarını uygulamakla zorunlu olmayıp, hak ve adalete göre karar verirler. Bununla beraber, hakemler arabulucu olarak tayin edilmiş olsalar bile, kamu düzeniyle ilgili kurallarla bağlıdırlar.

Mukayeseli Hukuk açısından yaptığımız bu açıklamalardan şu sonucu çıkarabiliriz; Hakemler, kural olarak maddi hukuk kurallarını gözönüne alarak karar vermek zorundadırlar. Ancak, uyuşmazlığın tarafları özel bir sözleşme yapmış ise, hakemler bu sözleşme hükümlerine göre uyuşmazlığı çözümlemelidirler.

Türk öğretisinde de, hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar vermelerinin gerektiğine ve bu kurala uyulmaması halinde bunun bir temyiz nedeni olarak ileri sürülebileceğine ilişkin bazı görüşler açıklanmıştır.

Bu konu üzerinde ayrıntılı açıklamalar yapan Alangoya: “Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi” adlı eserinde özet olarak şunları söylemektedir:

Yasalarımızda, hakemlerin maddi hukuka bağlı olmayacakları ve hakkaniyete göre karar verecekleri hususunda bir kural yoktur. Tahkim bir yargı niteliğinde olduğuna göre, kural yasaların uygulanmasıdır. Hakemde dava açan kimse, kendi yasal hakkına dayanmış demektir. Yani, yasa uygulamasını istemektedir.

Hakem önünde dava açılması halinde yasaların uygulanmayacağı gibi bir sonuca varılması için haklı nedenler bulunmamaktadır. Öte yandan, taraflar hakeme başvurmakla objektif bir uygulamadan vazgeçmiş değillerdir. Objektif uygulama istemi de ancak yasaların uygulanmasıyla oluşur. Bununla beraber taraflar, hakemlerin buyurucu maddi hukuk kuralları dışında kalan maddi hukuk kurallarının uygulanmayacağı hususunda bir anlaşma yapabilirler (Yavuz Alangoya, Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul-1973, s.153 vd.).

Yine aynı yazara göre, hakemlerin maddi hukuk kurallarına aykırı olarak verdiği kararlar yönünden temyiz yolu açık tutulmalıdır. Çünkü, asıl olan hakemlerin maddi hukuk kurallarına uymak suretiyle karar vermeleridir. Her ne kadar HUMK.nun 533. maddesinde temyiz nedenleri sınırlı olarak gösterilmiş ise de, Yargıtay bu temyiz nedenlerini zaman zaman genişletmiştir. Yasanın sınırlı ifadesi yasanın amacı karşısında, daha doğrusu tahkime başvurulmasının nedenleri gözönüne alındığında, bu temyiz nedenlerinin genişletilmesi gerekir. Yasanın, belli bir hususun çerçevesini çok dar tutmak suretiyle düzenlemiş olması, yasanın amacını haklı gösterdiği hallerde bir tamamlamaya gidilmesi yani yasada bir boşluğun varlığı kabul edilerek bu boşluğun doldurulması olanaklıdır (Alangoya, age., s. 217).

Bilge'de; "Hakem Yargılamaında Hukuk Kaideleri" adlı Tebliğinde; "... Uyuşmazlığın esasını hal bakımından Türk Hukuk sisteminde şu görüşler ileri sürülebilir: Yasa'da açık bir hüküm bulunmamasına karşın, hakemlerin, bu örgütün özel bünyesi olarak tarafların tesbit edecekleri maddi hukuk kurallarına göre karar vereceklerini kabul etmek gerekir. Demek ki, maddi hukuk kuralları bakımından da hakem yargılamaında taraflar irade serbestliğine sahiptirler. Ancak, kamu düzeni ve genel ahlak kuralları saklıdır" demektedir (Necip Bilge, Hakem Yargılamaında Hukuk Kaideleri, Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1966, s.105 vd.).

Az önce değinilen Tebliğ'le ilgili tartışmalara katılan Kuru'da, tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığın çözümü için "Borçlar veya Medeni Kanuna göre" hakemlerin karar vereceği öngörülmüşse, hakemlerin bu koşula göre karar vermelerini ve aksi halin temyiz nedeni yapılabileceğini kabul etmiştir (Baki Kuru, Tahkim, s.109; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt:4, Beşinci Baskı, İstanbul-1991, s. 4073 vd). Yeğengil'de "Tahkim" isimli eserinde, aynen; "Usul Kanunumuz, hakem kararlarının ancak kanunda gösterilen sebeplerden dolayı bozulabileceğini kabul etmiştir.../ Mehz Kanununun karşılık 488. maddesi farklı bir hüküm kapsamaktadır. Mezkur maddenin 1. fıkrasında, hilafına mukavele olmadıkça hakem kararlarına karşı aşağıda yazılı haller dışında temyiz yoluyla itiraz edilemez, denilmiş ve son fıkrasında da, hakem kararları son üç sebepten (biriyle) bozulduğu taktirde muayyen olan şekli de yeni bir hakem mahkemesi teşkil olunur ve ona yeni bir müddet verilir, denilmiştir. Mehz kanun maddesinin birinci fıkrası hükmüne nazaran taraflar hakem kararlarına karşı kanunun kabul ettiği sebepten başka sebepleri de kabul edebilirler. Kanunumuzda buna cevaz verildiğine dair bir hüküm bulunmadığına göre, tarafların kanunda sayılan sebepler dışında mukavele ile başka sebepleri de kabul edip edemeyecekleri hususu yoruma ihtiyaç gösteren bir meseledir. Tarafların temyiz sebepleri konusunda aralarında aktedebilecekleri mukavele, aynı zamanda hakemlerin yetkilerini sınırlayan bir usul mukavelesi niteliğindedir. Kamu düzenli hükümlere aykırı olmayan usul mukavelelerinin hem tarafları ve hem hakemleri bağlayıcı ilim ve yargı içtihatlarıyla kabul edilmiştir.../ Taraflar hakem kararlarının, adalet ve nesafet kaidelerine uygun olmamasının bir bozma sebebi olacağını mukavele etmişlerse bu esaslara aykırı hakem kararının mukaveleyle dayanılarak bir bozma sebebi teşkil etmesi gerekir.... Taraflar temyiz sebeplerinin genişletilmesi hakkındaki mukavelelerin geçerli olmasına karşılık, bu sebeplerin azaltılması ve daraltılması hakkındaki mukavelelerin geçerli olamayacağı kanısındayız" görüşüyle (Rasih Yeğengil, Tahkim, İstanbul-1974 s. 323 vd.) tarafların, hakem sözleşmesi veya şartına özel kuralları getirmek suretiyle temyiz nedenlerini genişletebileceğini kabul etmiştir.

"Kanun Yolları ve Tahkim" adlı eserinde, Üstündağ aynen; "... Tarafların hakemleri maddi hukuk ile başladıkları hallerde, buna hakemlerin uyması yerinde olur. Zira, gerçi maddi hukuka aykırılık hakem kararları için bir temyiz sebebi değilse de, tarafların maddi hukuka bağlı tutma hususundaki anlaşmasına rağmen, buna aykırı hareket eden hakemlerin kararları, HUMK. m. 533/3 uyarınca nakzedilmelidir" demektedir (Saim Üstündağ Kanun Yolları ve Tahkim, 2. Baskı, İstanbul-1973, s.122).

Ansay (Sabri Şakir Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara-1960 s. 419) ve Dayınlarlı'da (Kemal Dayınlarlı, Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Erast E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara-1986, s. 798 vd.) hakem kararlarının bozma nedenlerinin genişletilebileceği görüşündedirler.

Yukarıdan beri görüşlerini açıklamaya çalıştığımız yazarlar, Mehz Neuchatel Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununun 488. maddesinden farklı bir biçimde Usul Yasamızın 533. maddesinin düzenlenmiş bulunduğu ve bu hususun gözönüne alınması ve ayrıca, hakem sözleşmesi veya şartında, hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar vermeleri hususunu kabul edilmişse, hakemlerin bu kurala uymalarının gerektiği ve bu kurala uyulmaması halinin de bir temyiz nedeni olmasının icabettiğini savunmuşlardır.

Öğretideki baskın görüşün aksini savunan Rabi Koral'da, Usul Yasamızın 533. maddesindeki düzenlemenin, hakem kararlarının denetlenmesini kolaylaştırmak ve sadeleştirmek amacıyla yapıldığını açıklamıştır (Rabi Koral, İç Hukukumuzda Tahkim, İHFM. 1947/3, s.1038 vd.).

Postacioğlu ise, konuya değişik bir açıdan yaklaşmış ve Usul Yasamızın 533. maddesinin duraksamaya neden olacak bir hüküm taşımadığı ve maddi hukuk kurallarına uyulmaması halinin temyiz edilebilmesi

in yasa değişikliğine gerek bulunduğunu öne sürmüő bulunmaktadır (İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, b. 807).

Bilindiği üzere gerçek veya tüzel kişilerin, kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat, doğmuş veya doğacak olan hukuki uyuzmazlıkların çözümlünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmeye, hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir. Hakem sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, bu sözleşmenin yazılı olarak yapılması gerekir. Tarafların karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları ve bunu yazılı olarak imza altına almaları ile hakem sözleşmesi oluşur. Hakem sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, bir sözleşmenin şartı olarak da düzenlenebilir.

Hakem sözleşmesi, sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucu olarak özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuzmazlıkların çözümü hakkında yapılabilir. Hakem sözleşmesinde taraflar, uyuzmazlığın en sağlıklı çözümüne katkıda bulunabilecek tüm olasılıkları gözönüne alabilirler. Özellikle taraflar, hakem ve hakemlerin, uyuzmazlıkta uygulamalarını istedikleri veya uygulanmasında zorunlu duydukları usul ve esasa ilişkin kurallara yer verebilirler. Bu hususlar arasında en önemlisi, uyuzmazlığın çözümünde uygulanması istenilen maddi hukuk kurallarının öngörülmesidir.

Usul yasamızda ve diğer yasalarda, hakemlerin hangi kurallar çerçevesinde karar verecekleri hususunda herhangi bir kural mevcut değildir. Bugün için kökleőmiş Yargıtay İctihatlarına göre, hakemlerin hak ve nesafet kurallarını gözönüne alarak karar verecekleri kabul edilmektedir. Az önce de değinildiği üzere taraflar, hakem sözleşmesi veya şartında, uyuzmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğini öngörebilirler. Böyle bir durumda artık hakemlerin hak ve nesafet kurallarına göre değil, tarafların uyuzmazlık hakkında uygulanmasını istedikleri maddi hukuk kuralları uyarınca karar vermeleri gerekir. Başka bir deyişle, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflarca öngörülen maddi hukuk kurallarının uygulanması istemi, hem tarafları ve hem de uyuzmazlığı çözmekle yetkili hakemleri bağlar.

Usul Yasamızın 533. maddesinde, hakem kararlarının hangi nedenlerle temyiz edilebileceği gösterilmiş bulunmaktadır. Bu maddede aynen “Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur: /1- Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması, / 2- Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi, / 3- Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri, / 4- Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri, / Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur” denmektedir.

Görüldüğü üzere bu maddede, temyiz nedenleri arasında yasaya, yani maddi hukuk kurallarına aykırılık hali, bir temyiz nedeni olarak gösterilmemiőtir. Gerçekten, Usul Yasamızın 428. maddesinde öngörülen “Yasanın ve iki taraf arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması” hali, Usulün 533. maddesinde bir temyiz nedeni olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan, Usul Yasamızın 533. maddesi, Mehaz Neuchatel Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 488. maddesinden farklı biçimde tercüme edilerek oluşturulmuőtur. Mehaz Yasanın 488. maddesinin 1. fıkrasındaki; “Aksine sözleşme yoksa” sözcükleri her nasılsa 533. maddeye alınmamıştır. Ayrıca, hakem sözleşmesi veya şartında, hakemlerin maddi hukuk kurallarını gözönüne alarak karar vermeleri kararlaştırılmış ve fakat, bu kurala uyulmamıő ise, bu halin bir temyiz nedeni olup olmadığı da Usulün 533. maddesinde öngörülmemiştir. Bu durumda, Usulün 533. maddesindeki düzenlemenin değinilen hususlara açıkça bir cevap vermediği gözlenmiş ve bunun yeni bir yasal düzenlemeyi gerektirmediği, ancak Usulün 533. maddesinin geniş bir çerçeve içinde yeniden yorumuna gerek duyurduğu sonucuna varılmış bulunmaktadır.

Hakemler, görev ve yetkilerini tarafların yapmış olduğu hakem sözleşmesi veya şartından alırlar. Demek ki hakemler, hakem sözleşme veya şartına uymak zorundadırlar. Hakemlerin, hakem sözleşmesi veya şartının dışına çıkmaları veya bu sözleşme veya şartı eksik yahut yanlış uygulamaları durumunda, hakemlerin görev ve yetkilerini açtıkları veya eksik yahut yanlış kullandıkları sonucuna varılır. Hatta bazı hallerde de, bu yanlış uygulama nedeniyle, hakemler bilinçli veya bilinçsiz olarak hakem sözleşmesi ve şartındaki maddi hukuk kurallarına aykırı karar vermiş olabilirler. İşte, hakem sözleşmesi veya şartında öngörülen maddi hukuk kurallarına hakemlerin uyup uymadıkları hususunun denetimini, yani hakem kararının temyizini tarafların istemeleri hali, taraflar için en tabii bir hak olmalıdır. Çünkü, taraflar, hakemlere maddi hukuk kurallarına uygun biçimde karar vermek üzere görev ve yetki vermişlerdir. Maddi hukuk kurallarına göre karar verilmesi hususu sadece mahkemelerin görev ve yetkisi içinde değildir. Bu uygulama için tarafların hakemlere görev ve yetki vermeleri ve hakemlerin de bu görev ve yetkilerini maddi hukuk kuralları çerçevesinde kullanmaları gerekir.

Usul Yasamızın 533. maddesinin sadece sözcüklerine bakmak suretiyle bir yorum yapmak gerekirse, bu maddenin sınırlı bir temyiz biçimini kabul ettiği söylenebilir. Ancak, bu maddenin, Mehaz Yasaya göre eksik tercüme ile Usul Yasamıza alındığı ve bu eksikliğin, hakem kararlarının Yargıtay'ca denetimi yönünden günün gereksinmelerine cevap vermediği anlaőtılmıştır.

Bu surette tahkim sözleşmesi ya da şartında öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması, HUMK'nın 533. maddesinin 3. fıkrası kapsamında hakemlerin

Mukayeseli Hukukta, hakemlerin maddi hukuk kurallarına göre karar vermelerinin asıl olduğu ve bu kurallara aykırı davranmanın, yöntem değişik olmakla beraber, Yargıtay denetimine kadar uzandığı bir gerçektir. Türk öğretisindeki baskın görüş de, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflarca öngörülen ve uygulanması istenilen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halinin Yargıtay denetimine tabi tutulması biçimindedir.

Yargıtay'ımız da zaman zaman vermiş olduğu kararlarda; hakem kurulunca hiçbir usuli işlem yapılmadan karar verilmesini, davalının savunması alınmadan karar tesisini, usul kurallarına uygun hareket edildiğini gösteren bir tutanak düzenlenmemesini, hakem kararlarının Usul Yasasının 530. maddesinde yazılı hususları içermemesini, hakemlerin kendi ücretlerini tayin etmelerini, hakim ve savcıların hakem olarak görev almaları ve karar vermeleri ile tarafların veya vekillerinin kendi işlerinde hakemlik yapmış olmalarını temyiz nedeni olarak kabul etmiş ve böylece usulün 533. maddesindeki sınırlı temyizi genişletmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, Usul Yasamızın 533. maddesinin 3. bendinde, Hakemlerin yetkileri içinde olmayan uyuşmazlıklara karar vermeleri; hali bir temyiz nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu temyiz nedenine göre, hakemler, yetkili kılındıkları hususlarda karar vermelidirler. Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için "Maddi hukuk kuralları" koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Bunun olağan sonucu olarak, hakemlerin maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri halini yetkilerinin aşılması saymak gerekir. Yargıtay'ın bu hali denetlemesi, aynı zamanda, taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin yerine getirilmesi gerektiği amacına da uygundur. Özellikle hakemlerce, İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan veya uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddi hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kurallara aykırı karar oluşturulması da, bir tür yetki dışına çıkılması sayılmalıdır.

Hal böyle olunca, hakem sözleşmesi veya şartının taraflarına, bu sözleşme veya şartla öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halini, hakem kararları bakımından bir temyiz nedeni olarak kabul etmek gerekir. Aksi halin düşünülmesi ise, hakem sözleşmesi veya şartının hakemlerce uygulanmaması veya eksik ve hatta yanlış uygulanmasına olanak verilmesi anlamını taşır. Yasa ve sözleşme tanımazlık anlamına gelen bu düşünce ve uygulamaya Hukuk Devletinde yer verilemeyeceği açık ve seçiktir. Hakem sözleşmesi veya şartının taraflarınca öngörülen kurallar yönünden hakemlerin denetime tabi tutulması, hak ve adalete de uygundur.

Bütün bu açıklama ve kabulden şu sonuç çıkarılabilir: Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler. Maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretideki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargı tay uygulaması da gözönüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtay'ca mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir.

Görüşmeler sırasında bir kısım üyeler, hakem kararlarına karşı temyiz yolunun sınırlı bulunduğunu hakemlerin maddi hukuk kurallarına aykırı karar vermeleri halinin temyiz nedeni sayılabilmesi için yasa değişikliğinin gerek olduğunu ve Mevaz Yasaya göre yorum yapılmasının olanaksız bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak, yukarıda ayrıntılı olarak yapılan açıklamaların ışığında, bu görüş ve düşüncelere katılma olanağı bulunmamıştır.

Ayrıca, 18.12.1972 gün ve 2/12 sayılı İçtihat Birleştirme Kararının uyuşmazlık konusu içtihat birleştirme ile ilgisi de olmadığı anlaşılmıştır. Çünkü, Yargıtay'ın kökleşen uygulamasına göre, bir İçtihadı Birleştirme kararının gerekçesi, bu İçtihadı Birleştirme Kararının sonucu ile doğrudan doğruya bağlantılı değilse, bu gerekçeler uyulması gereken bir kural sayılamazlar. Anılan İçtihat Birleştirme Kararının gerekçesindeki açıklamalar yine anılan İçtihadı Birleştirme Kararının sonucu ile doğrudan doğruya bağlantılı değildir. Bu gerekçeler, ancak usul hukuku yönünden bazı değerlendirmeleri belirtme niteliğindedir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerle, taraflar, tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri taktirde, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorunda olduklarına, aykırı karar vermenin temyiz sebebi oluşturacağına, 28.1.1994 gününde yapılan ilk toplantıda üçte ikiyi geçen çoğunlukla Yargıtay Kanununun 45. maddesi uyarınca karar verildi. " (www.lexpera.com)

yetkileri olmadıkları konularda karar vermeleri hali addedilerek bir temyiz sebebi sayılmıştır. Bu karar, tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümleneceğine dair hüküm bulunan hallerde, hakem kararlarının temyizi sırasında esastan inceleme yapılmasına dayanak oluşturmuş ve işin esasına girilerek, maddi hukuk kurallarına uyulup uyulmadığına dair değerlendirmeler yapılmak suretiyle hakem kararların, direnme imkanı bulunmayacak şekilde bozulması cihetine gidilmiştir⁸⁵.

HUMK'nın yürürlükte olduğu dönemde kanunda sayılmayan ve fakat Yargıtay tarafından kabul edilen bir diğer temyiz sebebi de “*hakem kararının hak ve nasafet kurallarına aykırı olmasıdır*”⁸⁶. HUMK ve diğer kanunlarda hakemlerin hangi kurallar çerçevesinde karar verecekleri hakkında bir hüküm bulunmamasından hareketle hakemlerin hak ve nasafet (ex aequo et bono) kurallarına göre karar vermeleri gerektiği içtihat edilmiş⁸⁷ ve hakem kararının hak ve nasafet kurallarına aykırı olması bir temyiz sebebi olarak görülmüştür. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 22.01.2006 tarih ve 2005/15-728 E.,

⁸⁵ Yargıtay 15. HD.'nin 10.12.2003 tarih; 2003/4423 E., 2003/5931 K. sayılı kararında; “*Tarafların tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözmelerini öngördükleri durumda hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorunda oldukları ve buna aykırı karar verilmesinin temyiz nedeni oluşturacağı 28.1.1994 gün ve 4/1 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararıyla kabul edilmiştir.*

Somut olayda yanlar arasındaki 29.4.1993 günlü sözleşmenin 5/b ve sözleşme eki olan Özel İdari Teknik Şartnamenin 2/c maddelerinde taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda Türkiye Cumhuriyetinin halen yürürlükte olan ve sözleşme süresinde yürürlüğe girebilecek ilgili yasa hükümlerinin uygulanacağı yolunda hüküm bulunduğundan hakemlerin verecekleri kararın maddi hukuka uygunluğu ve dolayısıyla maddi hukuka aykırılığın temyiz nedeni olacağı taraflarca kabul edilmiş sayılır.

O halde işin temyizen esastan incelenmesi gerekmiştir.” denildikten sonra işin esasına girilerek temyize konu edilen hakem kararının bozulmasına karar verilmiştir. Aynı yöndeki kararlar için ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD.'nin 12.05.1994 tarih; 1994/545 E., 1994/3093 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD.'nin 20.11.2001 tarih; 2001/4352 E., 2001/5322 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD.'nin 10.10.2002 tarih; 2002/2760 E., 2002/4528 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD.'nin 09.05.2002 tarih; 2002/88 E., 2002/2472 K. sayılı kararı, Yargıtay 15. HD.'nin 05.11.2009 tarih; 2009/3593 E., 2009/5956 K. sayılı kararı (Corpus Mevzuat ve İçtihat Veri Bankası).

⁸⁶ DAYINLARLI (İç Tahkim), s.130.

⁸⁷ “... *H.M.U.Yasasında ve diğer yasalarda, hakemlerin hangi kurallar çerçevesinde karar verecekleri hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Kararlılık kazanan Yüksek Yargıtay İçtihatları ile, hakemlerin hak ve nasafet kurallarına göre karar vermeleri gerektiği kabul edilmektedir. Ancak; taraflar, hakem veya hakemlerin, uyuşmazlıkta uygulamalarını istedikleri usul ve esasa ilişkin kurallara da yer verebilmektedirler. Bu cümleden olarak, taraflar, hakem sözleşmesi veya şartında, uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmesi gereğini öngörebilirler. Böyle bir durumda, hakemlerin, hak ve nasafet kurallarına göre değil, öngörülen maddi hukuk kurallarına göre karar vermeleri gerekmektedir. ...*” (Yargıtay 18. HD.'nin 16.09.2002 tarih; 2002/7882 E., 2002/8071 K. sayılı kararı, Corpus Mevzuat ve İçtihat Veri Bankası).

2006/1 K. sayılı kararında⁸⁸; başka türlü yetki verilmedikçe hakemlerin ve hatta mahkemelerin kararlarını hak ve nasafet ölçüleri dairesinde vermeleri gerektiği, Medeni Kanununun 4.maddesinde de bu hususun yasal bir düzenleme olarak kabul edildiği, yeni Türk Medeni Kanununun 4. maddesinde hakimin hukuka ve hakkaniyete göre karar vereceğinin yazıldığı, takdir hakkı verilen konularda hakimin hukuka ve hakkaniyete uygun karar vermesi emredildiğine göre, yargılama görevini üstlenen hakemlerin de hukuka ve nasafet kurallarına uygun karar vermeleri gerektiği, 28.01.1994 gün ve 1993/4-1994/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında dahi hakemlerin hak ve nasafet kuralları içinde karar vermelerinin esas olduğunun açıklandığı, bu kararın gerekçesinde; hakem kararının, dosyada mevcut vakıalara veya hukuka yahut hakkaniyete aykırı bulunmasından dolayı keyfi (hatalı) ise iptal nedeni olacağına İsviçre Hukukunda kabul edildiğinin belirtildiği, tarafların hakkaniyete göre karar verilmesi yolunda anlaşmadıkça işin mevcut hukuk kurallarına göre çözüme bağlanacağına 1969 günlü tahkime ilişkin İsviçre Anlaşmasınının 31/3 maddesinde kabul edildiği, Fransız Hukukundaki uygulamaya göre, hakemlerin kamu düzeniyle ilgili kurallara uymaları gerektiği, hak ve adalete göre karar verecekleri hususunun kabul gördüğü; bu görüşlere rağmen Türk Hukukunda yasa ve içtihatlarla kabul edilen hususun, sözleşmede hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözeceklerine dair bir hükme yer verilmemiş ise temyiz incelemesinin maddi hukuka göre yapılamayacağı yönünde olduğu belirtildikten sonra “Ne var ki, kararın maddi hukuk ve sözleşmelere uygun bulunup bulunmadığı, temyiz konusu yapılsa dahi, kararın hak ve nasafete kurallarına aykırı olup olmadığı, bariz bir aykırılık varsa bu yolda bir inceleme yapılabileceği, bunu engelleyen bir yasa hükmününün olmadığı da ortadadır. Bu nedenle heyetimizce; temyize konu hakem kararının hak ve nasafete uygun olup olmadığının incelenebileceği sonucuna varılmıştır.” denilerek hakem kararının hak ve nasafete uygun olup olmadığının bir temyiz sebebi olduğu ortaya konulmuştur.

Hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olması da HUMK’da sayılan temyiz nedenleri arasında yer almamakla birlikte Yargıtay kararlarında hakem

⁸⁸ Corpus Mevzuat ve İçtihat Veri Bankası

kararlarının kamu düzenine aykırılıktan dolayı bozulabileceği, hatta kamu düzenine aykırılığın re'sen dikkate alınacağı kabul edilmiştir⁸⁹. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 13.05.1964 T., 1964/1 E. ve 1964/3 K. sayılı kararında⁹⁰ kamu düzenine aykırı olup olmama hususuna ilişkin olarak *“Anayasanın 134 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü, kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş olduğundan ve Anayasanın 8 inci maddesi gereğince Anayasa hükümleri, bütün kişileri veya organları, doğrudan doğruya bağladığından, temyiz incelemesi sırasında bu yön ileri sürülmesine dahi, Yargıtayca doğrudan doğruya gözönünde tutulacaktır. Gerçekten bu durum, hakem kararlarının bozma ve sebeplerini gösteren usulün 533 üncü maddesi kapsamına girmektedir.”* ifadelerine yer verilmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 07.11.1991 tarih; 1991/4163 E., 1991/5339 K. sayılı kararında⁹¹ da kamu düzenine aykırılığın hakem kararların bozulmasına sebebiyet vereceği hususu *“Yasa koyucu hakem kararlarının temyizi ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Bu cümleden olarak HUMK'nun 533. maddesinin 1. fıkrasında, hakem kararlarının ancak bu maddede sayılan hallerde Yargıtay'ca bozulabileceği belirtilerek, bunlar da dört bent halinde gösterilmiştir. Bu sebeple hakem kararları ancak anılan maddedeki hususlardan birinin varlığı halinde bozulabilir. Başka bir deyişle, bu maddede tahdidi şekilde gösterilmiş olan sebepler dışında hakem kararının bozulması mümkün değildir. Ancak, kamu düzenine aykırılık halinde 533. maddede sayılanlar dışındaki sebeplerle hakem kararı bozulabilir.”* şeklinde ifade edilmiştir.

HUMK m. 533'de yer alan temyiz sebepleri tahdidi ve usule ilişkin olmasına rağmen uygulamada Yargıtay tarafından yapılan geniş yorumlamalarla, maddi hukuk kurallarına ya da kamu düzenine aykırılık hususları gerekçe gösterilerek hakem kararlarının esas bakımından da inceleme yapılması, hakem kararlarına karşı öngörülen kanun yolları arasındaki farklılıklar, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verememeleri, ihtiyati tedbire hükmedememeleri gibi hususların bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tahkimin tercih edilmesi noktasında tereddütlere yol açtığı, tahkim kültürünün gelişimine imkan vermediği ve güncel

⁸⁹ DAYINLARLI (İç Tahkim), s. 131; YEĞENGİL, s. 329, 330;

⁹⁰ Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı

⁹¹ Corpus Mevzuat ve İçtihat Veri Bankası

tahkim anlayışına uygun olmadığı gibi gerekçelerden hareketle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yasalaşma çalışmaları sırasında, iç tahkim ve milletlerarası tahkime ilişkin iki düzenleme arasındaki farklılıkların giderilmesi hedeflenmiş⁹² ve neticede, 6100 sayılı Kanun ile MTK'da yer alan düzenlemeler, mehzaz UNCITRAL Model Kanun ve tahkim hukukundaki gelişmeler esas alınarak iç tahkim hükümleri düzenlemiştir⁹³.

HMK'nın Genel Gerekçesinde bu hususlar “ ... 21/6/2001 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilirken, iç hukuktaki tahkim kuralları Milletlerarası Tahkim Kanunu ile birlikte değerlendirilmediğinden, Uncitral Model Kanun hükümleri iç tahkime alınamamış ve birbirinden ayrı tahkim hükümleri uygulamaya başlanmıştır. Halbuki Almanya, Hollanda ve İtalya'da tahkim kuralları, millî ve milletlerarası tahkim arasında bir ayırım yapılmaksızın tek bir kanun içinde düzenlenmiştir.⁹⁴ ... Tahkim, ülkemizde ilk kabul edildiği tarih olan 1856 yılından bu yana etkin olarak kullanılamamaktadır. Tahkim kurumunu etkin kılmak için, yani özü var olan tahkim kültürünü ülkemizde geliştirmek amacıyla yapılması gereken ilk iş şüphesiz iç tahkim yani millî tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen hükümleri, günümüz tahkim yaklaşımına uygun hâle getirmektir. Tasarının Onbirinci Kısımında yer alan tahkim hükümleri düzenlenirken, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınmıştır. 4686 sayılı Kanun, bir kaç istisna dışında esas olarak 1985 tarihli Uncitral Model Kanununu benimsemiş ancak iktibas esnasında bazı konular eksik alınmış ve yine bazı konularda tercihler Model Kanundan değişik olarak kullanılmıştır. Tahkim hakkındaki hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanunundaki hükümlerin hemen hemen aynısıdır. Tasarıda, 4686 sayılı Kanundaki hükümlerin kabulü ile millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark önlenmek istenmiştir. Ayrıca dünyada pek çok ülkenin milletlerarası ve millî tahkim için esas aldığı Uncitral Tahkim kuralları iç tahkim bakımından da benimsenmiştir⁹⁵ ... ” şeklinde ifade edilmiştir.

⁹² BUDAK (Kanun), Genel Gerekçe, s. 22.

⁹³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.648.; PEKCANITEZ, Hakan, Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda İç Tahkim (m.411-448) Paneli, Ankara, BTHAE, 2007, s.49,50.

⁹⁴ BUDAK (Kanun), Genel Gerekçe, s. 4.

⁹⁵ BUDAK (Kanun), Genel Gerekçesi, s. 21, 22.

6100 sayılı Kanun, 1086 sayılı Kanun döneminde benimsenen tahkim anlayışını tamamen terk etmiş ve iç tahkime ilişkin düzenlemeleri, 4686 sayılı Kanuna paralel hale getirmiştir. Hatta bazı düzenlemeleri itibariyle 6100 sayılı Kanunun daha liberal/tahkim yanlısı olduğu dahi söylenebilir. Örneğin, hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir olması, iptal davasının hakem kararının icrasını durdurmaması gibi düzenlemeler göz önüne alındığında, 6100 sayılı Kanunun, 4686 sayılı Kanundan daha tahkim yanlısı olduğu söylenebilir.

HMK hükümlerinin MTK hükümleriyle uyumlu hale gelmesiyle birlikte, doktrinde HMK hükümlerinin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabilir olup olmadığı hususu tartışılmıştır. *Akıncı*, MTK'nın birinci maddesinde yer alan hükmün lafzı dikkate alındığında, yabancılık unsuru içeren ve MTK kapsamında bulunan uyuşmazlıklar bakımından HMK hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir⁹⁶. Ancak *Ekşi* ve *Özbay/Korucu* tarafından yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından da HMK hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırılabileceği değerlendirilmeleri yapılmaktadır⁹⁷. Ancak kanaatimizce, kanun koyucunun iradesi HMK hükümlerinin yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlık bakımından uygulanmaması yönündedir. Zira, HMK m. 407'nin lafzı aksi yoruma imkan vermediği gibi; MTK'nın birinci maddesinde bu Kanun hükümlerinin, taraflarca ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı yönünde açık bir ifadeye yer verilmek suretiyle MTK hükümlerinin tarafların serbest iradesiyle ya da hakem kurulunca tercih edilebileceği belirtilmişken, daha sonra ihdas edilmiş olan HMK'nın uygulama alanı başlıklı 407. maddesinde, MTK'nın birinci maddesindeki gibi bir ifadeye de yer verilmemiş olması, kanun koyucunun yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından HMK hükümlerinin uygulanmaması iradesinde olduğuna işaret etmektedir.

Bu bağlamda, yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklara ilişkin olarak, Ülkemizdeki kurumsal tahkim merkezlerinden olan

⁹⁶ AKINCI (Tahkim), s. 54.

⁹⁷ EKŞİ (Tahkim), s. 48; ÖZBAY/KORUCU s. 7.

İTOTAM⁹⁸ ya da İSTAC Tahkim Kurallarına⁹⁹ göre yürütölüp sonuçlandırılmış tahkim yargılamaları neticesinde verilen kararlara karşı HMK m. 439'a göre iptal davası açılmayacaktır. Bu hakem kararlarına karşı açılacak iptal davaları MTK m. 15'e dayandırılacaktır. Buna karşın, her ne kadar TOBB Tahkim Tüzüğünde¹⁰⁰ *“Bu Tüzükte hüküm bulunmayan hallerde 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanır.”* ifadesi yer almakta ise de HMK m. 407'de yer alan *“Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”* hükmü gereği, yabancılık unsuru içermeyen ve fakat TOBB Tahkim Kurallarına atıf yapılan hallerde Tüzük'te MTK'ya atıf yapılmış olsa dahi (MTK m.1/II'ye göre tahkim şartı ya da sözleşmesinde MTK hükümlerine açıkça işaret edilmemiş veya hakemlerce MTK hükümlerinin uygulanmasına yönelik açık bir tercih yapılmamış olduğu sürece) HMK hükümlerinin uygulanması ve bu halde tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararlarına karşı da HMK m. 439'a göre iptal davası açılması gerekir.

b. MTK'nın Tahkime İlişkin Hükümlerinin Uygulama Alanı

MTK'nın amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesine göre, MTK yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar yahut hakem ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Ayrıca, 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi

⁹⁸ İTOTAM Tahkim Kuralları için bkz. http://www.ito.org.tr/ito/docs/portal_docs/itotam_kurallari.pdf (Erişim:14.08.2017)

⁹⁹ İSTAC Tahkim Kuralları için bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/02/ISTAC-Tahkim-ve-Arbuluculuk-Kurallar%C4%B1-f.pdf> (Erişim:14.08.2017)

¹⁰⁰ TOBB Tahkim Tüzüğü için bkz. <https://www.tobb.org.tr/HukukMusavirligi/.../Tahkim/2-Tahkim%20tuzugu.doc> (Erişim: 14.08.2017)

de bu Kanuna tâbidir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri ise saklıdır.

Anılan düzenlemeye göre MTK'nın uygulama alanı bağlamında esas alınacak kriterlerden birisi uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi; diğeri ise uyuşmazlığın çözümü için tarafların yahut hakemin/hakem kurulunun MTK hükümlerini seçmiş olmasıdır. Bu kapsamda MTK m.1/3'e göre tahkim yerinin Türkiye dışında olması ve taraflarca ya da hakem kurulunca MTK hükümlerinin uygulanmasının kararlaştırılmamış olması halinde, MTK'nın 5. ve 6. maddeleri hariç olmak üzere, MTK hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır¹⁰¹.

MTK'nın 1. maddesi uyarınca tahkim yerinin Türkiye olduğu ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından MTK hükümlerinin uygulanacağı açıktır. MTK'nın yabancılık unsuru barındırmayan uyuşmazlıklar bakımından uygulanabilir olup olmadığına ilişkin olarak ise, doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Yabancılık unsurunun bulunmadığı hallerde MTK hükümlerinin uygulanamayacağı yönünde görüşler¹⁰² bulunduğu gibi, taraf iradelerinin üstünlüğünün ön planda olduğu tahkim müessesesi bakımından MTK m. 1/2'nin, uyuşmazlık yabancılık unsuru taşımasa dahi taraflara ya da hakem kuruluna MTK hükümlerinin uygulanabileceği yönünde bir seçim hakkı tanıdığını savunan görüşler de mevcuttur¹⁰³.

Kanaatimizce bu konunun MTK m.1'in gerekçesine bakılarak yorumlanması gerekir. Madde gerekçesi¹⁰⁴ şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kanununun amacının, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemek olduğu ve Kanununun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıkları kapsadığı belirtilmektedir.

¹⁰¹ AKINCI (Tahkim), s. 51, 52; KALPSÜZ (Tahkim), 27.

¹⁰² ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 311, 312; DEREN - YILDIRIM, s. 18-19; TANRIBİLİR/ŞİT, s. 828; ERGÖNEN, s. 214.

¹⁰³ Turgut KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi (II)? Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler (Abant 25-28 Eylül 1997, Ankara 6 Haziran 1998), Sempozyum, BTHAE Yayınları, Ankara 1999, s. 265; AYDOĞAN, s. 45; AKINCI (Tahkim), s. 52-54.

¹⁰⁴ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss712m.htm> (Erişim: 04.08.2016)

Doğal olarak taraflar tahkim yargılamasının tâbi olduğu kuralları belirlemek konusunda anlaşmakta serbesttirler. O nedenle aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü bu Kanuna tâbi kılabilecekleri gibi hakem veya hakem kurulu da uyuşmazlığın çözümünde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını seçebileceklerdir.

Tahkim yeri Türkiye dışında olsa da, mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması ile ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz hallerinde de bu Kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda bu Kanun hükümleri uygulanmayacaktır.

Anayasanın 125 inci maddesi gereğince, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebilmesi yabancılık unsurunun bulunması halinde mümkündür. Bu düzenlemeye paralel olarak, Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartları ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsuru bulunan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin bu Kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir.”

MTK m.1’in gerekçesinde açıkça “Doğal olarak taraflar tahkim yargılamasının tâbi olduğu kuralları belirlemek konusunda anlaşmakta serbesttirler. O nedenle aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü bu Kanuna tâbi kılabilecekleri gibi hakem veya hakem kurulu da uyuşmazlığın çözümünde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını seçebileceklerdir.” denildiğine göre, Kanun koyucunun iradesinin yabancılık unsuru taşımayan ancak tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve tarafların yahut hakemin/hakem kurulunun MTK hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırdığı uyuşmazlıklar bakımında da uygulanmasına imkan tanımak yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 01.07.2014 tarih; 2014/3330 E., 2014/4607 K. sayılı kararında da “Yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklarda kural olarak HMK’nın tahkime ilişkin 407-444 arasındaki hükümleri uygulanır (HMK.m.407). Ancak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre taraflar kendi iradeleriyle 4686 s. Kanun’un uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklara da bu kanun hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye olarak belirlenen uyuşmazlıklara da 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Somut olayda, uyuşmazlık yabancılık unsuru içermemektedir. Tahkim yeri olarak da Bursa/TÜRKİYE

kararlaştırılmıştır. Bu haliyle uyuşmazlık 4686 s. Kanun kapsamı dışında kalmakta ise de, taraflarca uyuşmazlığın 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre  z mleneceği kararlaştırıldığından uyuşmazlığa bu kanun hükümlerinin uygulanması gerekir.” denilmek suretiyle yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlık bakımında da MTK hükümlerinin uygulanabileceği içtihat edilmiřtir¹⁰⁵.

MTK'nın uygulama alanı bağlamındaki yabancılık unsuru ise MTK'nın 2. maddesinde, yabancılık unsuru başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre; tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması; bu yerlerin (tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen) tahkim yerinden veya asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden yahut uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması; tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan Şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması ve tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi h llerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır¹⁰⁶.

¹⁰⁵ www.kazanci.com

¹⁰⁶ MTK kapsamındaki yabancılık unsuru hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKINCI (Tahkim), s. 55-64, KALPSÜZ (Tahkim), s. 16-27; ŞANLI (Uyuşmazlıkların  z m Yolları), s. 312, 313.

II. HAKEM KARARI KAVRAMI

1. Tanımı ve Niteliği

Hakem kararı; taraflar arasında akdedilmiş olan tahkim sözleşmesi kapsamında ve bu sözleşmede belirlenen esaslar çerçevesinde, taraflar arasında husule gelen hukuki uyuşmazlıkların çözümü için kendilerine başvurulmuş hakem veya hakem kurulunca verilen ve uyuşmazlığı geçici ve/veya nihai olarak çözüme kavuşturan karar¹⁰⁷ şeklinde tanımlanabilecek olup hakem kararı tarafları bağlayıcı¹⁰⁸ ve icradir¹⁰⁹ (HMK m. 439, 4; MTK m. 15/A/IV). Uyuşmazlığın sona erdirilmesi için verilen nihai hakem kararı, kesinleştikten sonra tıpkı mahkeme kararı gibi kesin hüküm teşkil eder¹¹⁰.

Hakem kararları nihai kararlar, kısmi kararlar, ara karar ya da geçici kararlar, tarafların anlaşmaları halinde “anlaşma şartlarına ilişkin hakem kararları” ve giyap kararları şeklinde tasnif edilebilir¹¹¹.

Nihai hakem kararları, tahkim yargılaması sona erdiren kararlardır (HMK m.435, 1; MTK.m.13/B). Uyuşmazlığı nihai olarak sona erdiren kararların şekli, içeriği ve nasıl saklanacağı Kanunda (HMK m.436; MTK m.14/A) açıkça belirtilmiştir.

Kısmi hakem kararları ise tahkim yargılamasını sona erdirmeyen ancak, çeşitli sorunları çözüme bağlayan kararlardır. Kısmi kararlar; talebin zamanaşımına uğrayıp uğramadığı ve sonraki aşamalara geçilip geçilmeyeceği ya da hakemlerin görevine, (yetki itirazı üzerine) yetkili olduklarına, uygulanacak hukukun belirlenmesine yönelik, tarafların karara bağlanmasını istediği çeşitli hususlara ilişkin olabilir¹¹². HMK ve MTK’da da aksi kararlaştırılmadıkça

¹⁰⁷ ÖZSUNAY, s. 7; Turgut KALPSÜZ, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler – Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, BTHAE Yayınları, Ankara 1983, s. 36.

¹⁰⁸ ÖZSUNAY, s. 8.

¹⁰⁹ AKINCI (Tahkim), s. 260.

¹¹⁰ Detaylı bilgi için bkz.: ÖZBAY (Kesin Hüküm), s. 281-304; ÖZSUNAY, s. 8.

¹¹¹ ÖZSUNAY, s. 8-11.

¹¹² ÖZSUNAY, s. 8.

hakemlerin kısmi karar verebileceği belirtilmektedir (HMK m. 436, 2; MTK m.14/A/II)

Nihai ve kısmi kararların yanı sıra hakemler geçici nitelikte, ara kararlar da verebilir. Örneğin hakemlerce, birer geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir kararı verilebilir, delil tespiti yapılabilir (HMK m. 414, MTK m.6) ya da ihtiyati haciz kararı verebilir (MTK m.6).

Tahkim yargılaması sırasında tarafların uzlaşması, aralarındaki uyuşmazlığı anlaşmak suretiyle çözüme kavuşturmaları da mümkün olup bu durumda hakemler tarafından verilecek karar “tarafların anlaşma şartlarına ilişkin karar” ya da bir rızai karardır¹¹³. HMK m. 434’de de “Tahkim yargılaması sırasında taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olurlarsa, tahkim yargılamasına son verilir. Tarafların talebi, ahlâka veya kamu düzenine aykırı değilse ya da tahkime elverişli olan bir konuya ilişkin ise sulh, hakem kararı olarak tespit edilir.” düzenlemesine yer verilmiş olup hakem veya hakem kurulunun uygun bulması halinde sulh sözleşmesinin hakem kararı şeklinde tespit ve icra edilmesi amaçlanmıştır¹¹⁴.

Tıpkı devlet yargısında olduğu gibi tahkim yargılamasında da taraflardan birinin yargılamaya katılmaması söz konusu olabilir. Taraflardan birinin tahkim yargılamasına katılmaması halinde, yargılamanın katılmayan tarafın yokluğunda sürdürülmesi ilişkin kararlar da gıyap kararı olarak adlandırılmaktadır¹¹⁵. Taraflardan birinin yargılamaya katılmaması durumu HMK m. 430’da düzenlemiştir. Buna göre; yargılamaya katılmayan taraf davacı ise ve geçerli bir neden göstermeksizin dava dilekçesini süresi içinde vermezse; dava dilekçesi usulüne uygun değilse ve eksiklik hakem veya hakem kurulunca belirlenecek süre içinde giderilmezse, hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasına son verir. Katılmayan taraf davalı ise ve cevap dilekçesini vermezse, bu durum davacının iddialarının ikrarı veya davanın kabulü olarak

¹¹³ ÖZSUNAY, s. 10.

¹¹⁴ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 599.

¹¹⁵ ÖZSUNAY, s. 11.

değerlendirilmeyip yargılamaya devam edilir. MTK'da da aynı yöndeki düzenlemelere yer verilmiştir (m. 11/C/3).

Hakem ya da hakem kurulunca verilen kararlar, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa oyçokluğu ile de verilebilir (HMK m. 433, 1; MTK m. 13/A). Ayrıca tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakem ya da hakem kurulu hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir (HMK m. 433, 3; MTK m. 12/C/III). Hakem kararlarında; kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin ad ve soyadları, tarafların ve varsa temsilcileri ile vekillerinin ad ve soyadları, unvanları ve adresleri, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi, (bir sıra numarası altında) açık ve kesin bir biçimde taraflara yüklenen hak ve borçlar ile yargılama giderleri, karara karşı iptal davası açılabilceği ve süresi, tahkim yeri ve kararın tarihi, kararı veren hakem veya hakem kurulu üyelerinin tamamı veya çoğunluğunun imzaları ve karara eklenmiş ise karşı oy yazısı, gösterilir. Hakem kararı, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilir; ayrıca kararın aslı dosya ile birlikte tahkimde görevli ve yetkili mahkemeye (HMK m. 410) gönderilir ve mahkemece saklanır (HMK m. 436,3; MTK m. 14/A/IV).

Hakem kararının verilmesi ve kendilerine bildirilmesinden sonra taraflar; hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesi, karara ilişkin belirli bir konunun veya kararın bir bölümünün tavgizi için ya da yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı karar verilmesi için hakeme ya da hakem heyetine başvurabilir. Düzeltme, tavgiz ve tamamlama kararları da hakem kararının bir parçasını oluşturur (HMK m. 437; MTK m. 14/B).

Hakem kararı yargısal bir karar olsa da mahkemelerin verdikleri hükümden farklı olarak devletin hükümranlığına değil, tarafların tahkim iradesine dayanmaktadır¹¹⁶. İşte bu noktada, tahkimin ve dolayısıyla hakem kararının hukuki niteliğine ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

¹¹⁶ DEREN – YILDIRIM. s.23.

Akdi (maddi hukuk sözleşmesi), kazai (usul hukuku sözleşmesi), karma (muhtelit/sui generis) ve otonom (özerk/bağımsız) görüş olarak adlandırılabilir bu görüşlerden Fransız hukukçu Merlin de Douai tarafından ortaya atılan akdi görüşe göre, tahkim sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla vücut bulmuş bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Dolayısıyla, tahkim anlaşmasının ortaya çıkışı, tahkim yargılaması ve yargılama sonucunda hakemlerce verilen karar ve tüm bunlardan doğan hukuki sorunların çözümünde özel hukukun sözleşmelere ilişkin kuralları uygulanır. Yine bu görüşe göre, hakem kararları sözleşme niteliğinde olup mahkeme kararları gibi bağlayıcı değildir, kesin hüküm teşkil etmezler, taraflarca ortadan kaldırılmaları da mümkündür ve bunların iptalinde özel hukuk prensipleri uygulanır¹¹⁷. Sözleşme niteliğinde olmasından mütevellit, hakem kararlarının karşı, sözleşmelerde olduğu gibi iradeyi sakatlayan (hata, hile, ikrah vb.) nedenlere dayanılarak iptal talebinde bulunulabilir¹¹⁸.

Akdi görüşün ortaya atılmasından daha sonra, başka bir Fransız hukukçu olan Laine tarafından hakem kararlarının mahkeme kararı mahiyetinde olduğu, kazai nitelikte olduğu savunulmuştur¹¹⁹. Kazai görüşe göre, tahkim yerindeki devletin mevzuatının izin verdiği ölçüde taraflar aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözebilirler. Tahkim yeri hukukunun imkan vermediği bir tahkim sözleşmesinden de söz edilemez. Tahkim devlet yargılaması yanında özel bir yargılamadır ve tahkim yerindeki yargı düzeninin bir uzantısıdır. Ancak devlet yargısı yanında ve devlet yargısına gitme yolunu da kapatmayan özel bir yargıdır. Dolayısıyla hakem kararları mahkeme kararlarına benzer, aleyhine ancak kanun yollarına başvurulabilir ve onaylandıktan sonra kesin hüküm teşkil ederler¹²⁰. Tahkim sözleşmesi de bir özel hukuk sözleşmesi değil, bir usul hukuku sözleşmesidir. Bu sebeple de usul hukuku alanında geçerlidir¹²¹.

¹¹⁷ YEĞENGİL, s.109, 110; KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti), s. 603, 604; ERTEKİN/ KARATAŞ, s.422, 423; AKINCI (Tenfiz), s. 46, 47.

¹¹⁸ YAVUZ, s. 142.

¹¹⁹ YEĞENGİL, s. 111.

¹²⁰ YEĞENGİL, s. 111; KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti), s. 604, 605; ERTEKİN/ KARATAŞ, s.422, 423; YAVUZ, s. 143; AKINCI (Tahkim), s. 48; ŞANLI (Esasa Uygulanacak Hukuk), s.43,44

¹²¹ YEĞENGİL, s. 112; KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti), s. 604, ERTEKİN/ KARATAŞ, s.424.

Tahkim prosedüründe yer alan usul hukukuna ilişkin unsurlar (dilekçeler aşaması, delil ikamesi, duruşma, bilirkişi incelemesi gibi) da tahkim sözleşmesinin kazai niteliğini açıkça göstermektedir¹²².

Alman usul hukukçuları Schönke, Rosenberg tarafından savunulan karma görüşte ise tahkimin melez bir mahiyeti bulunduğu kabul edilir¹²³. Karma görüş taraftarları, tahkimin hem akdi hem kazai nitelikler taşıdığını savunmaktadır. Buna göre tahkim sözleşmesi tarafların serbest iradeleriyle ortaya çıkan bir özel hukuk sözleşmesi olmakla birlikte, tahkim usulünün işleyebilmesi için devlet mahkemelerinden yardım alınması zorunludur. Hakem kararlarının denetiminin (iptalinin) ve tenfizinin mahkemelerden talep edilebilmesi ve hakemlerden beklenenin bir yargı faaliyeti olduğu dikkate alındığında, tahkim sözleşmesi aynı zamanda usul (kamu) hukuku karakterli bir sözleşmedir. Taraflara tanınan özel hukuk (tahkim) sözleşmesi akdetme serbestisi, tahkim yeri ülkesinin izin verdiği ölçüdedir ve bunun sonucu olarak da tarafların tahkim sözleşmesi ve tahkim yargılaması sonucunda uygulanacak hukuk üzerindeki irade serbestisi, tahkim yeri ülkesinin izin verdiği ölçüde mümkündür. Hakem kararlarının mahkeme kararları gibi icra edilmesi, kamu hukuku yönünü belirler. Hakem seçiminin, uygulanacak kanun ve usulün tayininde irade serbestisinin hakim olması ise akdi niteliği belirgin kılar¹²⁴.

Yine bir Fransız hukukçu, Rubellin-Devichi tarafından geliştirilen otonom görüşte ise tahkimin niteliği onun kullanımı ve amacına göre belirlenmelidir. Bu itibarla tahkim yalnızca akdi ya da kazai olarak nitelendirilemeyeceği gibi karma olarak da nitelendirilemez¹²⁵. Otonom görüş tahkimi, amaçları ve söz konusu amaçları gerçekleştirme biçimi çerçevesinde ele almakta ve hakem kararları milli hukuktan soyutlanmakta, tahkim yeri ile hakem kararı arasındaki bağı zayıflatmakta ve mahkemelerin rolünü de azaltmaktadır. Diğer teorilerden farklı olarak, milletlerarası tahkimin milli tahkimden farklı özellikler arz etmesi

¹²² YAVUZ, s. 143.

¹²³ YEĞENGİL, s. 113.

¹²⁴ YEĞENGİL, s. 113, 114; KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti), s. 605; ERTEKİN/ KARATAŞ, s.425; YAVUZ, s. 143, 144.; AKINCI (Tenfiz), s. 48-50; ŞANLI (Esasa Uygulanacak Hukuk), s.47.

¹²⁵ LEW/MİSTELİS/KRÖLL, s. 81.

sebebiyle, milletlerarası tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde tahkim sözleşmesine ve taraf iradelerine bağımlı olmayan milletlerarası bir hukuki nitelik tanıma gereğinden hareket etmektedir. Milletlerarası tahkim milletlerarası ticari ihtiyaçlardan doğduğundan, milli tahkime ilişkin düzenlemelerin bu ihtiyaçlara cevap verme imkanı yoktur¹²⁶. Dolayısıyla, milletlerarası tahkimde farklı normlar esas alınmalı, taraf iradesinin sınırları belirlenirken milli hukuk esas alınmamalıdır¹²⁷.

Akdi görüş tarafından ileri sürülen hakem kararlarının sözleşme niteliğinde olduğu, hakim kararları gibi bağlayıcı olmadığı, kesin hüküm teşkil etmediği, taraflarca ortadan kaldırılmalarının mümkün olduğu, bunların iptalinde özel hukuk prensiplerinin uygulanacağı; hakem kararlarına karşı, sözleşmelerde olduğu gibi iradeyi sakatlayan (hata, hile, ikrah vb.) nedenlere dayanılarak iptal talebinde bulunulabileceği yönündeki tamamen özel hukukun sözleşmelere ilişkin kuralları üzerine kurulu anlayış dışında; gerek kazai görüş ve gerekse de karma görüşte hakem kararlarının mahkeme kararları hükmünde olduğu, aleyhine ancak kanun yollarına başvurulabileceği ve kesin hüküm teşkil ettikleri konusunda birlik olduğu görülmektedir. Gerçekten de hakem kararları mahkeme kararı hükmünde olup tıpkı mahkeme kararları gibi icra edilirler, kesin hüküm teşkil ederler ve haklarında başvurulacak kanun/başvuru yolları neticesinde iptal edilmedikleri / ortadan kaldırılmadıkları müddetçe tarafları bağlar¹²⁸.

Hakem kararları ile ilgili olarak değinmek istediğimiz bir diğer husus da milli hakem kararı, yabancı hakem kararı ve milletlerarası hakem kararı ayrımıdır. Esasen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için önem arz eden bu ayrıma çalışmamız kapsamında kısaca değinmekte yarar görmekteyiz.

Bir hakem kararının yerli mi yabancı mı olduğunu belirlemek için hakem kararının milliyetini belirleyen kriterlere bakmak gerekir. Ancak tahkimin yerli,

¹²⁶ AKINCI (Tenfiz),s. 50-53; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 425, 426; ÖZEL, s. 33-35.

¹²⁷ TAŞKIN (Hakem Sözleşmesi), s. 21.

¹²⁸ Tarafların anlaşması suretiyle hakem kararının ortadan kaldırılabilmesi ya da aynı uyuşmazlığı yeni bir tahkim davasına konu edebilecekleri yönündeki aksi görüş için bkz. ÖZBAY (Kesin Hüküm), s. 299, 304.

yabancı ya da milletlerarası olması ile hakem kararının yerli, yabancı ya da milletlerarası olması arasında zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır¹²⁹. Hakem kararının milliyeti meselesi de esas itibariyle hakem kararının sonucunu teşkil ettiği ve yukarıda hakkındaki görüşlere yer verdiğimiz hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinden hareketle çözümlenmelidir¹³⁰. Türk doktrininde ağırlıklı olarak akit teorisini benimsendiği görülmektedir. Buna göre tahkim usulü, infaz talebinde bulunulan memleket kanunundan (*lex fori*) başka bir kanuna tabi tutulmuş ise hakem kararı yabancıdır¹³¹. Bir başka ifadeyle, hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş ise o hakem kararı yabancıdır. Tahkim usulüne Türk hukuku uygulanmışsa hakem kararı millidir. Yargıtay uygulamasında ise hakem kararlarının milliyeti konusunda içtihat farklılıkları bulunduğu görülmektedir. 1976 yılına kadar Yargıtay tarafından hakem kararının otoritesi altında verildiği kanunun yabancı olup olmadığına göre hakem kararının milliyeti belirlenirken¹³²; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin, doktrinde eleştirilere konu olan¹³³ 10.03.1976 tarihli ve 1975/1617 E., 1976/1052 K. sayılı kararında¹³⁴ “toprak ilkesi” esas alınarak yabancı bir ülkede toplanarak yargılama yapan hakemlerin yabancı ülkede verdikleri karar yabancı hakem kararı sayılmıştır. 1976 tarihli karardan daha sonraki tarihli Yargıtay kararlarında “hakem kararının otoritesi altında verildiği kanunun” kriterinin dikkate alındığı görülmekle birlikte Türkiye’nin New York Sözleşmesine taraf olmasıyla birlikte New York Sözleşmesi kapsamındaki yabancı hakem kararları bakımından “hakem kararının otoritesi altında verildiği kanunun” kriterinin esas alınmaya devam edilmesine yasal düzenleme itibariyle imkan bulunmamaktadır¹³⁵. Zira, New York Sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrasında, tanıma ve tenfiz talebinde bulunulan devletin egemenlik alanı dışında verilmiş olan hakem kararları hakkında tatbik edileceği açıkça belirtilmektedir ve buna göre New York Sözleşmesine taraf başka bir ülkede verilmiş olan, ticari

¹²⁹ ŞİT, s. 72.

¹³⁰ KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti), s. 603.

¹³¹ KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti), s. 609; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 80.

¹³² Yargıtay tarafından benimsenen prensip hakkında bkz. KORAL (Otorite Kanunu), s.176.

¹³³ KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti), s. 612 vd.; KORAL (Hakemliğin Milliyeti) s. 419 vd.; KURU (Usul), C. IV, s. 4125 vd.

¹³⁴ KALPSÜZ (Hakem Kararlarının Milliyeti, Ek-1).

¹³⁵ ERGÖNEN, s. 224-231.

uyuşmazlıklara dair hakem kararların Türkiye’de tanınmasının ve tenfizinin talep edilmesi halinde “hakem kararının otoritesi altında verildiği kanunun” kriterinin esas alınmasına imkan ve mahal yoktur. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 08.02.2012 tarih; 2011/13-568 E., 2012/47 K. sayılı kararında da doktrinde benimsenen değişik görüşlerden de bahsedilerek New York Sözleşmesinin birinci maddesinde açıkça toprak esasının benimsenmiş olduğu belirtilmiş ve Türkiye dışında verilen hakem kararlarının “yabancı hakem kararı” niteliğinde olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmiştir¹³⁶.

Milletlerarası hakem kararı ise herhangi bir hukuk sistemine mal edilemeyen, kararın verilmesi sırasında belli bir yere ait usul hukukunun esas alınmadığı hakem kararlarıdır. Milletlerarası hakem kararlarının verilmesi sırasında bir tahkim kurumunun kuralları ya da UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi milletlerarası düzenlemelerde yer alan usul kuralları uygulanır. Bu bağlamda ICC Tahkim Divanı, İSTAC Tahkim Merkezi, GAFTA Tahkim Mahkemesi gibi uluslararası tahkim kurumları nezdinde, bu kurumların tahkim kuralları çerçevesinde verilen hakem kararları milletlerarası hakem kararı niteliği taşıdığı söylenebilir. Ancak, kurumsal tahkim sonunda verilen her hakem kararının yabancı ya da milletlerarası hakem kararı olduğunu kesin olarak söylemek de mümkün değildir¹³⁷.

Hakem kararlarının sınıflandırılması bağlamında HMK kapsamındaki tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarının milli hakem kararı olduğunda kuşku yoktur. MTK kapsamında yürütülmüş olan ve tahkim yerinin

¹³⁶ “... Her ne kadar bir hakem kararının, yerli veya yabancı hakem kararı olup olmadığı ayrımı konusunda, doktrinde genel olarak ‘otoritesi altında verilen kanun’ ve ‘toprak esas’ şeklinde tanımlanan değişik görüşler bulunmakta ise de, New York Sözleşmesinin, ‘İş bu sözleşme, tabii veya hükmi şahıslar arasında zuhur eden ve tanınması ve icrası bahismevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik olunur.’ hükmünü taşıyan 1 inci maddesindeki (...bahis mevzuu devlet arazisinden gayri bir devlet arazisinde) ifadeleri gereğince, anılan sözleşmede açıkça ‘toprak esas’ benimsenmiş olduğundan, Türkiye dışında verilen hakem kararlarının, ‘yabancı hakem kararı’ niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. (Prof. Dr. Cemal Şanlı, ‘Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları’, 3. Bası, İstanbul Haziran 2005, sh. 284; Prof. Dr. Ziya Akıncı, a.g.e. sh. 24; Prof. Dr. Tuğrul Ansay, ‘Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Antlaşması ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu’, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi’ II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım, 1983, sh. 128)” (www.kazanci.com)

¹³⁷ ŞİT, s. 77.

Türkiye olduğu tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararları da, MTK'nın Türk Hukukunun bir parçası olması ve tahkim yerinin de Türkiye olması sebebiyle milli hakem kararı¹³⁸ olup MTK'nın 2. maddesinde sayılan yabancılık unsurunun varlığı ve tahkimin milletlerarası nitelikli olması hakem kararının milliyeti üzerinde etkili değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, gerek HMK'da gerekse MTK'da uyuşmazlığı nihai olarak sona erdiren hakem kararlarının şekli, içeriği ve ne şekilde saklanacağı kanunda açıkça belirtilmiş ve aksi kararlaştırılmadıkça hakemlere kısmi karar verme olanağı da tanınmıştır. Hakem kararlarının ihtiva etmesi gereken unsurlara bakıldığında bir mahkeme kararında yer alması gereken unsurlar ile benzerlik taşıdığı görülmektedir. Tıpkı mahkeme kararlarında olduğu gibi hakem kararlarında da kararın dayandığı hukuki sebepler ve gerekçe, taraflara yüklenen hak ve borçlar, karara karşı başvuru yolu gösterilmelidir ve yine tıpkı mahkeme kararları gibi hakem kararları da taraflara bildirilir ve saklanır. HMK ve MTK'da yer alan tahkim hükümleri ad hoc tahkime ilişkin olduğundan ve dolayısıyla hakem/hakem kurulu arızı olarak oluşturulduğu esastan hareket edildiğinden, tahkim yargılamasına ait dava dosyasının ve kararın saklanması yetkili mahkemece yapılır¹³⁹.

2. Hakem Kararlarına Karşı Kanun/Başvuru Yolları

a. Genel Olarak Kanun Yolları

Yargı sistemi içinde verilen kararların denetlenmesi, gözden geçirilmesi ve yargının da denetime açık olması için yine yargı içinde denetim mekanizmaları oluşturulması zorunlu olup mahkeme kararlarındaki hataların en aza indirilebilmesi için kararların kesinleşmeden önce bir üst mahkeme tarafından denetlenmesi kanun yoluyla sağlanmaktadır¹⁴⁰.

¹³⁸ ŞİT, s. 192, 193.

¹³⁹ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 603.

¹⁴⁰ PEKCANITEZ Usul, C. III., s. 2150, 2151.

Kanun yolu, geniş anlamda yargısal kararların yeniden gözden geçirilerek, gerekli ise düzeltilmesini sağlayan hukuki çarelerdir¹⁴¹. Hukuki çare ise geniş anlamda bir hakkın gerçekleşebilmesi için kendisine başvurulmuş her türlü usulî aracı ifade eden bir kavram olup dar anlamda ise mahkemelerin her türlü yargısal kararının gözden geçirilmesi, iptal edilmesi veya düzeltilmesini sağlayan hukuki aracı/araçları ifade eder¹⁴². Mahkeme kararlarının kesinleşmesinden önce başvurulabilecek istinaf, temyiz, karar düzeltme yolları ile karar kesinleştikten sonra başvurulabilecek yargılamanın yenilenmesi, kanun yararına temyiz de birer hukuk çare olup bir üst mahkemeye başvurularak kullanılabilen usuli araçların yanında, aynı mahkemeye yapılan itiraz, eski hale getirme, tavzih vb. imkanlar da hukuki çare kapsamındadır¹⁴³.

Ara kararlar da dahil mahkemelerin her türlü yargısal kararının gözden geçirilip, gerekmesi halinde düzeltilmesi veya iptal edilmesini sağlayan araçları ifade eden geniş anlamdaki kanun yollarına, nihai bir karar olmayan ihtiyati tedbir kararlarına karşı başvurulabilen itiraz kurumu da dahildir¹⁴⁴. Dar ve teknik anlamda kanun yolu ise yalnızca nihai kararların doğruluğunun denetimine hizmet edecek şekilde bir daha gözden geçirilmesini ve gerekiyorsa düzeltilmesini sağlayan olanaktır¹⁴⁵.

Görüldüğü üzere, hukuki çare hem geniş hem de dar anlamdaki kanun yollarını da içine alan bir üst kavram iken, geniş anlamda kanun yolu hukuki çarelerin belirli bir kısmını, dar anlamdaki hukuki çareyi ifade eder¹⁴⁶.

Kanun yolunu diğer hukuki çarelerden ayıran, iki önemli özellik vardır. Bunlar erteleyici ve aktarıcı etkidir¹⁴⁷. Erteleyici etki, nihai karar aleyhine kanun yoluna başvurulması halinde, hükmün şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesinin

¹⁴¹KARSLI, 773; KALPSÜZ (Temyiz Sebepleri), s.5, 6; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 670.

¹⁴² GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 670.

¹⁴³ KALPSÜZ (Temyiz Sebepleri), s. 6.

¹⁴⁴ KARSLI, s. 773.

¹⁴⁵ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 670.

¹⁴⁶ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 670.

¹⁴⁷ KARSLI, s. 775; KALPSÜZ (Tahkim), s. 125; KALPSÜZ (Temyiz), s. 6.; AKINCI (Tahkim), s. 243 vd.; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 581; PEKCANITEZ Usul, s. 2158.

önüne geçilmesi ve uyuşmazlığın sona ermesinin engellenmesidir. Şekli anlamda kesinleşen bir karara karşı artık olağan kanun yollarına başvurulamaz. Kanun yolunun diğer özelliği olan aktarıcı etki ise; kanun yolu incelemesinin bir üst mahkeme tarafından yapılmasıdır¹⁴⁸. Ayrıca kanun yolu, aleyhine bu yola başvuru kararın doğruluğunun maddi bakımdan kontrolünü de sağlar¹⁴⁹. Erteleyici etkisi bulunmaması sebebiyle eski hale getirme, itiraz ve kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulabilecek olan yargılamanın iadesi teknik anlamda kanun yolu değildir. Aktarıcı özelliği bulunmaması sebebiyle de yargılamanın iadesi, eski hale getirme, tavzih ve itiraz teknik anlamda kanun yolu olmayan hukuki çarelerdir¹⁵⁰.

Kanun yollarının en temel sınıflandırması olağan kanun yolu ve olağanüstü kanun yolu ayrımıdır¹⁵¹. Olağan kanun yolları nihai kararların kesinleşmesine engel olurken, olağanüstü kanun yolları ise kesinleşmiş kararlar aleyhine başvuru kanun yollarıdır. Olağan kanun yolu açık olan nihai kararlara karşı süresi içinde kanun yoluna başvurulmaz ya da başvuru da karar bozulmaz ise ve başkaca da bir olağan kanun yolu öngörülmemişse bu durumda karar – şekli anlamda – kesinleşir¹⁵². Olağan kanun yollarından geçerek veya süresi içinde bu yollara başvurulmaksızın kesinleşen nihai kararlar kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder ve artık aynı konuda, aynı dava sebebine dayanarak, aynı taraflar arasında yeni bir dava açılmaz; açılrsa dahi dinlenmez¹⁵³. Ancak, bazı ağır yargılama hataları yapılarak verilmiş olan kararların değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına olanak sağlanması bakımından olağanüstü kanun yolları öngörülmüştür¹⁵⁴.

¹⁴⁸ KARSLI, s. 775; KALPSÜZ (Tahkim), s. 125; AKINCI (Tahkim), 243 vd.; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 581.

¹⁴⁹ KALPSÜZ (Tahkim), s. 125.

¹⁵⁰ AYGÜN, s. 663; KARSLI, s. 773; KALPSÜZ (Temyiz Sebepleri), s. 6.

¹⁵¹ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 581; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 581; KARSLI, s. 776; KURU (Usul), C.V, s. 4485.

¹⁵² KARSLI, s. 776; KURU (Usul), C.V, s.4981; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 581; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 581.

¹⁵³ KURU (Usul), C. V, s. 4498; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 582.

¹⁵⁴ KURU (Usul), C. V, s. 4501; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 582.

HMK'da düzenlenen olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. Ancak HMK'nın geçici 3. maddesi uyarınca; istinaf başvurusunu inceleyecek olan bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihi¹⁵⁵ olan 20.07.2016'ya kadar, HUMK'nın temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunmuştur. Ayrıca, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihi olan 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilen kararlar hakkında, bu kararlar kesinleşinceye kadar HUMK'nın (5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki) 427 ilâ 454. madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacaktır. Görüldüğü üzere, HUMK uygulamasının fiilen ve tamamen terk edilerek, olağan kanun yollarının HMK'nın benimsediği olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz olabilmesi, 20 Temmuz 2016 tarihinden önce verilen kararların şekli anlamda kesinleşmelerinden sonra ancak mümkün olabilecektir.

HUMK'nın benimsediği olağan kanun yolları ise temyiz ve karar düzeltmedir. Ancak, karar düzeltme yolunun, özellikle aktarıcı bir etkiye sahip olmaması nedeniyle olağanüstü kanun yollarından olduğu da ileri sürülmüştür¹⁵⁶. Gerçekten de karar düzeltme talebi bir üst mahkeme tarafından değil, temyiz incelemesini yapan merci tarafından incelenir ve burada kanun yolunun aktarıcı etkisi gerçekleşmiş olmaz¹⁵⁷. Ancak, karar düzeltme yoluna başvurulmuş olması kararın kesinleşmesine engel olur. Esas itibarıyla karar düzeltme Türk Hukukuna özgü bir kanun yoludur¹⁵⁸. Hem HMK hem de HUMK döneminde benimsenen olağanüstü kanun yolu ise yargılamanın iadesidir (m. 374 vd.). HMK m. 363'de ve HUMK m. 427'de düzenlenen kanun yararına temyiz de olağanüstü bir kanun yolu olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁹.

¹⁵⁵ 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2. maddesinde Adalet Bakanlığının, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 25 inci maddede öngörülen bölge adliye mahkemelerini kuracağı ve bölge adliye mahkemelerinin kuruluşları, yargı çevreleri ve tüm yurttaki göreve başlayacakları tarihin Resmî Gazetede ilân edileceği hükmüne bağlanmıştır.

¹⁵⁶ POSTACIOĞLU, s. 767.

¹⁵⁷ KALPSÜZ (Temyiz Sebepleri), s. 8.

¹⁵⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ., s. 643, KARSLI, s. 877.

¹⁵⁹ YILMAZ (Olağanüstü Temyiz), s. 51; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ., s. 582; ALBAYRAK/ARSLAN, s. 5.

b. İptal Davası

Hakem kararlarının devletin yargı organları aracılığı ile denetiminin, hakem kararlarına karşı öngörülen kanun ya da başvuru yolları aracılığı ile gerçekleştirildiğini söylemek mümkündür. HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk hukukunda iç tahkim bakımından hakem kararlarına karşı yalnızca iptal yolu benimsenmiş¹⁶⁰, HUMK döneminde benimsenmiş olan temyiz kanun yolu terk edilmiştir. Pek çok ülkede milli hakem kararları bakımından iptal yolu benimsendiği gibi, Türk Hukukunun şekillenmesinde önemli rol oynayan İsviçre ve Alman Hukukunda, ayrıca gerek HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin gerekse de MTK'nın mehası UNCITRAL Model Kanunda da hakem kararlarına karşı yalnızca iptal yolu benimsenmiştir¹⁶¹. Bazı uluslararası düzenlemelerde de iptal yolunun benimsendiği görülmektedir¹⁶².

İptal davası bir kanun yolu olmayıp tahkim hukukuna özgü bir hukuki çare¹⁶³, hakem kararlarına karşı başvurulabilecek bir müracaat, başvuru yoludur¹⁶⁴. İptalde, kanun yolunun ayırt edici özelliklerinden olan erteleyici ve aktarıcı etki bulunmadığı gibi, hakkında iptal yoluna başvuru hakem kararının maddi bakımdan doğruluğu da kontrol edilememektedir. İptalde hakem kararının bozulması, yeniden hakeme gönderilmesi söz konusu değildir. İptalde sadece verilen karar kaldırılır. Zaten iptal sebepleri de kanun yollarına müracaat sebeplerinden farklıdır¹⁶⁵. Kanun yoluna başvurma sebepleri hem usule hem esasa dair olabildiği halde, iptal sebepleri (hakem kararının kamu düzenine aykırı olmasına ilişkin sebep hariç tutulduğunda) usule ilişkindir. Mahkeme tarafından iptal edilen hakem kararı ortadan kalkarak¹⁶⁶ hukuki etki ve sonuç

¹⁶⁰ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 611; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 775; YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3685; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 706; AKINCI (Tahkim), s.257; KALPSÜZ (Tahkim) s. 124.

¹⁶¹ UNCITRAL Model Kanun m. 34.

¹⁶² Örneğin; New York Konvansiyonuna göre (m. 5/1/e) hakem kararının iptal edilmiş olması bir tenfiz engelidir. Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki (21 Nisan 1961 tarihli) Cenevre – Avrupa Sözleşmesinin 9. maddesi Hakem Kararının İptali (Setting aside of the arbitral award) başlıklıdır.

¹⁶³ AYGÜN, s. 689.

¹⁶⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s. 119, 125, 126.

¹⁶⁵ KALPSÜZ, (Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi?), s. 296; KALPSÜZ (Tahkim), s. 125.

¹⁶⁶ KALPSÜZ (Tahkim), s. 126.

doğuramaz hale gelir¹⁶⁷. İptal ile birlikte artık hakem kararının hakeme veya hakem heyetine iadesi, iptal sebepleri açısından gözden geçirilerek düzeltilmesi ve/veya tamamlanması söz konusu olmaz¹⁶⁸.

İptal davası bir kanun yolu olmamasına rağmen, MTK'nın iptal davasına ilişkin hükümlerin yer aldığı 15. maddesinin bölüm başlığında "Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu" ifadesine yer verilmiş ve kanunun gerekçesinde de kanun yolu ifadesi yer almıştır. HMK'da ise, iptal davasının niteliğine daha uygun olacak şekilde iptal davasına ilişkin hükümlerin yer aldığı m. 439 "İptal davası" olarak başlıklandırılmıştır. Ancak her iki kanunda da hakem kararlarında bulunması gereken hususlar zikredilirken, HMK'nın mahkeme hükümlerinin kapsamını belirleyen 297. maddesinde yer alan "... varsa kanun yolları..." ifadesinden farklı olarak kanun yoluna ilişkin bir vurgu yapılmadığı ve hakem kararlarında *karara karşı iptal davası açılabileceği* hususunun yer alması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir.

c. Yargılamanın İadesi

HMK, mehaz UNCITRAL Model Kanun ve MTK hükümlerinden farklı olarak hakem kararlarına karşı olağanüstü bir kanun yolu öngörmüştür. HMK'nın yargılamanın iadesine ilişkin hükümleri niteliğine uygun düştüğü şekilde tahkime de uygulanır (m. 443). Hükümet gerekçesinde yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümler uygulanırken, tahkim kurumunun yargılamadan farklı olduğu gözden kaçırılmadan, yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde tahkime uygulanabileceği belirtilmiştir. HMK'nın 375. maddesinde yargılamanın iadesi sebepleri;

- a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.*
- b) Davaya bakması yasak olan yahut hakkındaki ret talebi, merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış bulunması.*
- c) Vekil veya temsilci olmayan kimselerin huzuruyla davanın görülmüş ve karara bağlanmış olması.*
- ç) Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması.*

¹⁶⁷ VAN DEN BERG, s. 134.

¹⁶⁸ KALPSÜZ (Tahkim), s. 126.

- d) Karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması.
- e) İfadesi karara esas alınan tanığın, karardan sonra yalan tanıklık yaptığının sabit olması.
- f) Bilirkişi veya tercümanın, hükme esas alınan husus hakkında kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğunun sabit olması.
- g) Lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması.
- ğ) Karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması.
- h) Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması.
- ı) Bir dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada, öncekine aykırı bir hüküm verilmiş ve bu hükmün de kesinleşmiş olması.
- i) Kararın, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.”

şeklinde sayılmış olup tahkimde sadece (b), (c), (e), (f), (g), (h), (ı) ve (i) bentleri uygulanır (m. 443, 2). Buna göre, *mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması; yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması; karara esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veya senedin sahte olduğunun mahkeme veya resmî makam önünde ikrar edilmiş olması veya karara esas alınan bir hükmün, kesinleşmiş başka bir hükümle ortadan kalkmış olması* sebeplerine dayanılarak hakem kararına karşı yargılamanın iadesi kanun yoluna başvurulamayacaktır.

Nihai hakem kararının verilmesiyle birlikte tahkim sona ereceğinden, yargılamanın iadesi yetkili mahkemede görülecektir¹⁶⁹. Yargılamanın iadesi talebi kabul edilirse, mahkeme hakem kararını iptal ederek uyuşmazlığı yeniden bir karar verilmesi için yeni bir hakem ya da hakem kuruluna gönderecektir (HMK m. 443, 3). Görüldüğü üzere burada tarafların tahkime gitme imkanı ortadan kaldırılmamış¹⁷⁰ bilakis yargılamanın iadesi talebinin kabul edilmesi ve hakem kararının iptal edilerek yeni hakeme/hakemlere gönderilmesi halinde, hakemlerin hangi usulle seçileceği belirtilmiştir. Düzenlemeye göre,

¹⁶⁹ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 617

¹⁷⁰ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 617

yargılamanın iadesi talebinin kabul edilmesi ve hakem kararının iptal edilerek yeni hakeme/hakemlere gönderilmesi durumunda, hakem veya hakem kurulu m.421'e göre yeniden seçilir veya oluşturulur (m. 443, 3, son cümle).

HMK'nın yargılamanın iadesine ilişkin hükümleri arasında yer alan 376. maddesinde "*Davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler.*" düzenlenmesine yer verilmiştir. Yargılamanın yenilenmesi davası açma imkanı esas itibarıyla davanın taraflarına ait olmakla birlikte m. 376'da, yargılamanın yenilemesi davası açma olanağına ilişkin özel bir hal düzenlemiş ve muvazaalı olarak açılmış davalarda¹⁷¹ elde edilen kesin hüküm sebebiyle hakları zarara uğrayan üçüncü kişiye yargılamanın yenilenmesi davası açma olanağı tanınmıştır¹⁷².

HMK m. 376'da yer alan bu hüküm hakem kararları bakımından uygulanabilir bir hüküm müdür? Tahkim şartını içeren sözleşmenin ya da tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan bir üçüncü kişi, HMK m. 376'ya istinaden yargılamanın iadesini talep edebilir mi? HMK m. 376'da belirtilen şartları haiz üçüncü kişiler, 375. maddenin 1. fıkrasının (h) bendinde yer alan *lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olmasının* tahkimde de geçerli bir yargılamanın iadesi sebebi olduğu dikkate alınarak, hile yapıldığı iddiasıyla hakem kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurabilmelidirler¹⁷³. Ancak, üçüncü kişilerin HMK m.376'ya dayanarak başvurabileceği yol; HMK m.439'da yer alan iptal davasından farklı olarak olağanüstü bir kanun yolu başvurusu niteliğini taşıyacak olup hakem kararlarına karşı öngörülen yegâne hukuki çare olan iptal davası ile karıştırılmamalıdır. Üçüncü kişilerin HMK m.376'ya

¹⁷¹ Örneğin, alacaklısının kendisine karşı açacağı muhtemel davayı kaybetme tehlikesini bertaraf etmek ve böylece alacaklısından mal kaçırmak veya ölümü halinde terekenin kendisine kalacağı mirasçısını mirastan mahrum bırakmak isteyen kişi bu amacını bir yargı kararı aracılığıyla gerçekleştirmek için muvazaalı olarak/birisi ile anlaşarak kendisine karşı dava açtırmakta ve bu davayı kabul ederek veya bilinçli olarak gereği gibi takip etmeyerek aleyhine hüküm tesis ettirmekte, hükmün kesinleşmesini sağlamakta ve bu suretle mallarını kaçırabilmektedir (YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3425)

¹⁷² YILMAZ (Şerh-Birinci Baskı), s. 1586.

¹⁷³ UMAR, s. 1216; BUDAK (Usul Hukuku), s. 414;

dayanarak ve yargılamanın iadesi suretiyle hakem kararının iptalini isteyebilmeleri, üçüncü kişilerin aynı zamanda HMK m.439'a göre iptal davası ikame edebilecekleri şeklinde yorumlanmamalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulması HMK kapsamında öngörülmüş olağanüstü bir kanun yolu olup MTK kapsamındaki hakem kararları bakımından yargılamanın iadesi talebinde bulunulabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Şöyle ki; HMK m. 443'de yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin, niteliğine uygun düştüğü şekilde tahkime de uygulanacağı belirtilmekte ise de MTK m. 17'de yer alan *"Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz."* şeklindeki hüküm ile MTK m. 15'de hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılacağı belirtilmiş olması ve tahkim yargılamasının taraflarının da hür iradeleriyle MTK hükümlerinin uygulanmasını tercih etmiş olmaları karşısında MTK kapsamındaki hakem kararları bakımından, yargılamanın taraflarının, yargılamanın iadesi yoluna başvurma imkanına sahip olamayacağı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, MTK kapsamındaki hakem kararları bağlamında da HMK m. 376'da belirtilen şartları haiz üçüncü kişilerin, hak arama hürriyeti kapsamında, kendilerine karşı hile yapıldığı iddiasıyla hakem kararına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurabilecekleri kanaatindeyiz. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, üçüncü kişilerin HMK m.376'ya dayanarak başvurabileceği yol olağanüstü bir kanun yolu başvurusu niteliğinde olup hakem kararlarına karşı öngörülen başvuru yolu olan iptal davası ile karıştırılmamalı ve üçüncü kişilerin (HMK m.376'ya dayanarak) yargılamanın iadesi suretiyle hakem kararının iptalini isteyebilmeleri, üçüncü kişilerin aynı zamanda MTK m.15'e göre iptal davası ikame edebilecekleri şeklinde anlaşılmalıdır.

İKİNCİ BÖLÜM

İPTAL DAVASINDA USUL HÜKÜMLERİ

I. İptal Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

HMK uyarınca iptal davası tahkim yerindeki mahkemede açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür (m. 439, 1). Buna göre, iptal davasını görmeye yetkili mahkeme, tahkim yerindeki mahkemedir. Tahkim yeri ise, tahkim yargılamasının yapılacağı, tahkim davasının görüleceği yeri ifade etmekte¹⁷⁴ olup taraflarca veya onların belirlediği kuruluşça serbestçe kararlaştırılır. Tahkim yeri konusunda taraflar arasında bir anlaşma yoksa tahkim yeri, olayın özellikleri dikkate alınarak hakem tarafından belirlenir (m.425, 1). Tahkim yeri, aynı zamanda kural olarak, tahkime müdahale ve yardım edecek mahkemenin belirlenmesi açısından da önemlidir, zira bu mahkeme tahkim yeri mahkemesidir¹⁷⁵. Tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartında tahkim yerinin belirtilmediği ve henüz hakem heyetinin de teşekkül etmediği bir aşamada; örneğin hakem seçimi için mahkemeye müracaatın gerekmesi halinde ise yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri (bölge adliye) mahkemesi olacaktır¹⁷⁶ (m. 410, 1)¹⁷⁷.

İptal davasını görmeye yetkili mahkemenin tahkim yeri mahkemesi olduğu HMK m. 439'un birinci fıkrasında açıkça vurgulanmışken, görevli mahkemenin hangisi olduğu açıkça ifade edilmemiştir¹⁷⁸. Bu sebeple, 5235 sayılı Adli Yargı

¹⁷⁴ YILMAZ (Şerh), C. 3, s.3661.

¹⁷⁵ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 589.

¹⁷⁶ BUDAK (Kanun), Adalet Komisyonu Gerekçesi, s. 568, 569.

¹⁷⁷ Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 57. maddesiyle HMK'nın 410. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

“(1) Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.”

Buna göre tahkim yargılamasında görevli mahkeme artık HMK'nın ilk halinden farklı olarak uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olacaktır.

¹⁷⁸ Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 60. maddesiyle HMK'nın 439. maddesinde

İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun “*Hukuk mahkemelerinin kuruluşu*” başlıklı 5. maddesinin mülga 3. fıkrası yeniden düzenlenmesine ilişkin hükümler¹⁷⁹ içeren 6545 sayılı (Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair) Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğu hususu doktrinde oldukça tartışılmış ve farklı görüşleri sürülmüştür.

Bu tartışmaların sebebi, HMK’nın 410. maddesinde; tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi (m.410, 1, c.1) olduğu ifade edilmiş olmasına rağmen, bölge adliye mahkemelerinin – HMK’nın yürürlük tarihi olan 1 Ekim 2010 tarihinden 20

yer alan mahkeme ifadeleri “bölge adliye mahkemesi” şeklinde değiştirilmiş olup bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte iptal davasını görmeye yetkili mahkeme artık bölge adliye mahkemesi olacaktır.

¹⁷⁹ *Hukuk mahkemelerinin kuruluşu*

Madde 5- Hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.

(Değişik ikinci fıkra: 18/6/2014–6545/45 md.) Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimlidir. (Mülga fıkra: 9/2/2011-6110/13 md.; Yeniden düzenleme: 18/6/2014–6545/45 md.) Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın;

1. İflas, iflasın ertelenmesi, iflasın kaldırılması, iflasın kapatılması, konkordato ve yeniden yapılandırmadan kaynaklanan davalara,

2. 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda hâkimin kesin olarak karara bağlayacağı işler ile davalara,

3. Şirketler ve kooperatifler hukukundan kaynaklanan genel kurul kararlarının iptali ve butlanına ilişkin davalara, yönetim organları ve denetim organları aleyhine açılacak sorumluluk davalarına, organların azline ve geçici organ atanmasına ilişkin davalara, fesih, infisah ve tasfiyeye yönelik davalara,

4. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara,

ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. Heyet hâlinde bakılacak davalarla ilgili olmak üzere, dava açılmadan önce veya açıldıktan sonra talep edilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirler de heyet tarafından incelenir ve karara bağlanır. Bu fıkra da belirtilen dava ve işler dışında kalan uyuşmazlıklar mahkeme hâkimlerinden biri tarafından görülür ve karara bağlanır. Başkan ve üye hâkimler arasında dağılıma ilişkin esaslar, işlerde denge sağlanacak biçimde mahkeme başkanı tarafından önceden tespit edilir.

Özel kanunlarla kurulan diğer hukuk mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin hükümler saklıdır.

(Değişik beşinci fıkra:17/4/2013–6460/10 md.) İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır.

Hukuk mahkemeleri buldukları il veya ilçenin adı ile anılır.

Temmuz 2016 tarihine kadar – göreve başlamamış olmaları¹⁸⁰ ve bu geçiş sürecinde; bölge adliye mahkemelerine verilen görevlerin hangi mahkemeler tarafından yerine getirileceğinin açıkça düzenlenmemiş olmasıdır. Bu boşluk, tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkemenin tespiti¹⁸¹ ve iptal davasının hangi mahkemede açılacağı konularında tartışmalar yaşanmasına sebep olmuştur^{182 183}.

Kimi yazarlara göre, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar; HMK'nın Geçici 3. maddesinin 3. fıkrasıyla bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun 6100 sayılı Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme dikkate alınarak (ve ayrıca HMK m. 2 uyarınca, aksine düzenleme bulunmadıkça, dava ve işler bakımından genel görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olmasından hareketle) iptal davaları, asliye hukuk mahkemesinde görülmelidir¹⁸⁴. Kimi yazara göre de temel ilişki TTK m. 5

¹⁸⁰ 07.12.2015 tarih ve 29525 sayılı R.G.'de, yayımlanan, Bölge Adliye Mahkemeleri (ve Bölge İdare Mahkemelerinin) Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar'da, bölge adliye mahkemeleri (ve bölge idare mahkemeleri) 20.07.2016 tarihinde tüm yurttan göreve başlayacağı kararlaştırılmıştır.

¹⁸¹ Detaylı açıklama için bkz. Sema TAŞPINAR AYVAZ (Asliye Ticaret Mahkemeleri), s. 779-811.

¹⁸² TAŞPINAR AYVAZ (Asliye Ticaret Mahkemeleri), s. 213-215.

¹⁸³ Ancak, Yargıtay 11. HD.'nin 30.03.2017 T., 2016/8238 E., 2017/1923 K. sayılı kararında 5235 sayılı Kanuna hiç değinilmeden hakem kararına konu uyuşmazlığın ticari olması sebebiyle iptal davasının da ticari dava sayılacağı gerekçesiyle HMK'nın 439. maddesine göre Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davada verilen iptal isteminin reddine dair kararın temyizi üzerine aşağıdaki gerekçeyi havi bir bozma kararı verilmiştir:

“1-) Dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun 5. maddesi uyarınca, ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işleri dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesinde görülür. Yine, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve dair usul hükümleri uygulanır. 6100 Sayılı HMK'nın 1/1. maddesi gereğince de mahkemelerin görevi, kanunla düzenlenir ve göreve dair kurallar, kamu düzenine ilişkindir.

Dava, 09.11.2015 tarihli hakem kararının iptali istemine dair olup, dava dışı limited şirket ortakları olan taraflarca, alınan şirket ortaklar kurulu kararları ile anlaşmalara aykırılık halinde çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi kararlaştırılmış, tahkime dair şartların düzenlendiği protokolde söz konusu limited şirket ortaklar kurulu kararları ile anlaşmalara aykırılık halinde tarafların cezai şart ödeyeceği belirlenmiştir. Belirlenen cezai şartın tahsili amacıyla tahkime başvurulmuş, hakem heyetinin ret kararının ardından eldeki hakem kararının iptali davası açılmıştır. Bu suretle, uyuşmazlık limited şirket ortakları olan tarafların yine şirket ortaklar kurulunda alınan kararların ve anlaşmaların ihlaline dayanarak açılan hakem kurulu kararının iptali davası ticari dava sayılacağından, mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.” (www.kazanci.com)

¹⁸⁴ TAŞPINAR AYVAZ (Asliye Ticaret Mahkemeleri), s. 215; MUŞUL, s. 669; BUDAK (Yenilikler), s.61; BUDAK, (Tahkim Hükümleri), s.55,56; VURALOĞLU, s. 1062, SÜRAL, s. 1391.

bağlamında ticari nitelikteyse iptal davası da asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir¹⁸⁵.

Karslı ise tüm bu görüşlerden çok daha ayrık olarak, HMK'nın, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin hükümlerinin uygulamaya devam olunacağına dair hükmünden (m. Geçici 3/1) hareketle, bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçene kadar iptal davası açmanın mümkün olmadığını, HUMK'nın temyiz hükümlerinin geçerli olmaya devam edeceğini savunmuştur¹⁸⁶.

Karslı'nın bu görüşü bazı Yargıtay kararlarında benimsenmişse de bu kararlar incelendiğinde Yargıtay'ın hareket noktasının taraflarca seçilmiş olan hukuk olduğu görülmektedir. Nitekim karar gerekçesinde de bu husus;

“Tahkim şartını düzenleyen sözleşmenin 23. maddesinde, ... hakemlerin uyuşmazlığı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca halledecekleri kararlaştırılmıştır. Bu düzenlemenin dışında tahkimle ilgili taraflar arasında yeni bir sözleşme ve ihtilâfın Hukuk Mahkemeleri Kanunu'na göre çözümlenmesini kabul ettiklerine dair bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülmemiştir. Her iki tarafın da iptâl davası açmış olması nedeniyle iradelerin birleştiği düşünülebilir ise davaları açan vekillerin vekâletnamelerinde sözleşme hükümlerini değiştirmek ve tahkim anlaşması yapmak konusunda özel yetkileri bulunmadığından yeni bir tahkim sözleşmesi oluşturulduğu ve sözleşmenin değiştirildiği kabul edilemez.

Her ne kadar, tahkim şartı ya da sözleşmesi yargılamanın kimin tarafından yapılacağına ilişkin olduğundan usul sözleşmesi niteliğinde ise de, bu sözleşmenin kurulması ve geçerliliği maddi hukuk işlemidir. Buna göre maddi hukuk alanında yapılan yeni kanunlar yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri hükümsüz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldıkları tarihteki kanun hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay İçtihatlarının kabulindedir.

Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme, maddi hukuk işlemi olup taraflar uyuşmazlığın hakem heyetince ve açıkça Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre çözümü kabul ettikleri ve bu sözleşme geçerli olup tarafları bağlayıcı olduğundan olayda sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerektiği, somut olayda 6100 Sayılı HMK'nın 439. maddesinde hakem kararlarına karşı sadece iptâl davası açılabileceği hükmünün

¹⁸⁵ KALPSÜZ (Tahkim), s. 148; KARADAŞ, s. 215; aksi yöndeki görüş için bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 215; SÜRAL, s. 1390.

¹⁸⁶ KARSLI, s. 939.

uygulama olanağı bulunmadığı ve tarafların iradesi ile uygulanmasını kabul ettikleri HUMK'nın 516 ve devamı maddelerinde hakem kararına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden, mahkemece iptâl davasının bu sebeple reddi gerekirken bu husus üzerinde durulmadan işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur.”¹⁸⁷

şeklinde açıklanmış olup bir başka kararda da benzer mahiyetteki şu gerekçeye ver verilmiştir:

“... Hakem davası 13.05.2010 günü açılmıştır. Tahkim şartını düzenleyen sözleşmenin 67.3. maddesinde uyuşmazlıkların Uluslararası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü hükümlerince ve bu tüzüğe göre atanan bir veya daha çok hakemce halledileceği, sözleşme özel şartlar başlıklı bölümün 4. sayfa 5.1.b. maddesinde uygulanacak kanunların, hukuken geçerli kanunlar ve Türkiye Cumhuriyetinde yürürlükte olan kanunlar olacağı kabul edilmiştir. Bu düzenleme dışında tahkimle ilgili taraflar arasında yeni bir sözleşme ve ihtilafın HMK'ya göre çözümlenmesini kabul ettiklerine dair bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülmemiştir. Hakem kararında 6100 Sayılı HMK'nın 448. maddesinde düzenlenen derhal uygulanır kuralı gereğince aynı Kanun'un 439. maddesinde öngörülen kanun yolu açık olmak üzere karar verildiği belirtilmiş ise de bu hakemin yorumu olup tek başına hakem kararına karşı iptâl davası açılabileceği sonucunu doğurmaz.

... Tahkim şartı ya da sözleşmesi yapılması maddi hukuk işlemi olduğundan sonradan çıkartılan yeni kanunlar, düzenlendiği tarihte yürürlükte bulunan kanuna göre geçerli olarak kurulan sözleşmeleri ve sözleşme hükümlerini geçersiz hale getirmez. Maddi hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldığı tarihteki yasa hükümlerine tabi olduğu doktrin ve Yargıtay içtihatlarında tartışmasız kabul edilmektedir.

Bu durumda tahkim şartını da ihtiva eden yanlar arasındaki sözleşme maddi hukuk işlemi olduğu, taraflar uyuşmazlığın hakemde ve açıkça geçerli kanunlar, (Türkiye Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan kanunlar uygulanacaktır.) denilmek suretiyle, sözleşmenin yapıldığı tarihte o kanun yürürlükte ve geçerli olduğundan HUMK'ya göre çözümünü kabul ettikleri ve bu sözleşme halen geçerli ve taraflar için bağlayıcı bulunduğundan sözleşme tarihindeki maddi ve usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Somut olayda 6100 Sayılı HMK'nın 439. maddesiyle getirilen hakem kararlarına karşı sadece iptâl davası açılabileceği hükmünün uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Tarafların iradesiyle uygulanmasını kabul ettikleri Türk Kanunları arasında olan HUMK'nın 516 ve devamı maddelerinde iç tahkim davası sonucu verilen hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurulabileceği kabul edildiğinden, iptâl davasının bu sebeple reddi gerekirken belirtilen husus gözden kaçırılarak işin esası incelenip kabul kararı verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur.”¹⁸⁸

¹⁸⁷ Yargıtay 15. HD. 17.5.2013 T.; 2013/136 E., 2013/3211 K. (www.kazanci.com)

¹⁸⁸ Yargıtay 15.HD. 09.01.2014 T.; 2013/2388 E., 2014/113 K. (www.kazanci.com)

Görüldüğü üzere, Yargıtay tarafından hakem kararlarına karşı iptal davası açılması yerine temyiz yoluna başvurulması gerektiğine işaret edilirken esas alınan kriter, tahkim şartını ihtiva eden sözleşmelerde atıf yapılan kanun/sözleşmenin akdedildiği tarihte olan usul kanunu olup bölge adliye mahkemelerin faaliyete geçip geçmediği hususu kararların itirazında etkili olmamıştır. Kaldı ki, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 28.11.2013 tarih ve 2012/7084 E., 2013/21572 K. sayılı kararında “*temyiz edilen karar Hakem Heyeti tarafından verilen 23.11.2011 tarihli ve milli tahkime tabi karar olup, 6100 sayılı HMK’nın 451. maddesindeki yürürlük hükmü ile 448. maddesindeki bu Kanun hükümleri tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı hükmü uyarınca yapılan değerlendirmede karar tarihi itibarıyla bu Kanun’un tahkime ilişkin hükümleri yürürlüğe girmiş olup, Kanun’un 439. maddesi uyarınca hakem kararına karşı yalnızca tahkim yerindeki mahkemede iptal davası açılması mümkün olduğundan*” şeklindeki gerekçeye yer verilerek, HMK’nın anılan 451. ve 448. maddelerine de atıfla temyiz isteminin reddine karar verilmiş ve 6100 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte, bu tarihten sonra verilecek hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabileceği açıkça ifade edilmiştir¹⁸⁹.

6545 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte iptal davasını görmeye yetkili mahkemenin hangi mahkeme olduğuna veya bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçene kadar iptal davası açmanın mümkün olup olmadığına dair tartışmalar sona ermiştir. Zira, 6545 sayılı Kanunun 45. maddesiyle, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun “*Hukuk mahkemelerinin kuruluşu*” başlıklı 5. maddesinin mülga 3. fıkrası yeniden düzenlenerek, HMK ve MTK’ya göre yapılan tahkim yargılamasında *tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına,*

¹⁸⁹ www.kazanci.com; Yargıtay 15. HD. tarafından tahkim anlaşmasında atıf yapılan kanunun (açıkça ya da dolaylı olarak) HUMK olmasından hareketle verdiği kararlar ile Yargıtay 11. HD.’nin 28.11.2013 T; 2012/7084 E., 2013/21572 K. sayılı kararı arasında, HMK’nın tahkime ilişkin hükümlerinin, HMK m. 439’un zaman bakımından uygulanması noktasında içtihat farklılığı bulunduğu görülmekte olup Yargıtay 15. HD., HUMK döneminde akdedilen tahkim anlaşmalarına istinaden verilen hakem kararı hakkında HMK m. 439’a göre iptal davası açılmayacağı içtihat ederken Yargıtay 11. HD. usul kanunlarının derhal uygulanması ilkesinden hareketle iptal davası açılabileceğini belirtmektedir. Ancak, karar metinlerinden de anlaşıldığı üzere içtihat farklılığının nedeni iptal davasında görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi mi yoksa başka bir mahkeme mi olduğuna ilişkin olmayıp, HMK m 439’un zaman bakımından uygulanmasına ilişkindir. Bilindiği kadarıyla bu içtihat farklılığının giderilmesi için içtihadı birleştirme yoluna başvurulmuştur.

hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılacağı, yargılama safhalarının bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülüp sonuçlandırılacağı hükme bağlanmış ve bu surette HMK ve MTK'ya tabi olarak yürütülmüş tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarına karşı açılacak iptal davalarının asliye ticaret mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir¹⁹⁰.

5235 sayılı Kanunda yapılan yeniden düzenlemeyle HMK ve MTK'ya göre yapılan tahkim yargılamasında tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılacağı hükme bağlanmışsa da bu düzenlemeyle, HMK m. 410 ve m. 439, MTK m. 3 ve m. 15/A hükümlerinin yani, tahkim yargılamasında ve iptal davasında göreve ilişkin olarak HMK ve MTK'da yer alan mevcut düzenlemelerin ilga edilip edilmediğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, özellikle 5235 sayılı Kanunun 5/III. maddesiyle asliye ticaret mahkemesince heyet halinde görüleceği belirtilen tahkim şartına ilişkin itirazlar hakkındaki davalar, ,hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ve iptal davaları, bakımından HMK ve MTK hükümlerinin zımnen ilga edildiği kabul edilse bile madde metninde açıkça zikredilmeyen ve fakat HMK veya MTK kapsamındaki tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen diğer işler yönünden görevli mahkemenin hangi mahkeme olacağı – HMK ve MTK'nın konuya ilişkin düzenlemelerini ilga eden bir düzenleme bulunmadığından – tartışmaya açık bırakılmıştır. Zira, 5235 sayılı Kanunun 5/III.

¹⁹⁰ Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 60. maddesiyle HMK'nın 439. maddesinde; *“MADDE 60- 6100 sayılı Kanunun 439 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “tahkim yerindeki mahkemede” ibaresi “tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde” şeklinde, beşinci fıkrasında yer alan “mahkeme” ibaresi “bölge adliye mahkemesi” şeklinde değiştirilmiş ve yedinci fıkrasına “(b),” ibaresinden sonra gelmek üzere “(c),” ibaresi eklenmiştir.”*

şeklinde düzenlemeler yapılmış; 53. maddesiyle MTK'nın 15. maddesinde yer alan mahkeme ifadeleri “bölge adliye mahkemesi” şeklinde değiştirilmiş; 55. maddesiyle de 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan “iptal davalarına,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Buna göre 7101 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte hem HMK hem de MTK kapsamındaki iptal davalarını görmeye yetkili mahkeme artık bölge adliye mahkemesi olacaktır.

maddesinde HMK ve MTK'ya göre yapılan tahkim yargılamasında hangi itiraz ve davalara asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılacağı sayma suretiyle ifade edilmiştir. Ancak, tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler bununla sınırlı olmayıp örneğin, HMK m.427'ye göre mahkemeden tahkim süresinin uzatılması yönünde talepte bulunulması gerektiği hallerde görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi mi olacağı yoksa asliye ticaret mahkemesi mi olacağı – 6545 sayılı Kanunun gerekçesinde de bu konuda bir açıklık bulunmadığından – açığa kavuşturulmamıştır¹⁹¹.¹⁹². Ayrıca, doktrinde 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinin göreve ilişkin bir düzenleme olmadığına ilişkin görüşler de ileri sürülmüştür. *Ekşi*¹⁹³, 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinde yapılan yeniden düzenlemenin göreve ilişkin bir madde düzenlemesi olmadığını ve tenfiz davalarında görevli mahkemeye etkisi olmadığını, düzenlemenin tek etkisinin yabancı hakem kararının içeriği ve tarafları göz önüne alındığında asliye ticaret mahkemesinde açılacak olan tenfiz davasının, asliye ticaret mahkemesi hakemlerinin biri tarafından değil heyet olarak görülecek olması olduğunu belirtmektedir¹⁹⁴. Ancak, HMK m. 410, m. 439 (MTK m. 3, m. 15/A) ve 5235 sayılı Kanunun 5/III. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinin, 3. fıkrasının 4. bendinde yer alan ve hakem kararlarının iptali davalarına ticaret mahkemelerinin bakacağına ilişkin düzenlemenin bilhassa göreve ilişkin bir düzenleme olduğunu söylemenin daha doğru olduğu kanaatindeyiz¹⁹⁵.

¹⁹¹ Konu hakkındaki detaylı açıklamalar için bkz. TAŞPINAR AYVAZ (Asliye Ticaret Mahkemeleri) s. 469-482; ÖZBAY, (Zaman Bakımından Uygulama) s. 798.

¹⁹² Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 57. maddesiyle HMK'nın 410. maddesi;

“(1) Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.”

şeklinde değiştirilmiş olup buna göre; 7101 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte tahkimde görevli mahkeme ya da tahkim yargılamasında yardım alınacak mahkeme uyumsuzluğun konusuna göre asliye ticaret mahkemesi ya da asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

¹⁹³ EKŞİ (Görevli Mahkeme), s. 381-396.

¹⁹⁴ EKŞİ (Görevli Mahkeme), s. 395.

¹⁹⁵ Aynı yönde Yargıtay 11. HD., 25.01.2016 T., 2016/148 E., 2016/708 K. sayılı kararı: “1-) Dava, hakem kurulu kararının iptali istemine dair olup mahkemece yazılı şekilde yetkisizlik kararı verilmiştir.

5235 Sayılı Kanun'un 6545 Sayılı Kanun'un 45. maddesiyle değişik 5. maddesinde 12/1/2011 tarihli ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına dair itirazlara, iptal davalarına,

İptal davasına ilişkin olarak 6545 sayılı Kanun ile 5235 sayılı Kanunda yapılan yeniden düzenleme, MTK'ya tabi tahkim yargılamaları neticesinde verilen iptal davalarının asliye hukuk mahkemesinde mi asliye ticaret mahkemesinde mi açılacağına ilişkin – özellikle ilk derece mahkemeleri nezdinde yaşanan¹⁹⁶ – tartışmalara da son vermiştir. 5235 sayılı Kanunun 5/III. maddesine göre MTK'ya tabi tahkim yargılamasında verilen kararlara karşı açılacak iptal davaları bakımında da asliye ticaret mahkemesinde görevlidir¹⁹⁷. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, 5235 sayılı Kanunun 5/III. maddesinin - 6545 sayılı Kanunun 45. maddesiyle - yeniden düzenleme sırasında tahkim yargılamasında göreve ilişkin olarak MTK'da yer alan mevcut düzenlemelerin (MTK m. 3 ve m. 15/A) ilga edilip edilmediğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, iptal davaları yönünden görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu belirlenmişse de MTK'da tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen diğer işler yönünden görevli mahkemenin hangisi olacağı da kanaatimizce tartışmaya açık bırakılmıştır. Çünkü, MTK m. 3/I uyarınca, bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer

hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara dair tüm yargılama safhalarının, asliye ticaret mahkemelerinde bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütüleceği ve sonuçlandırılacağı düzenlenmiştir. Görev hususu kamu düzenine dair olup yargılamanın her safhasında mahkemece resen gözetilmelidir. Bu itibarla mahkemece, öncelikle görev hususunun gözetilip asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yetkisizliğe dayalı olarak davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın bozulmasını gerektirmiştir.” (www.kazanci.com)

¹⁹⁶ İptal davasına bakmakla görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi mi asliye ticaret mahkemesi mi olduğu Yargıtay içtihatlarına konu olmuştur: Yargıtay 15. HD., 21.09.2010 T., 2010/4040 E., 2010/4663 K.; Yargıtay 11. HD., 15.03.2012 T., 2012/2110 E., 2012/3915 K.. (Corpus Mevzuat ve İchtihat Veri Bankası)

¹⁹⁷ Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 53. maddesiyle MTK'nın 15. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

“MADDE 53- 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15 inci maddesinin (A) fıkrasının birinci bendinin ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde, ikinci bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan “Mahkemece” ibaresi “Bölge adliye mahkemesince” şeklinde, altıncı bendinde yer alan “mahkeme” ibaresi “bölge adliye mahkemesi” şeklinde ve yedinci bendinin birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür.”

“İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir.”

Buna göre 7101 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte MTK kapsamındaki iptal davalarını görmeye yetkili mahkeme de artık bölge adliye mahkemesi olacaktır.

asliye hukuk mahkemesi; bunlar yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görev ve yetkili olup TTK m. 5 uyarınca da artık asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümü değil, görev ilişkisidir ve kanunda açıkça asliye hukuk mahkemelerine verilen görevlerin, asliye ticaret mahkemelerince yerine getirilmesine imkan bulunmamaktadır¹⁹⁸.

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, MTK hükümleri esas alınarak oluşturulmuşsa da yer yer MTK'da yer alanlardan farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. İptal davasına ilişkin ilk farklılık ise yukarıdaki anlatımlardan da anlaşılacağı üzere görevli ve yetkili mahkemeye ilişkindir. 5235 sayılı Kanunun 5/III. maddesinin yeniden düzenlemesi neticesinde bu farklılık ortadan kalkmışsa da başlangıçta, HMK uyarınca iptal davasını görmekle görevli mahkeme bölge adliye mahkemesi olarak öngörüldüğü halde, MTK'ya göre görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (MTK m.15/A/c.2)¹⁹⁹. Doktrinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki ve dolayısıyla henüz asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin işbölümü ilişkisi olduğu dönemde, MTK uyarınca iptal davasını görmekle görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönünde görüş birliği bulunmaktaydı²⁰⁰. Ancak 6102 sayılı TTK'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi

¹⁹⁸ Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 54. maddesiyle MTK'ya;

“Uyuşmazlığın konusuna göre görevli mahkeme

EK MADDE 1- Bu Kanunda asliye hukuk mahkemesine verilen görev ve yetkiler, uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından kullanılır.”

şeklinde bir ek madde eklenmiş olup buna göre; 7101 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte MTK'ya tabi tahkimde görevli mahkeme ya da tahkim yargılamasında yardım alınacak mahkeme uyuşmazlığın konusuna göre asliye ticaret mahkemesi ya da asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

¹⁹⁹ UNCITRAL Model Kanununun 34. maddesinin II. fıkrası, hakem kararının iptali yönünde başvuruda bulunulacak olan görevli ve yetkili mahkeme için aynı Kanununun 6. maddesine gönderme yapmaktadır. Model Kanununun 6. maddesi, mahkemelerin tahkime müdahale ettikleri bütün haller için geçerli olmak üzere hangi mahkeme veya mahkemelerin görevli ve yetkili olduğu ile ilgilidir. 6. madde uyarınca, UNCITRAL Model Kanununu iktibas eden her devlet, görevli ve yetkili mahkeme veya mahkemeleri kendisi tespit edecektir. Bu konuda görevli ve yetkili mahkeme olarak, ülke mevzuatlarında, genelde ilk derece mahkemenin tercih edildiği görülmektedir. LDIP'nin 191. maddesinde ise iptal davasını görece mercî İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede, hakem kararlarına karşı açılacak iptal davalarının Yargıtay'da görülmesinin daha isabetli olacağı yönündeki görüşleri için bkz. KALPSÜZ (Tahkim), s. 129, AYGÜN, s. 684.

²⁰⁰ AKINCI (Tahkim), s.251, KALPSÜZ (Tahkim), s.148., ŞANLI, s.321

ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu ve bu durumda göreve ilişkin usul hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. TTK'da yapılan bu düzenleme ile asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümü ilişkisi olmaktan çıkarak görev ilişkisi haline gelmiştir²⁰¹. Bu durumda, eğer 5235 sayılı Kanunun 5/III. maddesinde MTK kapsamındaki iptal davalarının asliye ticaret mahkemesinde görüleceği açıkça düzenlenmemiş olmasaydı, MTK kapsamında açılacak iptal davaları yönünden görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğundan söz edilemeyecekti. Zira, MTK m. 15/A'da açıkça görevli mahkemenin, asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir ve artık asliye hukuk mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişki işbölümü değil görev ilişkisidir²⁰².

²⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. KURT KONCA, s.79-125; ERCAN, s.111-118; DELİDUMAN/ ORUÇ, s.99-109, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001563/5000000547> (Erişim: 05.06.2017)

²⁰² Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinde ve MTK'da aşağıdaki şekilde değişiklikler yapılmak suretiyle hem iptal davasında görevli mahkemeye, hem de tahkimde görevli mahkemeye ya da tahkim yargılamasında yardım alınacak mahkemeye ilişkin HMK ve MTK hükümleri birbiri ile uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır ve bu düzenlemelere paralel olarak 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinin üçüncü fıkrasından da "iptal davalarına" ibaresi çıkarılmıştır:

"MADDE 53- 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15 inci maddesinin (A) fıkrasının birinci bendinin ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde, ikinci bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "Mahkemece" ibaresi "Bölge adliye mahkemesince" şeklinde, altıncı bendinde yer alan "mahkeme" ibaresi "bölge adliye mahkemesi" şeklinde ve yedinci bendinin birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür."

"İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir."

MADDE 54- 4686 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

"Uyuşmazlığın konusuna göre görevli mahkeme

EK MADDE 1- Bu Kanunda asliye hukuk mahkemesine verilen görev ve yetkiler, uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından kullanılır."

MADDE 55- 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan "iflasın ertelenmesi," ibaresi ile (4) numaralı bendinde yer alan "iptal davalarına," ibaresi madde metninden çıkarılmış, (1) numaralı bendinde yer alan "kaynaklanan davalara" ibaresi "kaynaklanan iş ve davalara" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 57- 6100 sayılı Kanunun 410 uncu maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"(1) Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir."

MADDE 60- 6100 sayılı Kanunun 439 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan "tahkim yerindeki mahkemede" ibaresi "tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde" şeklinde, beşinci fıkrasında yer alan

İptal davasına ilişkin olarak, HMK hükümleri ile MTK hükümleri arasındaki bir diğer farklılık ise iptal davasında yetkili mahkemeye ilişkindir. HMK'ya göre iptal davası tahkim yeri mahkemesinde görülür (m.439, 1) MTK m.15/A'da ise iptal davasının yetkili mahkemede açılacağı belirtilmekle yetinilmiştir. Bu durumda Kanunun tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi belirleyen 3. maddesine başvurmak gerekecektir. MTK m. 3/1 uyarınca, bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; bunlar yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görev ve yetkilidir. Buna göre, MTK kapsamındaki iptal davasını görmeye yetkili mahkeme, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi, bunlar yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi'dir²⁰³.

Bu başlık altında son olarak değinmek istediğimiz bir husus da iptal davasında ve tahkim yargılamasında görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin olarak yapılmak istenen mevzuat değişiklikleridir. Bu değişiklikler önce, Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağında²⁰⁴ yer almış, sonrasında ise bu Taslakta yer alan değişiklik önerileri "İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı"²⁰⁵ kapsamına alınmıştır²⁰⁶. Anılan Tasarı ile HMK'nın 410. maddesinin birinci fıkrasının "(1) Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı

"mahkeme" ibaresi "bölge adliye mahkemesi" şeklinde değiştirilmiş ve yedinci fıkrasına "(b)," ibaresinden sonra gelmek üzere "(c)," ibaresi eklenmiştir."

²⁰³ Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 54. maddesiyle MTK'ya;

"Uyuşmazlığın konusuna göre görevli mahkeme

EK MADDE 1- Bu Kanunda asliye hukuk mahkemesine verilen görev ve yetkiler, uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından kullanılır."

şeklinde bir ek madde eklenmiş olup buna göre; 7101 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte MTK'ya tabi tahkimde görevli mahkeme ya da tahkim yargılamasında yardım alınacak mahkeme uyuşmazlığın konusuna göre asliye ticaret mahkemesi ya da asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

²⁰⁴ [http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/HMK%20%20TASARI%20%20DÜZ%20METİN%20VE%20GEREKÇELER%20\(2\).pdf](http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/HMK%20%20TASARI%20%20DÜZ%20METİN%20VE%20GEREKÇELER%20(2).pdf) (Erişim: 10.11.2017)

²⁰⁵ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss524.pdf>; Hükümetçe "Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" olarak teklif edilen metin Adalet Komisyonu tarafından "İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı" olarak kabul edilmiştir.

²⁰⁶ Bahsettiğimiz bu Tasarı, tezin savunulmasından sonra (28.02.2018 tarihinde) yasalaşan 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a ait tasarıdır.

belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.” şeklinde değiştirilmesi; iptal davasında görevli mahkemeye ilişkin olarak ise 439. maddenin birinci fıkrasında yer alan “tahkim yerindeki mahkemede” ibaresinin “tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde” şeklinde, maddenin beşinci fıkrasında yer alan “mahkeme” ibaresinin de “bölge adliye mahkemesi” şeklinde değiştirilmesi öngörülmektedir. Bu değişiklik önerilerine paralel olarak 5235 sayılı Kanunun 5. maddesinin 3. fıkrasının 4. bendinde yer alan “iptal davalarına” ibaresinin yürürlükten kaldırılması, MTK'ya “Bu Kanunda asliye hukuk mahkemesine verilen görev ve yetkiler, uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından kullanılır.” şeklinde bir ek madde eklenmesi ve yine MTK'nın 15. maddesinde de iptal davasını görmekle görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi olduğu yönünde değişiklik yapılması hususları yer almaktadır.

Tasarının bu haliyle kabul edilmesi durumunda, gerek HMK ve gerekse de MTK'ya tabi tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararlarına karşı açılacak iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak bölge adliye mahkemelerinde görülecek ve bölge adliye mahkemelerince verilecek kararlara karşı da temyiz yoluna başvurulacaktır. Ancak, yine hem HMK hem de MTK'ya tabi tahkim yargılamalarında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işler için görevli mahkeme konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi olacaktır²⁰⁷.

II. İptal Davası Açma Süresi ve Davanın Tarafları

İptal davası, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde açılmalıdır (HMK m.439,

²⁰⁷ 177, 178, 190, 192, 197, 198, 202, 203 no.lu dipnotlarda belirttiğimiz üzere Tasarı bu haliyle ve 7101 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” adıyla kanunlaşmıştır.

4/c.1,2). Hakem kararları, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilir. Kararın aslı dosya ile birlikte mahkemeye gönderilir ve mahkemece saklanır (HMK m.436,3). Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça tebligatlar, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır (HMK m.438)²⁰⁸.

İptal davası açma süresi hakem kararının bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayabileceği gibi, HMK'nın 437. maddesine göre hakem kararına karşı taraflardan birinin, maddi hataların düzeltilmesi ya da tavzih talebinde bulunması, hakem kararındaki maddi hataların hakem veya hakem kurulunca kendiliğinden düzeltilmesi yahut taraflardan birinin tamamlayıcı hakem kararı verilmesini istemesi hallerinde düzeltme, tavzih veya tamamlama kararların bildiriminden itibaren başlar (HMK m.439, 4)²⁰⁹. Ancak *Umar'a* göre, HMK m. 439'un 4. fıkrasının lafzına rağmen, iptal davası açma süresi hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten işlemeye başlamaz. Süre hakem kararının kendisi ya da tavzih, düzeltme yahut tamamlama kararlarının her biri için, o kararın iptal davasının davacısına bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar ve o kişi bu sürelere riayet

²⁰⁸ BUDAK, Hakemler tarafından yapılacak tebligatın kazai tebligat sayılması gerektiği görüşündedir (Usul Hukuku, s. 410); ayrıca, 7201 sayılı Tebligat Kanununun ve Tebliğe ilişkin hükümlerin tahkimde uygulama yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOVA, s. 97-128.

²⁰⁹ Yargıtay 11. HD.'nin tamamlayıcı hakem kararının iptal davası açma süresine etkili olduğu hakkındaki kararı şöyledir: "... Somut olayda, 10/03/2014 tarihli hakem kararı taraflara 01/04/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, ... tarafından hakeme verilen itiraz dilekçesi üzerine 02/12/2014 tarihli ek karar verilmiş, işbu ek karar eldeki davanın davacılarına tebliğ edilmemiştir. Bahsi geçen ek karar incelendiğinde, bir kısım dosyalar ile vergi incelemelerinin akibetinin bildirilmesi, kıymet takdiri için keşif yapılması gibi ara kararlar verildiği, bu ara kararlar yerine getirilip bir hüküm verilinceye kadar 10/03/2014 tarihli kararın infazının durdurulmasına, şirketin satışı için ...'e satış yetkisi verilmesine, sair itirazların ise reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Hakem tarafından verilen ek karar yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konulara dair bulunmamakta, ilk hakem kararının infazının durdurulmasına, bir kısım eksikliklerin giderilerek yeniden araştırma ve hakem yargılaması yapılmasına yönelik kararlar içerdiğinden HMK'nın 437. maddesinin 4. bendinde yer alan tamamlayıcı hakem kararı niteliğinde değildir. Dolayısıyla 10/03/2014 tarihli hakem kararının iptali için açılacak dava süresine bir etkisi bulunmamaktadır. HMK'nın 439/4. maddesi uyarınca 10/03/2014 tarihli hakem kararının iptali davasının adı geçen kararın tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde açılması gerekmekte olup, davacılar işbu hakem kararının 01/04/2014 tarihine tebliğ edilmesine rağmen iptal davasının 1 aylık süreden sonra 18/11/2015 tarihinde açıldığı, yani hak düşürücü sürede açılmadığı, davanın bu sebeple reddine karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu suretle, mahkemece davanın reddine dair olarak verilen karar sonucu itibarıyla doğru olduğundan 6100 Sayılı HMK'nın geçici 3. maddesi delaletiyle, 1086 Sayılı HUMK 438. maddesinin son fıkrası uyarınca kararın gerekçesi düzeltilmek suretiyle onanmasına karar vermek gerekmiştir. ..." Yargıtay 11. HD., 30.03.2017 T., 2016/3303 E., 2017/1922 K. (www.kazanci.com)

etmelidir²¹⁰. Taraflar hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini veya karara ilişkin belirli bir konunun veya kararın bir bölümünün tavzihini, kararının kendisine bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde isteyebilir (HMK m.437, 1). Karşı tarafın görüşünü alan hakem veya hakem kurulu, bu talebi haklı bulursa, talep tarihinden itibaren bir ay içinde kararındaki maddi hatayı düzeltir veya kararın tavzihini yapar. İcap ederse, bu süre hakem veya hakem kurulunca uzatılabilir (HMK m. 437,2). Hakem veya hakem kurulu, karardaki maddi hataları karar tarihini izleyen iki hafta içinde kendiliğinden de düzeltebilir (HMK m.437, 3). Ayrıca taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu, talebi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını bir ay içinde verir. İcap ederse, bu süre hakem veya hakem kurulunca en fazla bir ay uzatılabilir (HMK m.437, 4). Düzeltme, tavzih ve tamamlama kararları da taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur (HMK m.437, 5).

MTK'da iptal davası açma süresi yönünden farklı bir prensip belirlenmemiş olup Kanunun 15. maddenin A fıkrasının IV. bendine göre, iptal davası otuz gün içinde açılabilir ve bu süre hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. UNCITRAL Model Kanununun 34/3. maddesine göre bu süre, hakem kararının alınması, düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanmasından itibaren üç aydır. Bu sürenin kısaltılmış olması tahkimin hızlı sonuç vermesi bakımından isabetlidir²¹¹. MTK'da, kararların taraflara nasıl bildirileceği ve hakem kararlarına karşı hangi hallerde düzeltme, yorum ya da tamamlayıcı karar verilmesi talep edilebileceği 14. maddede düzenlenmiştir. HMK'da olduğu gibi, MTK uyarınca da hakem kararları, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilir (MTK m.14/A/III). Taraflar, giderini ödemek koşuluyla hakem kararının asliye hukuk mahkemesine gönderilmesini isteyebilir. Bu durumda karar ve dava dosyası, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından asliye hukuk

²¹⁰ UMAR, s. 1208, 1209.

²¹¹ AKINCI (Tahkim), s. 258.

mahkemesine sunulur ve mahkemece kalemde saklanır (MTK m.14/A/IV). Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça herhangi bir yazılı bildirim, gönderilenin bizzat kendisine ya da gönderilenin yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine teslim edildiği takdirde alınmış sayılır. Gerekli araştırma yapılmasına rağmen yukarıdaki bildirim yerlerinden hiçbirinin bulunamaması hâlinde, gönderilenin bilinen son yerleşim yerine, olağan oturma yerine, iş yerine veya posta adresine taahhütlü mektupla veya teslim teşebbüsünün belgelendiği herhangi bir başka vasıta ile gönderilen yazılı bildirimler alınmış sayılır. Yazılı bildirim, öngörülen şekillerde teslim edildiği tarihte alınmış sayılır. Bu hükümler mahkemelerce yapılan tebligata uygulanmaz (MTK m.14/C)²¹². Hakem kararının, hakem veya hakem kurulunca taraflara tebliğ edilmemiş olması halinde tebligat mahkeme kanalı ile yapılır. İptal davası açma süresi kararın tebliğinden itibaren başlayacağından, bu tarihin her türlü şüpheden uzak olarak tespit ve ispat edilebilir olması önemlidir. Bu sebeple, tebligatın mahkemece yapılmasının tercih edilmesi daha doğrudur²¹³. Hakem kararını tebliğ alan taraflardan biri, MTK m. 14/B’de belirtilen süreler içerisinde, hakem kararının düzeltilmesini, yorumlanmasını ya da tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu da karardaki maddi hataları kendiliğinden düzeltebilir.

Taraflardan birinin, hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini veya kararın tümünün veya bazı bölümlerinin yorumlanmasını isteyebilmesi için MTK’da öngörülen süre, HMK’daki düzenlemeden farklı olarak, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren otuz gündür (MTK m.14/B) Karşı tarafın görüşünü alan hakem veya hakem kurulu, bu istemi haklı bulursa, istem tarihinden itibaren otuz gün içinde kararındaki maddi hatayı düzeltir veya kararın yorumunu yapar (MTK m.14/B/II). Hakem veya hakem kurulu, karardaki maddî hataları karar tarihini izleyen otuz

²¹² “UNCITRAL Model Kanunu’nun 3.maddesindeki yazılı bildirimlerin alınması ile ilgili hüküm Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda 14/C maddesinde yer bulmuştur. Bu düzenleme ile Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi olan tahkimde, Tebligat Kanunu uygulanmayacaktır.” (BOZKURT YÜKSEL (Model Kanununa Genel Bir Bakış), s. 161); MTK’nın 14/C maddesi hükmünün detaylı bir değerlendirmesi için bkz. YEŞİLOVA, s.115-122.

²¹³ AKINCI (Tahkim), s. 258; KALPSÜZ(Tahkim), s. 149.

gün içinde kendiliğinden de düzeltilebilir (MTK m.14/B/III). Taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu istemi haklı bulursa, tamamlayıcı hakem kararını altmış gün içinde verir (MTK m.14/B/IV). Düzeltme, yorum ve tamamlama kararları taraflara bildirilir ve hakem kararının bir parçasını oluşturur (MTK m.14/B/V). Hakem kararının bildirilmesiyle işlemeye başlayan iptal davası açma süresi, düzeltme, yorum ve tamamlama kararlarının bildirilmesiyle yeniden işlemeye başlar²¹⁴. Zira, bu kararlar hakem kararının bir parçasını oluşturur ve ayrıca düzeltme, tavzih ya da tamamlama taleplerinin kabulü halinde iptal davası açmaya gerek kalmayabilir²¹⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki, hem HMK metninde hem de MTK metninde iptal davası açma süresinin hakem kararının veya düzeltme, tavzih/yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmekte ise de hakem veya hakem kurulu bu talepleri yerinde görmez ya da haklı bulmazsa bir düzeltme, tavzih/yorum ya da tamamlama kararı vermeyecek, ancak en azından talebin reddedildiğini gerekçeleriyle birlikte taraflara bildirecektir. Bu sebeple MTK m.15/A/IV hükmünün “*süre, hakem kararının veya tarafların MTK’nun 14. maddesi uyarınca, hakem kararının düzeltilmesi, yorumlanması ya da tamamlanmasına ilişkin talebi üzerine hakem heyetinin verdiği kararın taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar*” şeklinde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı yönündeki görüşe²¹⁶ biz de hem HMK hem de MTK açısından iştirak etmekteyiz.

HMK m. 439 ya da MTK m. 15 kapsamında açılacak iptal davasının tarafları ise, hakem yargılamasına taraf olan kişi veya kişiler olup, hakem yargılaması neticesinde verilen karar kısmen yahut tamamen aleyhine olan taraf, iptal davası açarak kararın ortadan kaldırılmasını isteyebilecektir. Buna göre, tahkim

²¹⁴ AKINCI (Tahkim), s. 259; KALPSÜZ (Tahkim), s. 148.

²¹⁵ AKINCI (Tahkim), s. 259; KALPSÜZ (Tahkim), s. 149.

²¹⁶ ŞENÖZ, s., 140.

yargılaması neticesinde verilen hakem kararı kısmen aleyhine ya da kısmen lehine olan taraflardan her birinin hakem kararının iptalini istemesi mümkündür. Bu durumda, ortada aynı hakem kararının iptali istemiyle açılmış iki veya daha fazla dava bulunabilecektir. Uygulamada bu davalar, HMK m. 166 uyarınca ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilerek karara bağlanmaktadır.

III. İptal Davasında Harç

HMK, MTK ya da Harçlar Kanununda hakem kararın iptali talebiyle açılacak iptal davasının tabi olacağı harca ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte; 492 sayılı Harçlar Kanununun yargı harçlarını düzenleyen birinci kısmında yer alan *“Hakem kararları”* başlıklı 3. maddesi *“Hakem kararlarının infazı lazım geldiğine dair mahkeme başkanı veya hakim tarafından verilen şerhlerden, hakem kararının mahiyetine göre, karar ve ilam harcı alınır. Yabancı hakem kararları ile, kanun gereğince tahkim yolu ile halli mecburi olan davalardan da aynı suretle harç alınır.”* hükmünü haavidir. Aynı Kanunun *“Harç alma ölçütleri”* başlıklı 15. maddesinde *“Yargı harçları (1) sayılı tarifede yazılı işlemlerden değer ölçüsüne göre nispi esas üzerinden, işlemin nev’i ve mahiyetine göre maktu esas üzerinden alınır.”*, *“Değer esası”* başlıklı 16. maddede *“Değer ölçüsüne göre harca tabi işlemlerde (1) sayılı tarifede yazılı değerler esastır.”* (m.16/1/ilk cümle) ve *Harcın nispeti* başlıklı 21. maddesinde ise *“Yargı harçları (1) sayılı tarifede yazılı nispetler üzerinden alınır.”* düzenlemeleri yer almaktadır.

Kanununa ekli (1) Sayılı Tarife’nin 3. maddesinde karar ve ilam harçları, nispi ve maktu olmak üzere belirtilmiş olup maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde *konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden binde 68,31 oranında (nispi) harç alınacağı, tahkim yargılamasında bu bent hükümlerine göre harç alınmayacağı*²¹⁷ ifade edilmektedir. Tarife’nin 3. maddesinin 2. fıkrasında ise

²¹⁷ *“Tahkim yargılamasında bu bent hükümlerine göre harç alınmaz”* ibaresi bu bende 15.07.2016 tarihli ve 6728 sayılı Kanunun 36. maddesiyle eklenmiştir. Bu değişiklikten önceki düzenleme ise 06.02.2014

“maktu harç” düzenlenmiş olup m.3/2/a’da “birinci fıkra dışında kalan davalar, taraf teşkiline imkan bulunmayan davalarda verilen esas hakkındaki kararlar, davanın reddi kararı ve icra mahkemelerinin birinci fıkra dışında kalan kararlarında” alınacak harçların, kanunla getirilen miktarları²¹⁸ ile uygulanan miktarlarına²¹⁹ yer verilmiştir.

Kanaatimizce, Harçlar Kanununun 3. maddesi esasen HMK m.407 ila m.444. maddelerinde düzenlenmiş olan tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararlarıyla ilgili bir düzenleme değildir. Zira, (MTK’daki düzenlemenin aksine) HMK hükümlerine göre yürütülüp sonuçlandırılan bir tahkim davası neticesinde verilen hakem kararının icra edilmesi için herhangi bir mahkemeden, kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge almaya ihtiyaç yoktur. HMK’nın gerekçesinde²²⁰ de belirtildiği üzere, tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirilmiş olmasıdır (m.439,4). HMK m.436/3’e göre, hakem veya hakem kurulu başkanı kararı taraflara bildirecek ve ayrıca kararın aslı mahkemeye gönderilerek mahkemece saklanacaksa da, hakem kararı mahkemeden bir

tarifli ve 6518 sayılı Kanununun 9. maddesiyle bu bende eklenmiş olup “Tahkim yargılamasında bu bende göre hesaplanan harç yüzde elli oranında uygulanır.” şeklindedir.

²¹⁸ Mükerrer Madde 138 – Bu Kanuna bağlı tarifelerde yer alan maktu harçlar (Maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil), bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar Bakanlar Kurulunca belirlenen miktarlar ile bu miktarların Vergi Usul Kanunu uyarınca 1990 yılı için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranı ile çarpılmak suretiyle bulunacak tutarların toplamı kadar artırılmıştır.

Her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan maktu harçlar (Maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil), o yıl için tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılır.

Bu suretle hesaplanan harç tutarlarının 10 Yeni Kuruşa kadarki kesirleri nazara alınmaz.

Bu Kanuna bağlı tarifelerdeki 1.1.1994 tarihi itibarıyla geçerli olan maktu harçlar (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil) % 100, nispi harçlar % 20 oranında artırılmıştır. Yıllık harç kapsamında bulunan belgelere ait 1994 yılı kıst dönemine ait harçlar tahsil edilmez. Bakanlar Kurulu, bu Kanuna bağlı tarifelerde yer alan maktu harçları veya bu harçların yeniden değerlendirme oranı uygulamak suretiyle belirlenmiş olan tutarları (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil) ile nispi harçları, tarifeler yahut tarifelerin ilgili fıkra ve bentleri itibarıyla birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere; maktu harçlarda yirmi katına, nispi harçlarda ise bir katına kadar artırmaya, uygulanmakta maktu harçları yarisına, nispi harçları ise Kanunla belirlenen oranların onda birine kadar indirmeye, bu had ve miktarlar arasında yeni had, miktar ve nispetler tespit etmeye yetkilidir.

²¹⁹ 30.12.2014 tarih, 29221 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Maliye Bakanlığı’nın 73 Seri Numaralı Tebliği ile belirlenen ve 01.01.2015 tarihinden itibaren uygulanması öngörülen/uygulanan miktarları gösterir Tarife için bkz: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.492.pdf>

²²⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s.125 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>)

belge alınmasına ihtiyaç duyulmaksızın icra edilebilir olduğundan, Harçlar Kanununun 3. maddesinin, iptal davasına ait harcın belirlenmesiyle doğrudan ilgili bir düzenleme olduğunu söylemek de mümkün değildir.

Harçlar Kanununun 3. maddesi mülga HUMK'nın 536. maddesinde yer alan *“Hakemlerin verdiği karar temyiz müddeti geçince mahkeme reisi veya hakim tarafından tasdik olunur. Tasdik keyfiyeti karar zirine ve zaptı mahsusuna yazılır. Hakem kararları ancak bu suretle kabili icradır.”* düzenlemesi ile doğrudan bağlantılı bir hükmüdür. Çünkü, HMK'nın yürürlüğünden önceki dönemde, HUMK kapsamında verilen hakem kararları, bu kararlar hakkında mahkemeler tarafından verilen icra edilebilir olduklarına ilişkin bir belge bulunmaksızın icra kabiliyetini haiz olamıyordu. Dolayısıyla, Harçlar Kanununun 3. maddesi ancak, mülga HUMK kapsamındaki hakem kararları yönünden hüküm ifade edecektir.

Bunun yanı sıra, iptal davasının tâbi olacağı karar ve ilam harcının nispi mi maktu mu olacağına ilişkin olarak da mevzuatta özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere 2016 yılının Temmuz ayında (1) sayılı Tarife'nin 3. maddesinde tahkim yargılamasında nispi harç alınmayacağına dair bir değişiklik yapılmış olup bu değişikliğin gerekçesinin de tahkim müessesinin teşviki olduğu ifade edilmiştir²²¹. Maddenin bir önceki halinde ise *“Tahkim yargılamasında bu bende göre hesaplanan harç yüzde elli oranında uygulanır.”* ibaresi yer almaktadır. Tarife'de yapılan bu değişiklik ile iptal davasının ya da yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin davaların nispi harca mı yoksa maktu harca mı tabi olacağı tartışmaları sona ermiştir. Bize göre, Tarife'de yapılan bu değişiklikler öncesinde de konusu bir hakem kararının kanunda sayılan sınırlı nedenlere dayalı olarak iptali isteminden ibaret olan iptal davası, *konusu belli bir değerle ilgili* olmadığından Tarife'nin 3/2/a maddesine göre yalnızca maktu harca tabi olarak ikame edilebilirdi²²². Nitekim, MTK kapsamında verilmiş olan hakem kararları

²²¹ Kanun Tasarısına ait Komisyon Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss404.pdf>, s. 24 (Erişim:10.11.2017)

²²² Aynı yöndeki görüşler için bkz. KARADAŞ, s. 216; Kanunda açık bir hüküm yoksa karar ve ilam harcına ilişkin genel esasların uygulanacağı ve maktu karar ve ilam harcı alınması gerektiği yönündeki görüş için bkz. PINAR, s. 201.

hakkındaki iptal davaları yönünden doktrin görüşü de konusu belli bir değerle ilgili olmayan iptal davasının maktu harca tabi olduğu yönündeydi²²³ ve uygulamada da iptal davalarında maktu harç alınmaktaydı.

Kanaatimizce Tarife'nin 3. maddesine 2014 ve 2016 yılında yapılan eklemeler iptal davalarından ziyade tenfiz davalarına ilişkindir. Şöyle ki;

Harçlar Kanunu m. 3/II'de *yabancı hakem kararları ile kanun gereğince tahkim yolu ile halli mecburi olan davalardan da aynı suretle harç alınacağı* ifade edilmiş²²⁴ olup, bu hüküm ile *yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilamların tenfizi için açılacak davalardan, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nevi ve mahiyetine göre (1) sayılı tarife gereğince harç alınacağına* ilişkin 4. madde hükmünü birlikte ele alan Yargıtay kararlarında²²⁵; tenfizi istenen yabancı hakem kararının belirli bir alacağın tahsiline yönelik olduğuna ve bu sebeple nispi harca tabi olduğuna hükmedilmiştir. Kanaatimizce, kanun koyucu bu Yargıtay içtihatları karşısında Tarife'nin 3. maddesine önce *"Tahkim yargılamasında bu bende göre hesaplanan harç yüzde elli oranında uygulanır"* şeklinde bir ibare ekleyerek sonrasında ise tahkim yargılamasında nispi harç alınmayacağına ilişkin yeni bir düzenleme yaparak mahkemelerinin iş yükünün azaltılmasını ve tahkim müessesinin etkinleştirilmesini amaçlamıştır²²⁶.

Yargıtay'ın, tenfizi istenen yabancı hakem kararının belirli bir alacağın tahsiline yönelik olduğu gerekçesinden hareketle nispi harca tabi olduğu yönündeki değerlendirmesine ise, tenfiz davasının yalnızca tenfizi istenilen kararın tenfiz koşullarını taşıyıp taşımadığının incelenmesiyle sınırlı bir dava olması ve

²²³ AKINCI (Tahkim 3. Baskı), s. 254. Not: Yazarın bu görüşü eserin 4. (son) baskısında yer almamıştır.

²²⁴ *Buna göre yabancı hakem kararının tenfizini isteyen taraflar, başvurma harcı ve nispi harca tabi davalarda peşin harç, dava açılırken peşinen alınır.* (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, s. 6210)

²²⁵ Yargıtay 19. HD., 15.09.2009 T., 2009/5703 E., 2009/8256 K.; Yargıtay 19. HD., 15.09.2009 T., 2009/5703 E., 2009/8256 K.; 19. HD., 04.04.2012 T., 2012/1885 E., 2012/5598 K.; Yargıtay 19. HD., 29.05.2013 T., 2013/5305 E., 2013/9912 K.; Yargıtay 15. HD., 27.02.2014 T., 2013/5999 E., 2014/1376 K.; Yargıtay 15. HD., 12.02.2015 T., 2014/5033 E., 2015/691 K.; Yargıtay 15. HD., 18.03.2015 T., 2015/385 E., 2015/1303 K.; Yargıtay 19. HD., 02.06.2015 T., 2014/11188 E., 2015/8132 K.; Yargıtay 19. HD., 03.06.2015 T., 2014/11048 E., 2015/8209 K..

²²⁶ 6518 sayılı Kanunun Genel Gereğesi, s.2 (Erişim: <http://www.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1928.pdf>); 6728 sayılı Kanuna ait Kanun Tasarısının Komisyon Raporu, s. 24 (Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss404.pdf>)

tenfizde uyuşmazlığın esasına girilmesinin yasak olması²²⁷ (revizyon yasağı) prensibi karşısında katılmak mümkün değildir. Hele ki, bu değerlendirme sırasında, *yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilamların tenfizi için açılacak davalardan, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nevi ve mahiyetine göre Tarife gereğince harç alınacağına* ilişkin Harçlar Kanunu m.4 hükmünün bir kriter olarak kabul edilmesine imkan bulunmamaktadır. Zira, yabancı hakem kararlarından ve yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için açılacak davalardan hangi surette harç alınacağı Harçlar Kanununda ayrı maddelerde düzenlenmiş olup eğer kanun koyucunun iradesi harç alınma usulleri arasında fark gözetmemek olsaydı, iki farklı madde düzenlemesi yapma yolu tercih edilmezdi. Kaldı ki Yargıtay 15. ve 19. Hukuk Dairesinin hakem kararlarının tenfizi davasının nispi harca tabi olduğu yönündeki kararlarına rağmen Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yabancı mahkeme kararlarının tenfiz davalarında dahi tenfiz davasının bir eda davası değil, tespit davası olduğu kabulüyle ve isabetli şekilde bu davaların maktu harca tabi olduğuna hükmetmektedir²²⁸.

Sonuç olarak, doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere, *konusu belli bir değerle ilgili olmayan iptal davasının maktu harca tabi olması gerekir*. Bununla birlikte, iptal davasının maktu harca tabi olmasının (özellikle MTK'ya tabi hakem kararlarına karşı iptal davası açılması halinde kararın icrası kendiliğinden duracağından) kararın icrasını geciktirmek isteyen taraflara kolayca iptal davası açma imkanı vermesi bakımından sakıncalı olduğu söylenebilir²²⁹. *Akıncı*, bu şekilde hakkını kötüye kullanan taraf aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilmesini mümkün kılan bir kanuni düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir²³⁰.

²²⁷ AKINCI (Tahkim), s. 342, 343; ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s.181.

²²⁸ Tenfiz davalarının nitelikleri itibariyle eda davası değil, tespit davası mahiyetinde kabul edilmesi sebebiyle maktu harca tabi olduğuna dair kararlar: Yargıtay 11. HD., 28.02.2013 T., 2013/800 E., 2013/3698 K.; Yargıtay 11. HD., 03.06.2013 T., 2012/13466 E., 2013/11517 K.; Yargıtay 11. HD., 23.06.2014 T., 2014/9333 E., 2013/11865 K. (Kazancı Elektronik Hukuk Yayıncılığı)

²²⁹ İptal davasının nispi harca tabi olması halinde de tahkim yargılaması sırasında zaten yüklüce masraf yapmış olan taraflar bir de iptal davası açarken nispi harç ödemek suretiyle yüklü bir masraf yapacak ve bu durumda tahkimde hak aramak oldukça pahalı bir yol haline gelecektir (YEŞİLİRMAK, s. 130); AKINCI (Tahkim 3. Baskı), s. 254.

²³⁰ AKINCI (Tahkim 3. Baskı) s. 254.

İptal davası açılırken harcın yanı sıra, HMK m. 120 gereğince gider avansının da yatırılması gerekir.

İptal davası maktu harç ile açılacak olmakla birlikte, MTK m.15/B'de iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesinin harca tâbi olmadığı (m.15/B) açıkça düzenlendiğinden, burada Harçlar Kanununun uygulama alanı bulunmamaktadır. Fakat, iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi ya da iptal davası açmaktan feragat edilmesi hallerinde, mahkemeden alınacak icra edilebilirlik belgesinin harca tabi olup olmadığına ilişkin bu açıklıkta bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde, belgenin verilmesinin harca tabi olmadığı ifade edilmektedir²³¹. İptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinin ardından verilen icra edilebilirlik belgesi harca tabi olmadığına göre, iptal davasının açılmaması ya da dava açmaktan feragat edilmesi hallerinde verilecek belge de kanaatimizce harca tabi olmamalıdır. Kanunda açık bir düzenleme olmaması tereddüte mahal verecek mahiyette olmakla birlikte, Tarife'nin 3/1/a maddesine göre tahkim yargılamasında nispi harç alınmayacağından, MTK kapsamında verilmiş bir hakem kararına karşı iptal davasının açılmamış olması ya da dava açmaktan feragat edilmiş olması halinde dahi alınacak harç en çok maktu harç nispetinde olacaktır.

IV. İptal Davası Açma Hakkından Feragat

TMK'nun 23. maddesi "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*" düzenlemesini havi olup bu hüküm *doğmayan haktan feragat edilemez* ilkesini içermektedir. Medeni kanunda yer alan bu düzenlenmenin bir yansıması olarak, medeni usul hukukunda da kanun/müracaat yollarından peşinen feragatin mümkün olmadığı kabul edilmektedir²³². HMK'nın 349. maddesinde de tarafların, ilamın kendilerine tebliğinden önce, istinaf yoluna

²³¹ AKINCI (Tahkim), s.262; YEŞİLİRMAK, s. 131; AYDOĞDU, s. 112.

²³² KURU (Usul), C. V, s. 4490 vd.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 489; Kanun yollarından feragat hakkında detaylı bir çalışma için bkz. ERCAN/ÖZBAY,; http://www.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2006_X_2_16.pdf (Erişim: 04.09.2016)

başvurma hakkından feragat edemeyeceği hükme bağlamış (m.349/1), 366. maddede de mezkur hükmün kıyas yoluyla temyizde de uygulanacağı belirtilmiştir. Buna karşılık, kanun/müracaat yollarına başvuru hakkı doğduktan ve hatta başvuru yapıldıktan sonra haktan feragat mümkündür. Mülga HUMK'nın 535. maddesinde de iadei muhakeme yoluna başvurmaktan ve hakem kararlarına karşı temyizden önceden feragatin *keenlemyekün* – yok hükmünde – olduğu düzenlenmiştir²³³.

Prensip olarak doğmayan haktan feragat mümkün değilse de taraf iradelerin üstün tutulduğu tahkim yargılamasına ilişkin olarak MTK'nın 15. maddesinin A fıkrasının V. bendinde, iptal davası açmaktan önceden feragat edilmesine imkan tanınmış ve *yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebileceği* düzenlenmiştir²³⁴. Ancak, iptal davası açma hakkından önceden feragat HMK'da hiç yer verilmemiş, MTK'da da bu Kanuna tabi hakem kararlarının yalnızca bir kısmı yönünden iptal davasından (önceden) feragat imkanı tanınmıştır.

MTK m.15/A/V'de açıkça, yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların iptal davası açma hakkından önceden feragat edebilecekleri ifade edilmiştir. Buna göre, iptal davasından feragatin ilk şartı, tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin Türkiye dışında olmasıdır. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye'de olan tarafların iptal

²³³ UMAR, s 1200, 1201; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 718.

²³⁴ UNCITRAL Model Kanun'da da iptal davası açmak hakkından feragat imkanı düzenlenmemiştir ancak Türkiye'nin de dahil olduğu bazı ülkelerin (İsviçre, İsveç, Belçika, Tunus, Fransa) tahkim düzenlemelerinde yer bulmuştur (*İnci ATAMAN FİGANMEŞE, Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri, s.71*). İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunun (*LDIP'in*) hakem kararlarına karşı müracaat yolundan feragat edilebileceğini düzenleyen 192. madde hükmünün aynısı, MTK m. 15'de de kabul edilmiştir (AYGÜN, s. 685). MTK'da iptal davası açmaktan feragat ilişkili hükümle ilgili tartışma ve öneriler için bkz. Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi (II)? Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler (Abant 25-28 Eylül 1997, Ankara 6 Haziran 1998), Sempozyum, BTHAE Yayınları, Ankara 1999, s. 179, 180, 290, 292.

davası açmaktan feragat imkanı bulunmamaktadır²³⁵. Ayrıca, iptal davası açma hakkından feragat taraflara bahşedilmiş istisnai bir imkan olduğundan²³⁶ ve MTK m. 15'de tarafların bu konudaki irade beyanlarının karşılıklı olması gerektiğine işaret edildiğinden, yalnızca bir tarafın yerleşim veya olağan oturma yerinin Türkiye dışında olması halinde, sadece bu tarafın iptal davası açmaktan feragat etmesi de mümkün olamayacaktır²³⁷. Her iki tarafın da yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dışında olmalıdır ve iptal davasının açılmasından her iki taraf da feragat etmiş olmalıdır.

İptal davası açma hakkından önceden feragatin bir diğer şartı ise feragat beyanının açık ve yazılı olmasıdır. Feragat tahkim anlaşmasına konulacak açık bir beyanla vücut bulabileceği gibi, tarafların sonradan yazılı şekilde anlaşması suretiyle de mümkün olabilir. Ancak, burada önemli olan, feragate ilişkin irade beyanının hiçbir tereddüt veya şüpheye mahal vermeyecek şekilde açık olmasıdır²³⁸. Tahkim şartı veya sözleşmesinde yer alan “hakem kararı taraflar açısından kesin ve bağlayıcı olacaktır” veya “her bir taraf hakem kararına uyacaktır” gibi ifadeler, iptal davası açmaktan feragat sözleşmesi olarak yorumlanamaz²³⁹. Hiçbir şüphe ya da tereddüte yer bırakmayacak şekilde açık olması gereken bu irade beyanı aynı zamanda yazılı olmalıdır. Yazılılık, feragatin geçerlik şartıdır²⁴⁰. MTK m.4'e göre tahkim anlaşması yazılı şekilde yapıldığından, tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada bu anlaşmaya konulacak

²³⁵ “... 1-) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle taraflar arasındaki 2.1.2006 tarihli 128 adet konteyner tesisi ve 2.131 km FO kablo tesisi alt yüklenici genel sözleşmesinin 12. maddesinin e bendinde “taraflar kanun 15/a hükmü kapsamında iptal davası açma haklarından tamamen koşulsuz ve gayrikabili rücu şekilde feragat ederler” hükmüne yer verilmiş ise de 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinin A fıkrasının 5. bendi uyarınca, tarafların tahkim anlaşmasına koyacakları bir beyanla iptal davası açma haklarından feragat edebilmeleri için “her iki tarafın yerleşim yerleri veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında” bulunması şart olup, sözleşme ve dosya kapsamından tarafların yerleşim yerlerinin Türkiye olduğu anlaşıldığından, sözleşmede kararlaştırılan iptal davası açma hakkından feragata ilişkin düzenlemenin bağlayıcılığının bulunmamasına, mahkemece bu konunun da red gerekçesi yapılması doğru değilse de, bu yanlışlığın sonucu etkili olmamasına göre davacıların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. ...” Yargıtay 15. HD., 11.05.2011 T., 2010/7197 E., 2011/2857 K. (www.kazanci.com)

²³⁶ KALPSÜZ (Tahkim), s.152, 153.

²³⁷ KALPSÜZ (Tahkim), s.152; AKINCI (Tahkim), 257, 259.

²³⁸ KALPSÜZ (Tahkim), s.152; AKINCI (Tahkim), s. 260; ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 266.

²³⁹ ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 266.

²⁴⁰ KALPSÜZ (Tahkim), s.153.

feragat beyanı da elbette ki yazılı olmalıdır. Sonradan gündeme gelecek feragatin yazılı şekilde yapılmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda yine MTK m.4'ün dikkate alınması gerekmektedir²⁴¹.

Yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dışında olan taraflar, iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi, Kanunda iptal sebebi olarak sayılan bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal talep etmeyeceklerini belirterek kısmen de feragat edebilirler. Kısmi feragatin söz konusu olduğu durumlarda, feragat edilen sebep veya sebepler dışında kalan nedenlere dayanılarak iptal davası ikame olunabilir²⁴².

MTK m.15/A/V ile belli özellikleri taşıyan taraflara iptal davası açma hakkından önceden ve kısmen ya da tamamen feragat imkanı tanınmış olmasına rağmen, MTK m.15/B'nin son bendine göre iptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında, hakem kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususları mahkemece re'sen dikkate alınır ve icra edilebilirlik belgesi buna göre düzenlenir (ya da düzenlenmez). Bu çerçevede, feragat edilmesi mümkün olmayan iptal sebeplerinin bulunduğunu söylemek yanlış olmaz²⁴³. Mahkeme, feragat edilmesi mümkün olmayan bu iki nedenden – uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı veya kararın kamu düzenine aykırı olduğu – birinin var olduğu kanaatine varırsa icra edilebilirlik belgesi düzenlemeyerek hakem kararını iptal edebilir²⁴⁴.

MTK'nın kanunlaşmasına yönelik çalışmalar sırasında iptal davasından feragat hususu, görüş ayrılıkları nedeniyle üzerinde tartışılmış bir konu olup *Karayalçın*, *Kalpsüz*²⁴⁵, *Birsel* ve *Eriş* tarafından, milletlerarası tahkime ilişkin hakem

²⁴¹ AKINCI (Tahkim), s.260.

²⁴² KALPSÜZ (Tahkim), s.154; AKINCI (Tahkim), s. 258.

²⁴³ AKINCI (Tahkim), s. 258.

²⁴⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s.155.

²⁴⁵ KALPSÜZ (Tahkim), s.150. Ayrıca KALPSÜZ'ün peşinen feragatin sakıncaları hakkındaki görüşleri için bkz. KALPSÜZ (Tahkim), s.151 ve Turgut KALPSÜZ, İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim,

kararlarına karşı kanun yollarına müracaattan önceden feragat etmenin, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları ve milletlerarası tahkimin özelliklerine daha uygun olacağı²⁴⁶ görüşü benimsenmişken; *Üstündağ* kanun yollarından peşinen feragatin caiz olmadığını belirterek aksi görüş beyan etmiştir²⁴⁷. Nihayet MTK, yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların, iptal davası açma hakkından tamamen ya da kısmen feragat edebileceği şeklinde kanunlaşmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, iptal davası açma hakkından önceden feragat MTK'da yer bulmuşken HMK'da böyle bir düzenlenmeye yer verilmemiştir. MTK'da, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları ve milletlerarası tahkimin özelliklerine daha uygun olacağı düşüncesinden hareketle yer verilen ve sadece yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan, yani yabancı taraflarca kullanılması mümkün olan iptal davasından önceden feragat imkanın, yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklar hakkında uygulanan HMK'da yer almamasının TMK m. 23 uyarınca isabetli bir karar olduğu kanaatindeyiz.

V. İptal Davasının Tabi Olduğu Yargılama Usulü

HMK'nın basit yargılama usulüne tabi dava ve işleri belirten 316. maddesinin 1. fıkrasının (f) bendinde tahkim hükümlerine göre mahkemenin görev alanına giren dava ve işlerde basit yargılama usulünün uygulanacağı düzenlenmiştir.

Hakem kararlarının iptali sonucunu doğurabileceğinden, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılmasına ilişkin bulunan inşai dava (HMK m.108, 1) niteliğindeki iptal davası²⁴⁸ da basit yargılama usulüne tabi olup bu usulde dava

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi (I)? Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara 1997, s.46

²⁴⁶ KALPSÜZ'ün görüşü için bkz. Milletlerarası Tahkim Sempozyumu II, s. 179, 292.; aynı yönde, BİRSEL, KARAYALÇIN VE ERİŞ'in görüşleri için bkz. Milletlerarası Tahkim Sempozyumu II, s. 291, 292.

²⁴⁷ ÜSTÜNDAĞ'ın görüşü için bkz. Milletlerarası Tahkim Sempozyumu II, s. 292.

²⁴⁸ Hakan PEKCANITEZ, Tahkim Usulü ile İlgili İptal Sebepleri, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, s. 85.

açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur. Cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak, durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, cevap süresi içinde başvuran davalıya mahkeme tarafından bir defaya mahsus olmak ve iki haftayı geçmemek üzere ek süre verilebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir. Yazılı yargılama usulünden farklı olarak (HMK m. 136) taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi veremezler (HMK m.317). Taraflar dilekçeleri ile birlikte tüm delillerini açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu da belirterek bildirmek, ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır (HMK m.318). İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m. 319). Oysa, yazılı yargılama usulünde tarafların ikinci dilekçe verme imkanı bulunduğundan, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler (HMK m. 141).

Basit yargılama usulünde mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK m.320,1). Dosya üzerinden karar verilmediği takdirde tarafların dinlenmesi, delillerin incelenmesi ve tahkikat işlemlerinin yapılması ilk duruşma/ön inceleme duruşması hariç, iki duruşmada tamamlanır. Duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz. İşin niteliği gereği bilirkişi incelemesinin uzaması, istinabe yoluyla tahkikat işlemlerinin yürütülmesi gibi zorunlu hâllerde, hâkim gerekçesini belirterek bir aydan sonrası için de duruşma günü belirleyebilir ve ikiden fazla duruşma yapabilir (HMK m. 320,3).

HMK'nın Hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere, yazılı yargılama usulü dışında kalması gereken, daha kısa ve basit şekilde sonuçlanmasında yarar bulunan dava ve işlerin basit yargılama usulüne tâbi tutulması amaçlanmış olup

hem HMK hem de MTK kapsamında açılacak iptal davalarında basit yargılama usulü uygulanacaktır (HMK m.316).

VI. İptal Davasının Hakem Kararının İcrasına Etkisi

Hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz (HMK m.439, 4/c.3). Ancak, taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir (HMK m.439, 4/c.4). HMK ile tahkim konusunda getirilen en önemli yenilik, hakem kararlarının icra edilebilmesi için kesinleşmesinin gerekmemesidir²⁴⁹. Hakem kararları verildiği anda icra edilebilir hale gelir ve bu andan itibaren İİK'nın ilâmlı icra hükümlerine göre icra edilir²⁵⁰. Bununla birlikte, taraflardan birinin talebi üzerine ve hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmesi şartıyla kararın icrası, iptal davasına bakan mahkeme tarafından durdurulabilir/askıya alınabilir²⁵¹. İptal davasına bakan mahkeme teminat karşılığında icranın durdurulması (ertelenmesi) yolunda ihtiyati tedbir kararı verebilir. HMK'ya tabi hakem kararları verildikleri anda icra edilebilir olduklarından, iptal davası açma süresi içinde bulunuluyorken ama dava henüz açılmamışken dahi kararın icrası talep edilebilir. Bu durumda aleyhine icra yoluna başvuru taraf hemen bir iptal davası açıp o dava içinde mahkemeden, hakem kararın icrasının durdurulmasını talep edebilecektir²⁵².

HMK'da yer alan ve iptal davası açılmasının hakem kararın icrasını durdurmayacağına ilişkin bulunan düzenleme MTK'da öngörülenden farklıdır. Nitekim, MTK'nın 15. maddesinin A fıkrasının 4. bendinde, iptal davasının açılmasının hakem kararının icrasını kendiliğinden durdurduğu ifade edilmektedir. Buna göre, HMK'dan farklı olarak MTK uyarınca tesis edilen bir hakem kararına karşı açılan iptal davası, başkaca herhangi bir işleme gerek kalmaksızın hakem kararının icrasını kendiliğinden durdurur. Bu durum aynı

²⁴⁹ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 611; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.831; EKŞİ (Tahkim) s. 209.

²⁵⁰ KURU (El Kitabı), s. 894.

²⁵¹ EKŞİ (Tahkim), s.209.

²⁵² UMAR, s. 1209.

zamanda MTK çerçevesinde verilen hakem kararlarının, HMK çerçevesinde verilen hakem kararlarından daha sonraki bir aşamada icra edilebilir hale gelmesi demektir. Çünkü, HMK uyarınca verilen bir hakem kararı verildiği anda icra edilebilir niteliğe kavuştuğu halde, MTK'ya göre tesis edilen bir hakem kararı ancak iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden ve hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin olarak mahkeme tarafından verilecek belgenin tanziminden sonra (MTK m.15/B) ya da iptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hallerde, mahkemece hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesinden sonra (MTK m.15/B/II) icra edilebilir hale gelecektir. Buradan da anlaşılacağı üzere, HMK'da yer alan düzenlemeden farklı olarak, MTK uyarınca bir hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için belirli aşamalardan geçmiş olması ve kararın icra edilebilir hale geldiğinin de mahkemece tevsik edilmesi gerekmektedir. İcra edilebilirliğe ilişkin meselenin detayına aşağıda Hakem Kararının İcrası başlığı altında yeniden değinilecektir²⁵³.

Temelde MTK hükümleri esas alınmasına rağmen, HMK'da iptal davasının açılmasının hakem kararının icrasına etkisi yönünden benimsenen farklılığın sebebi düzenlemenin gerekçesinde *“Tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde tahkimin, süratli bir şekilde gerçekleştirilmesi imkânı yaratılmış olmaktadır. Yetkili mahkemenin, itiraz eden tarafın iptale ilişkin iddiasını ciddi görürse, talep üzerine, hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrasını durdurabileceği dördüncü fıkrada düzenlenmiştir.”* şeklinde açıklanmıştır. Yasa koyucu, iptal davasının hakem kararın icrasına etkisi yönünden MTK hükümlerinden ayrılarak, icranın durmayacağını hükme bağlamış ve bu yeniliğin/farklılığın tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirildiğini ifade etmiştir.

Akıncı, HMK ile MTK arasındaki farklılığın iç tahkim ile milletlerarası tahkim arasındaki farktan kaynaklandığını, icra edilen bir hakem kararının sonradan

²⁵³ Bkz. aşağıda s. 165 vd.

iptal edilmesi durumunda hakem kararının icrası neticesinde tahsil edilen bedelin iadesinin gerekeceğini, ödenen bedelin iadesi için mücadele etmenin milletlerarası tahkimde daha zor olacağını, ödenen bedelin geri alınabilmesi için muhtemelen yabancı ülkede yerleşik olan bir firmaya karşı dava açılacağını, bu sebeple de HMK kapsamında açılacak iptal davası kararın icrasını durdurmazken, MTK'ya tabi tahkimde iptal davası sonuçlanıncaya kadar hakem kararının icra edilemediğini²⁵⁴ belirterek, özellikle milletlerarası tahkimde iptal davalarının kısa sürede sonuçlandırılmasının büyük önem taşıdığına işaret etmektedir²⁵⁵.

Tahkim kurumunun teşviki bakımından öngörülmüş olmasına rağmen, kanaatimizce HMK hükümlerine göre tesis edilen hakem kararlarına karşı açılacak iptal davalarının icraya etkili olmaması prensibinin benimsenmiş olmasının bazı sakıncaları bulunmaktadır. İptal davasının hakem kararının icrasını etkilememesi tahkim yanlısı bir yaklaşım olmakla birlikte ve ayrıca HMK'ya tabi hakem kararları yabancılık unsuru içermediği için icra edilen hakem kararının iptal edilmesi halinde eski hale iadenin kolaylıkla sağlanabileceği söylenebilirse de *hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması* veya *kararın kamu düzenine aykırı olması* şeklindeki iptal sebepleri karşısında, iptal davasının açılmasının kararın icrasını durdurması prensibinin benimsenmesi belki de daha yerinde olacaktır. Zira, örneğin tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen ya da kamu düzenine aykırı olan bir hakem kararı sonradan iptal edilse ve kararın icrasıyla ortaya çıkan hukuki durum eski haline getirilse bile, bir süreliğine de olsa hukuka ve kamu düzenine aykırı bir hakem kararı hukuki sonuç doğurmuş olacaktır ki bu durumun hukuk düzeni açısından istenen bir durum olduğundan söz edilemez.

²⁵⁴ İptal davasının açılmasıyla hakem kararının icrasının durması, Hakem kararının iptal edilmesi durumunda, hakem kararının icra edilmiş olmasının doğuracağı, telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkmasına engel olmaktadır (AKINCI (Tahkim), s. 260).

²⁵⁵ AKINCI (Tahkim), s. 260.

VII. İptal Davasında İnceleme Usulü ve İspat Yükü

İptal talebi, davaya bakan mahkeme aksine karar vermedikçe dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır (m.439,5). Ayrıca iptal davası, davaya bakan mahkeme tarafından öncelikle ve ivedilikle görülür (m.439,1,c.2). Bu düzenlemelerin amacı, iptal talebinin hızla karara bağlanması olup madde gerekçesinde de iptal başvurusunun süratle karara bağlanmasının amaçlandığı açıkça ifade edilmiştir.

MTK'nın 15. maddesinin A fıkrasının 6. bendinde de iptal isteminin aksi bir karar bulunmadıkça dosya üzerinden inceleneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 15. maddenin A fıkrasının ikinci cümlesinde de HMK'da olduğu gibi, iptal davasının davayı bakan mahkeme tarafından öncelikle ve ivedilikle görüleceği belirtilmiştir.

HMK uygulaması, MTK uygulamasına nispeten daha yeni olmakla birlikte, 2001 yılından bu yana yürürlükte olan MTK uyarınca açılan iptal davalarında, mahkemelerin dosya üzerinden inceleme yaparak karar vermeyi tercih etmedikleri, iptal talebini içeren dava dilekçesinin ve cevap dilekçesinin teatisi sağlandıktan sonra genellikle duruşma icra ettikleri gözlemlenmiştir²⁵⁶. Doktrinde mahkemenin duruşma yapıp yapmama konusunda serbesti sahibi olduğu kabul edilmekle birlikte, ortada bir dava bulunduğuna göre, dava dilekçesinin davalıya tebliğinin ve davalının da buna cevap vermesine olanak sağlanmasının gerekliliğine, duruşma yapılmayacaksa dahi en azından bu aşamaların geçirilmesinden sonra davanın karara bağlanması gerektiğine işaret edilmekte ve aksi davranışın hukuki dinlenilme hakkının ihlali mahiyetinde olacağı dile getirilmektedir²⁵⁷.

²⁵⁶ KALPSÜZ (Tahkim), s.154.

²⁵⁷ UMAR, s. 1209; Aynı yönde Yargıtay 15. HD.'nin 20.02.2014 tarih; 2013/6719, 2014/1185 K. sayılı kararı "... Dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 Sayılı H.M.K.nın 27/1. maddesinde: davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi haklarıyla bağlantılı olarak hukuki dinlenilme hakkına sahiptir hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm savunma hakkı ve kamu düzeniyle ilişkili olduğundan görevi gereği mahkemelerce kendiliğinden gözetilir. Her ne kadar, H.M.K.nın 439/5. maddesinde, iptal talebinin mahkemece aksine karar verilmedikçe, dosya üzerinden inceleme yapılarak karar verilir hükmüne yer verilmişse de: bu hüküm, çekişmeli yargıya tabi olan bu davada dilekçelerin teati aşaması geçilmeden hüküm kurulabileceği anlamına gelmez. Bu durumda mahkemece, davalıya usulüne uygun olarak dava dilekçesinin tebliğ edilip taraf teşkilinin sağlanmasından ve davalıya hukuki dinlenilme hakkı

İptal davasında ispat külfetinin kime ait olduğu hususuna ilişkin olarak ise, HMK'nın 439. maddesinin 2. fıkrasında iptal sebepleri sayıldıktan sonra, bunların *tespit edilmesi halinde* hakem kararının iptal edileceği belirtilmiş ve MTK'nın öngördüğü sistemden farklı olarak, iptal sebepleri yönünden *varlığı davayı açan tarafça iddia/ispat edilecek sebepler, mahkemece re'sen dikkate alınacak sebepler* ayrımı yapılmamıştır²⁵⁸. Doktrinde, HMK'da böyle bir ayrım yapılmamış olması sebebiyle öngörülen tüm iptal sebeplerinin re'sen dikkate alınması gerektiği sonucunun çıkarılabileceğine²⁵⁹ ilişkin görüşler bulunduğu gibi, tahkime elverişsizlik ve kamu düzenine aykırılık dışındaki iptal sebeplerinin kamu düzeni ile ilgili olmaması, taraf menfaatleriyle ilgili ve tarafların üzerinde serbestçe sözleşme yapabileceği konulara ilişkin olmaları nedenleriyle, bu iptal sebeplerinin ancak tarafların ileri sürmesi halinde dikkate alınabileceği de ifade edilmektedir²⁶⁰.

Kanaatimizce, HMK m. 439 ile MTK m. 15/A hükümleri birlikte ele alındığında, HMK'da iptal sebepleri bakımından davayı açan tarafça ispatlanacak ya da re'sen dikkate alınacak sebepler gibi ikili bir ayrım yapıldığını söylemek ya da kıyasen böyle bir yargıya varmak mümkün değildir. Zira MTK m.15/A'da iptal sebepleri sayılırken başvuruyu yapan tarafın belirli sebeplerin varlığını ispat etmesi ya da diğer belirli sebeplerin mahkeme tespit edilmesi şeklinde bir ayrım yapılmış; dava açan tarafça ispatı gereken sebepler sayıldıktan sonra *ispat ederse*²⁶¹ ifadesi kullanılmış, re'sen dikkate alınacak iptal sebeplerinden sonra ise *tespit edilirse*²⁶² ifadesine yer verilmiştir. HMK'da ise başvuruyu yapan tarafça ispat edilecek ya da mahkemece tespit edilecek sebepler şeklinde bir ayrım yapılmadığına ve tüm iptal sebepleri sayıldıktan sonra *tespit edilirse* ibaresine yer verildiğine göre, iptal davasının istisnai niteliği ile bağdaşmasa

tanındıktan sonra işin esası hakkında karar verilmesi gerekirken, bu husus gözden kaçırılarak hüküm kurulması doğru olmamış, açıklanan sebeple kararın bozulması gerekmiştir. ...”

²⁵⁸ UNCITRAL Model Kanununun 34. maddesinde de iptal sebepleri bakımından; iptal davasını açan tarafça ispatlanacak ya da mahkemece dikkate alınacak sebepler şeklinde ikili bir ayrım yapılmıştır.

²⁵⁹ AKINCI (Tahkim), s. 33, 253; SÜRAL, s.1404.

²⁶⁰ BUDAK (Tahkim Hükümleri), s. 55.; BUDAK (Usul Hukuku), s. 412; PEKCANITEZ, C. III, s. 2780.

²⁶¹ Model Kanununun 34. maddesinde de düzenleme bu yöndedir (... a) *the party making the application furnishes proof that ...*)

²⁶² Model Kanununun 34. maddesinde de düzenleme bu yöndedir (... b) *the court finds that ...*)

dahi²⁶³ tüm iptal sebepleri mahkemece re'sen dikkate alınması gereken ya da re'sen dikkate alınabilecek sebepler olarak değerlendirilebilir.

Yukarıda değinildiği üzere, MTK'nın öngördüğü (iptal sebeplerinin ispatına ilişkin) sistem içerisinde, HMK'da yer alanın aksine, iptal sebepleri ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur: *Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğu; hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığı; kararın tahkim süresi içinde verilmediği; hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiği; hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği veya istemin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı; tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu; tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediği* şeklindeki sebepler davayı açan tarafça ispatı gereken sebepler olduğu halde (m.15/A/1/a), *hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması veya kararın kamu düzenine aykırı olması* (m.15/A/1/b) mahkemece re'sen dikkate alınması gereken iptal sebepleridir. Re'sen dikkate alınması gereken iptal sebeplerinden birinin varlığı halinde, mahkeme taraflardan birinin iptal davası açmasına ve/veya bu sebeplerin varlığını ispatlamasına gerek kalmaksızın kendiliğinden hakem kararının iptaline karar verecektir²⁶⁴. Zira MTK hükümlerine göre oluşturulan bir hakem kararı, icra edilebilir hale getirilmek üzere mutlak surette mahkeme önüne gelmektedir.

²⁶³ AKINCI (Tahkim), s. 33.

²⁶⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s.154.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM İPTAL SEBEPLERİ

I. Genel Olarak

MTK m. 15 ve dolayısıyla HMK m.439'da yer alan iptal nedenlerinin neredeyse tümü, UNCITRAL Model Kanununda yer alan iptal nedenleri ile benzerlik taşımaktadır. Aynı zamanda bu iptal nedenleri, *New York Sözleşmesi*'nin V. maddesinde ve MÖHUK 62. maddede yer alan tenfiz engellerine de çok benzemekte, kısmen de Cenevre – Avrupa Sözleşmesi ve ICSID'deki iptal sebepleri ile benzerlik göstermektedir.

Kıta Avrupası ülkelerinin düzenlemelerine bakıldığında da iptal sebebi olarak genel itibariyle UNCITRAL Model Kanun örnek alınarak düzenlemeler yapıldığı ve istisnalar²⁶⁵ dışında, başvuru yolu olarak iptal davasının benimsendiği görülmektedir. Ancak, İngiltere ve ABD'de tarafların anlaşarak iptal sebeplerini genişletebilmeleri mümkündür. Ayrıca, çok köklü bir tahkim geleneğine sahip olan İngiltere'de, iptal davasından farklı olarak hakem kararlarına karşı (iptal benzeri) itiraz ve temyiz yolu öngörülmüş olup pek çok ülkede örneğine rastlanılmayacak şekilde²⁶⁶ tahkim kanunu ile belirli şartların oluşması halinde hakem kararlarının esas yönünden denetiminin yapılabileceği benimsenmiştir. Pek çok ülke tarafından hakem kararları bakımından benimsenen revizyon yasağına rağmen, İngiliz Tahkim Kanununun (Arbitration Act 1996) 69. maddesinde hakem kararlarının hukuki meseleler yönünden temyiz (appeal on point of law) edilebileceği düzenlenmektedir. Bu temyiz, tarafların mutabakatıyla ya da mahkemenin izni (leave) ile mümkündür. İznin verilmesi için temyize konu hakem kararının maddi gerekçelerinin yanlış olması ya da ciddi manada şüpheye açık olması gibi koşulların oluştuğu konusunda mahkemenin tatmin edilmesi gerekir. Ayrıca mahkeme, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen hukuki meselenin mahkeme aracılığıyla karara bağlanmasını adil ve uygun görmelidir. Temyiz sonucunda mahkeme kararı onaylayabilir, değiştirebilir,

²⁶⁵ SARGIN, s. 42, dipnot 3'de yer alan açıklamalar.

²⁶⁶ AYGÜN, s. 682.

tamamen ya da kısmen kararın yeniden gözden geçirilmesi için hakem heyetine geri gönderebilir yahut da kararı tamamen ya da kısmen iptal edebilir. Ancak, kısmen ya da tamamen iptal kararı verilmesi, mahkemenin, kararın yeniden gözden geçirilmesi için hakem heyetine geri gönderilmesini yersiz bulması halinde mümkündür. Verilecek bu kararlar da tıpkı bir mahkeme kararı gibi temyiz edilebilir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere iptal sebepleri HMK'nın 439. maddesinin 2. fıkrasında sayılmış olup UNCITRAL Model Kanun'da ve MTK'da öngörülen sistemden farklı olarak iptal sebepleri yönünden *varlığı davayı açan tarafça iddia/ıspat edilecek sebepler* ile *mahkemece re'sen dikkate alınacak sebepler* şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. İptal sebeplerinin birinin varlığı hakem kararının iptal edilmesi için yeterlidir.

Biz de çalışmamızın bu kısmında, HMK'nın 439. maddesinin 2. fıkrasında yer alan iptal sebeplerini, madde metnindeki sıralamaya riayet ederek ve MTK'nın 15/A maddesinde yer alan iptal sebepleri ile karşılaştırmalı olarak incelemeye çalışacağız.

II. Tahkim Sözleşmesinin Taraflarından Birinin Ehliyetsiz Olması ya da Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması (HMK m. 439, 2, a; MTK m. 15, A f., b. 1., alt bent a)²⁶⁷

HMK'da tahkim sözleşmesi, tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma olarak tanımlanmıştır (m. 412, 1; MTK m.4/1)²⁶⁸. Buna göre, çözümü hakemlere bırakılan uyuşmazlığın mutlaka sözleşmeden kaynaklanması gerekmez. Tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da kanundan da kaynaklanıyor olabilir. Ayrıca, doğmuş

²⁶⁷ UNCITRAL Model Kanun m. 34/2/a/i'de aynı iptal sebebi yer almaktadır.

²⁶⁸ Tahkim sözleşmesi UNCITRAL Model Kanununun 7. maddesinde tanımlanmıştır.

veya doğabilecek uyuşmazlığın tamamının çözümü hakemlere bırakılabileceği gibi yalnızca bir kısım uyuşmazlıkların tahkim anlaşmasına konu edilmesi de mümkündür²⁶⁹. Tahkimde ve mahkemede çözümlenecek uyuşmazlıklarının çerçevesinin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlendiği hallerde, kısmi tahkim anlaşması yapılmasına engel bir durum yoktur²⁷⁰.

²⁶⁹ “... Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için iki temel şart vardır. Bunlardan ilki uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, ikincisi yanların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmış olmalarıdır. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceği yolunda tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı yoksa tahkim yoluna başvurmak mümkün değildir. Bu da asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı ya da ayrı bir tahkim sözleşmesi ile kararlaştırılabilir. Tahkim şartı bulunan veya tahkim sözleşmesi yapılan hallerde, asıl sözleşme feshedilse dahi feshedilen sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkim şartı ya da sözleşmesi gereği hakemde görülebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus uyuşmazlığın tahkim şartı bulunan sözleşmeden doğmuş olmasıdır. Feshedilen sözleşmeden doğmayan uyuşmazlıklar feshedilen sözleşmedeki tahkim şartı ya da o sözleşme ile ilgili yapılan tahkim sözleşmesi sebebiyle hakemde görülemez.

Somut olaya gelince, taraflar arasında imzalanan 08.05.2013 tarihli NEF 11 Projesine İlişkin Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesinin uyuşmazlıkların çözümü başlıklı 2.11.1 maddesinde, sözleşme kapsamında ve bu sözleşmenin ifasıyla bağlantılı doğacak her türlü uyuşmazlığın Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları kapsamında gerçekleştirilecek tahkim yargılaması ile çözümleneceği kararlaştırılmıştır. Asıl sözleşme kapsamında yer alan bu tahkim şartı geçerlidir.

Ancak sözkonusu sözleşme, davalı iş sahibinin ... 19. Noterliği'nden keşide ettiği 14.02.2014 gün 4475 yevmiye numaralı ihtarname ile feshedildikten sonra taraflar 01.03.2014 tarihli protokolü imzalamışlardır. Söz konusu protokolün birinci paragrafında, yüklenicinin yaptığı imalâtlar karşılığında 12.850.000,00 TL'nin Haziran, Temmuz, Ağustos, Eylül, Ekim ayları vadeli çeklerle ödeneceği, vade farkı olarak da 700.000,00 TL bedelli 14.10.2014 vadeli çekin iş sahibi tarafından yükleniciye verileceği kararlaştırılmıştır. Protokolün ikinci paragrafında gerekli incelemelerin tamamlanmasından sonra nihai alacak borç miktarlarının belirleneceğini, tarafların NEF 11 projesi kapsamında iş bu ibraname ve makbuz tarihi itibarıyla ileride yapılacak kesin hesap dışında hiç bir hak ve alacaklarının bulunmadığını kabul ve taahhüt ettikleri yazılıdır. Devamında yüklenicinin kesin hesap hakedişi dışında herhangi bir ek hakediş yapılmayacağını, iş bu taahhüdün daha önceki beyan ve anlaşmaları geçersiz kıldığını da kabul ve taahhüt etmişlerdir. Ayrıca ikinci paragrafın son kısmında yüklenici, taşeronları ile işçilerinin hiç bir eylem, gösteri ve toplantı için NEF 11 projesi sahasında bulunmayacağını, aksi halde yüklenicinin kusurunun MTO Tahkim Kuralları'na tabi olarak oluşturulacak MTO nezdinde kurulacak 3 hakemli tahkim heyeti tarafından tesbit edilmesi halinde iş sahibinin uğrayacağı zarara karşılık 1.000.000,00 TL cezai şart ödemeyi kabul ve taahhüt etmiştir.

Davacı, anılan protokol uyarınca yapılan kesin hakediş hesaplamaları neticesinde oluştuğunu iddia ettiği alacakları ve vade farkının ödenmemesi üzerine davacı iş sahibi aleyhine yaptığı ilâmsız icra takibine itiraz üzerine itirazın iptâli takibin devamı ve inkâr tazminatı talepli eldeki davayı açmıştır.

Bu durumda mahkemece, davalının 08.05.2013 tarihli sözleşmeyi feshetmesinden sonra tarafların imzaladıkları 01.03.2014 tarihli sözleşme ile gerçekleştirilen imalat bedelleri ve fiyat farklarının ne şekilde ödeneceği kararlaştırıldığı, davacının talebinin feshedilen sözleşmeye dayalı değil, geçerli olarak düzenlenmiş protokole dayalı olduğu ve protokolde açıkça bu taahhüdün daha önceki beyan ve anlaşmaları geçersiz kıldığı kabul edildiği, protokolde sadece işçi ve taşeronların proje sahasında yapacakları eylem, gösteri ve toplantılar için tahkim şartı konulmuş olup protokolde ödenmesi kararlaştırılan imalât bedeli ve vade farkı ile ilgili tahkim şartı ve ayrıca tahkim sözleşmesi bulunmadığı, feshedilen 08.05.2013 tarihli sözleşmedeki tahkim şartının protokolün uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan bu uyuşmazlıkta geçerli sayılması ve uygulanması mümkün olmadığından tahkim ilk itirazı reddedilip işin esası incelendikten sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme ile davanın görevsizlik sebebiyle usulden reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 11. HD., 14.09.2017 T., 2017/776 E., 2017/2981 K. (www.kazanci.com)

²⁷⁰ EKŞİ (Tahkim), s. 96.

Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı olarak veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir (HMK m.412, 2; MTK m.4/I). Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır (HMK m.412, 3; MTK m.4/II) ve yazılılık tahkim şartı ya da sözleşmesinin geçerlik şartıdır (TBK m.13)²⁷¹. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır (m. 412, 3; MTK m. 4/II). Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz (m. 412, 4; MTK m. 4/IV).

Tahkim sözleşmesi, usul hukukuyla ilgili olmakla birlikte bir maddi hukuk sözleşmesi olduğundan, bu sözleşmenin geçerliğine ya da sözleşmenin

²⁷¹ “ ... Dava, Paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkin olup öncelikle halledilmesi gereken uyuşmazlık, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir. HUMK'nın 517/2. maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacıların veya yetkili temsilcisinin imzası bulunmadığına göre, geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır. Böyle olunca mahkemece, işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. ...” Yargıtay 13. HD., 12.04.2006 T., 2006/521 E., 2006/5446 K. (www.kazanci.com); “ ... Dava, paket-tur sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Davacı Zeynep ile davalının imzasını taşıyan 11.11.2003 tarihli sözleşmenin 19. maddesi "bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Tursab Tahkim Kurulu ve usulleri yetkili olup, sözleşmeye konu ürünün kusurlu olarak sunulması durumunda, bu kusurların tespiti ve tazmini ile ilgili olarak, Tursab Tüketici Taleplerini Değerlendirme Çizelgesi hükümlerinin uygulanacağını tüketici kabul ve beyan etmektedir" hükümlerini içermektedir. Mahkemece, açıklanan sözleşme hükmüne göre görevsizlik kararı verilmiştir. Kural, bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında tarafların bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir sözleşmeye tahkim şartı koymak istediklerini, başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir. HUMK'nın 517/2. maddesi hükmü gereğince, yazılı şekil, tahkim sözleşmesi için geçerlilik şartıdır. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı paket-tur sözleşmesinde davacılarından Hülya'nın imzası bulunmadığına göre, bu davacı açısından geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır. ...” Yargıtay 13. HD., 25.09.2006 T., 2006/7789 E., 2006/12275 K. (www.kazanci.com)

tarafının ehliyetli olup olmadığına ilişkin hükümler maddi hukuk karakterlidir²⁷². Nitekim, MTK m. 4/III'de *tahkim anlaşmasının, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerli olduğu* hükme bağlanmıştır. Buna göre, tahkim anlaşmasının akdedildiği sırada anlaşmanın tarafları fiil ehliyetini (TMK m. 9) haiz olmalı veya taraflar tahkim anlaşması yapma yetkisine sahip bir temsilci tarafından temsil edilmelidir. Zira tahkim ya da hakeme başvuru özel yetki gerektirir (HMK m. 74, TBK m. 504/III)²⁷³. Vasi ya da kayyımın tahkim sözleşmesi yapabilmesi vesayet makamının/sulh hukuk mahkemesinin iznine bağlıdır (TMK m. 462/I/8, m.403/III). Borçlar Kanunu bağlamında ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının tahkim sözleşmesi yapmaya yetkili olup olmadıklarına ilişkin olarak, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin amacına giren her türlü işlemleri yapmaya yetkili ticari temsilcinin (TBK m. 548, 549) tahkime de yetkili olduğu söylenebilir. Özel olarak yetkilendirilmedikçe dava açamayan ya da açılmış davayı takip edemeyen ticari vekil (TBK m. 551), özel olarak yetkilendirilmedikçe tahkim anlaşması da yapamaz²⁷⁴. Simsarın (TBK m.520/II; ve komisyoncunun tahkim anlaşması yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmiş olması gerekir (TBK m.532/II; m.504/III) .

Şirketler hukuku yönünden ise kollektif, komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirkette, şirketi yönetenler tahkime de yetkilidirler (TTK m. 223, m.308, m. 565,1). Keza anonim ve limited şirketi temsile yetkili olanlar da şirket esas sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı sürece, şirketin amaç ve işletme konusuna giren her türlü hukuki işlemi yapmaya yetkili olduklarından, özel olarak yetkilendirilmeye ihtiyaç bulunmaksızın tahkim anlaşması yapabilir

²⁷² KALPSÜZ (Tahkim), s.130; KURU, C.VI., s. 5937.

²⁷³ ESEN (Hakem Kararlarının Tenfizi veya İptali), s. 384-385; ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 310; "... Milletlerarası tahkim kanununun 4. maddesinin ikinci fıkrası "tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır" hükmünü içermektedir. B.K'nun 388/3. maddesi "hususî bir salâhiyeti haiz olmadıkça vekil, dava ikame edemez, sulh olamaz, tahkim edemez" düzenlemesini getirmiştir. Bu durumda mahkemece tahkim şartını içeren sözleşmeyi imzalayan dava dışı sema doğan'ın tahkim sözleşmesi yapmaya yetkili bulunmadığı hakkında davalı itirazı incelenmeden yazılı gerekçe ile karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 19. HD, 21.05.2007 T.; 2007/380 E., 2007/5115 K., (www.kazanci.com)

²⁷⁴ YEĞENGİL, s. 193.

(TTK m.371, m. 629). TTK'ya göre gemi kaptanı da aracın kurtarılması için malik adına kurtarma sözleşmesi yapmaya, yetkili mahkemeyi veya tahkimi kararlaştırmaya yetkilidir (TTK m. 1300,1). Özel ve yazılı bir yetki almadan müvekkili adına sözleşme yapmaya yetkili olmayan acentenin, özel ve yazılı yetkisi olmadan tahkim anlaşması yapması da mümkün değildir (TTK m.107,1)²⁷⁵.

Tahkim sözleşmesinin geçerliliği bakımından tahkim iradesinin özel önemi vardır²⁷⁶. Tahkim anlaşması ile taraflar, uyuşmazlıklarının çözümünü asıl yargılama olan devlet mahkemeleri yargılaması dışına çıkartarak istisnâ niteliği bulunan tahkim yargılaması kapsamına soktuklarından, tahkim anlaşmasındaki

²⁷⁵ “ ... Dosya kapsamından, davacı Ermar Ltd.Şti.'nin yabancı uyruklu Admiral Shipping and Intl. Trading Inc. unvanlı firmanın gemi işletme müteahhidi olarak işletmesi altında bulunan Comoros bayraklı M.V.CODA ve Malta bayraklı M.V. DIGNITY isimli gemilerin gemi yöneticiliğini, Admiral Shipping and Intl. Trading Inc. Firması ile yaptığı 3.4.2006 tarihli gemi yönetimi sözleşmesi ile üstlendiği, gemi yöneticisi sıfatı ve gemi yönetimi sözleşmesi kapsamında olarak, davalı Hefko A.G. 'yi temsilen hareket eden Hatko A.Ş. ile 10.04.2006 tarihli ve fixture recap mahiyetinde navlun sözleşmesi akdettiği, bu sözleşmeye göre Ermar Ltd.Şti.'nin taşıyan, davalı Hefko A.G. 'nin taşıtan, Hatko A.Ş. 'nin taşıyan acentesi olduğu, diğer davalı Karabük Demir Çelik A.Ş.'nin ise navlun sözleşmesine konu yüklerin alıcısı olduğu anlaşılmaktadır. Davacı taraf 10.04.2006 tarihli navlun sözleşmesine göre, 120.000 MT. 23.03.2010 Kömürün birden ziyade ardıl seferler ile Kere veya Manupol Limanları'ndan, Zonguldak veya Karadeniz Ereğli Limanları'na taşınması işini üstlenmiş, bu taşımının aylık toplam 20.000 M.T. 23.03.2010 kömür taşımak suretiyle gerçekleştirileceği, ancak taşıtan Hefko A.G. 20.000 M.T. 23.03.2010 taşıtma taahhüdünü yerine getirmediği, davacı tarafın toplam 6 seferde 37.534.973 M.T. 23.03.2010 kömür taşıdığı, yapılan toplam 6 sefer taşımanın 4 ayrı seferinde davacı lehine toplam 75.815,37 USD demuraj alacağı olduğu, davalı Karabük Demir Çelik A.Ş. 'nin boşaltma limanında oluşan demuraja kendi sahasındaki engeller nedeniyle sebep olduğundan sorumlu olduğunu ileri sürerek, fazlaya dair talep ve dava hakları saklı kalması kaydıyla 75.815,37 USD demuraj alacağının faizi ile davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Yargılama sırasında Admiral Inc. vekili, 02.04.2007 tarihli dilekçesi ile diğer davacı Ermar Ltd.Şti. ile aralarında yapılan 03.04.2006 tarihli Yönetim Sözleşmesinde Ermar Ltd.Şti. 'ne tahkim sözleşmesi yapma yetkisinin verilmediğini, bu nedenle 10.04.2006 tarihli navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartının geçersiz olduğunu savunmuştur.

Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klotları içinde geçerlidir. Bu sebeple tahkim klotunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Yada tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kalmaz. Yine TTK.nun 121. maddesi hükmü uyarınca hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahi yetli değildir. Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/2. maddesi ile HUMK.63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.

Yukarıda açıklananlar ışığında, dava konusu olayda, davacı Ermar Ltd.Şti. ile davalı Hefko AG.yi temsilen acente Hatko A.Ş. arasında yapılan tahkim sözleşmesi Ermar Ltd. Şti.'nin tahkim yapma yetkisinin bulunmaması nedeniyle geçersizdir. Bu durumda mahkemece, geçersiz tahkim şartına dayalı olarak verilen Heiko A.G. 'ye izafeten Hatko A.Ş. yönünden tahkim şartı sebebiyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine kararı doğru olmadığından kararın bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 11. HD, 23.03.2010 T.; 2008/5901 E., 2010/3203 K. (www.kazanci.com)

²⁷⁶ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3628.

tahkim iradesinin (yani uyuşmazlığın hakem tarafından çözümleneceği hususunun) çok açık olması gerekir²⁷⁷. Tahkim iradesi, hiçbir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık, kesin ve kararlı olmalıdır²⁷⁸. Tahkim iradesi açık değilse, tahkim anlaşması geçersizdir. Örneğin, herhangi bir şarta bağlanmaksızın “*tarafklar arasındaki uyuşmazlık, hakem tarafından çözümlenecektir*”; “*çıkacak olan uyuşmazlıklar, tahkim eliyle karara bağlanacaktır*” yollu ifadelerde tahkim iradesi açıktır. Buna karşılık, uyuşmazlık hakkında hem mahkeme hem tahkim yolunun kararlaştırılması halinde, tahkim

²⁷⁷ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3629.

²⁷⁸ AKINCI (Tahkim), s. 98 vd; “... Gerçek ya da tüzel kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarda asıl olan uyuşmazlığın devletin bünyesindeki yargı organları-mahkemeler tarafından çözülmesidir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında sayılan arabuluculuk, tahkim, hakem, bilirkişi vs. gibi yollarla uyuşmazlıkların çözümü tarafların serbest iradesi ya da bu yola başvurmayı zorunlu kılan yasa hükmünün varlığına bağlıdır.

Tahkim yolu, uyuşmazlıkların çözümünde tarafların devlet yargısı yerine hakem olarak adlandırılan özel kişileri görevli ve yetkili kılmalarını ifade eder. Bunun sonucu olarak tahkim çözüm yoluna gidilebilmesi için tarafların tahkim sözleşmesi yapmaları ya da düzenledikleri sözleşmede tahkim şartının bulunması gerekir. Tahkim anlaşması veya tahkim şartındaki uyuşmazlığın hakem veya hakemler kurulunca çözümlenmesine ilişkin irade beyan ve açıklaması tahkim şartı sözleşmesinin temel unsurudur. Tahkim şartı veya anlaşmasının geçerli olabilmesi için yanların tahkim iradesini açıkladıkları tahkim şartı ya da sözleşmede tartışma ve karışıklığa neden olmayacak biçimde açık ve kesin olarak belirtmiş olmaları zorunludur. Dairemiz ve yerleşik Yargıtay içtihatlarında geçerli bir tahkim şartı varlığı veya tahkim anlaşmasının geçerli sayılabilmesi için uyuşmazlığın kesin olarak hakemde çözüleceğinin kararlaştırmış olması gerektiği kesin iradeyi ortadan kaldıran ya da zayıflatan kayıtların tahkim sözleşmesi veya şartını geçersiz-hükümsüz kılacağı kabul edilmektedir. Taraflar sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tümünün tahkim yoluyla çözülebileceğini kararlaştırabilecekleri gibi sadece bir bölümünün tahkim yoluyla çözülebileceğini de kararlaştırabilirler.

Bu açıklamalardan sonra somut olaya gelince, taraflar arasında imzalanan 03.09.2007 tarihli kapağında 079/2007-4 tarih ve tersane inşaat numarası yazılı sözleşmenin anlaşmazlıkların çözümü başlıklı 37. maddesinde aynen “*şirketle yüklenici arasında bu sözleşmenin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlıklar hakemlik yoluyla çözülecektir. Tarafların seçecekleri hakemler kendi aralarında kabul edecekleri üçüncü kişiyi seçecekler ve bu kurulun vereceği karar geçerli olacaktır. Hakemler TMMOB üyesi olacaklar ve hakemlik masrafları yüklenici tarafından karşılanacaktır. Hakemlik yoluyla çözülmesi mümkün olmayan hususlarda ve sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamı İstanbul mahkemeleri ve icra daireleridir.*” denilmek suretiyle sözleşmeye tahkim şartı konulmuştur.

Az yukarıda belirtildiği gibi taraflar sözleşmenin bir kısmının uygulanmasından çıkan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırabilirlerse de; eldeki davanın dayanağı sözleşmenin tahkim şartını içeren 37. maddesinin birinci fıkrasında sözleşmenin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlıklar hakemlik yoluyla demek suretiyle sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tümünün tahkim yoluyla çözümünü kararlaştırdıktan sonra, üçüncü fıkrasında hususlarda ve kelimelerinden sonra “*sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamı İstanbul mahkemeleri ve icra daireleri*” demek suretiyle tahkim şartının sözleşmenin bir kısmıyla ilgili olmadığı ve bu hallerde mahkemelerin ve icra dairelerinin görevli olduğunu belirtmek suretiyle tahkim iradelerinin mutlak ve kesin olmadığını ortaya koymuşlardır.

Bu durumda mahkemece sözleşmenin uygulanmasından doğan tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi kararlaştırıldıktan sonra sözleşme ve eklerinde belirtilen durumlarda başvuru makamlarının İstanbul mahkemeleri ve icra daireleri olduğu kabul edilmek suretiyle şeklinde konulan kaydın tahkim iradesinin mutlak ve kesin olmadığı ve bu kaydın tahkim şartını hükümsüz kıldığı kabul edilerek tahkim ilk itirazı reddedilip işin esası incelendikten sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi yerine, yanlış değerlendirme yapılarak davanın usulden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur. ...” Yargıtay 15. HD, 23.01.2017 T.; 2016/4735 E., 2017/259 K. (www.kazanci.com)

iradesi açık değildir²⁷⁹. Tarafların “hakem kararının anlaşmazlığı çözememesi halinde mahkemeye başvurulacağı” şeklinde anlaşmalarında da tahkim iradesi açık değildir²⁸⁰. Ayrıca, gerek HMK m. 412 gerekse MTK m. 4’e göre geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilebilmesi için mevcut bir hukuki ilişkin varlığı zorunlu olup tarafların, ortada herhangi bir hukuk ilişki bulunmadığı halde aralarında çıkacak her türlü uyuşmazlığın/tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğini kararlaştırmaları belli/mevcut bir uyuşmazlığa işaret etmediğinden burada geçerli bir tahkim sözleşmesinden/şartından söz edilemez²⁸¹. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, geçerli bir tahkim iradesinden bahsedebilmek için taraflar arasındaki ilişkinin belirli olması şartı, uyuşmazlığın belirli olmasından farklı olup uyuşmazlığa ilişkin hukuki münasebetin belirtilmesi, geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulması için yeterli sayılmalıdır²⁸².

²⁷⁹ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3629.

²⁸⁰ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3632; “Taraflar arasında imzalanan 19.8.2013 tarihli Birinci Otomotiv Tayırad Organize Sanayi Bölgesi Fabrika ve İdari Binası Çatı-Cephe Kaplama İmalatı Sözleşmesi'nin “İhtilafların Halli” başlıklı 12. maddesinde, “İhtilaf vukuunda, İstanbul Anadolu Mahkeme ve İcra Daireleri yetkilidir. Uyuşmazlık halinde, taraflar mahkemeye başvurmadan önce, taraflarca seçilmiş birer, üzerinde müştereken anlaşmış bir kişi olmak üzere toplam 3 hakem ile uyuşmazlığı çözmeye çalışacak, sonuç alınmaması halinde son yol mahkeme tercih edilecektir.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Geçerli bir tahkim şartı ya da anlaşmasından söz edebilmek için tarafların tahkim iradeleri, karışıklığa yer vermeyecek biçimde açık ve kesin olarak belirtilmelidir. Kural olarak bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi yetkili mahkemelere ait olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması halinde tahkim şartı ya da anlaşması geçersiz olur.

Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında İstanbul Anadolu Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olacağına belirtilmesi yanında hakemlerin uyuşmazlığı çözememeleri halinde son yol olarak mahkemelerin tercih edileceğinin ifade edildiği, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, taraflara mahkemede de dava açma yetkisi verildiği anlaşılmakta olup tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından tahkim şartı geçersizdir.” Yargıtay 15. HD, 08.03.2016 T.; 2016/1133 E., 2016/1495 K. (www.kazanci.com); “...Taraflar arasında imzalanan 11.1.2013 tarihli K... A... Sitesi Konut Projesi İnşaat ve Satış Vaadi Sözleşmesinin anlaşmazlıkların çözümü başlıklı 9. maddesinde “... Taraflar arasında meydana gelecek ihtilafların öncelikle tarafların her birinin ayrı ayrı tayin edeceği birer hakemden oluşan iki kişilik hakem heyetince çözülmesi esastır. 30 gün içinde bu yolla anlaşma sağlanamaması durumunda ihtilafların hallinde İstanbul Mahkemeleri ve İcra Daireleri yetkilidir.” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Geçerli bir tahkim şartı ya da anlaşmasından söz edebilmek için tarafların tahkim iradeleri, sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek biçimde açık ve kesin olarak belirtilmelidir. Kural olarak bir uyuşmazlığın çözümlenmesi görevi yetkili mahkemelere ait olduğundan tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması halinde tahkim şartı ya da anlaşması geçersiz olur.

Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında 30 gün içinde bu yolla (tahkim) anlaşma sağlanamaması halinde ihtilafların hallinde İstanbul mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı belirtildiği, bu şekliyle uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, mahkemede de dava açma yetkisi verildiği, tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından geçersizdir.” Yargıtay 15. HD, 22.05.2015 T.; 2015/2198 E., 2015/2758 K. (www.kazanci.com).

²⁸¹ AKINCI (Tahkim), s.111.

²⁸² AKINCI (Tahkim), s.105, 106.

Tahkim sözleşmesine karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz (m.412,4; MTK m. 4/IV). Çünkü, “*ayrılabilirlik prensibi*”²⁸³, *autonomy* veya *severability/separability doktrini* gereği, asıl sözleşmenin geçersiz olduğu iddiası, o sözleşmenin bir parçası olsa bile tahkim şartına karşı ileri sürülemez²⁸⁴. Ayrıca, sözleşme gereği tahkim yolu ile çözülecek bir uyuşmazlığın doğmuş olup olmadığı hakem (hakem kurulu) tarafından karara bağlanacak bir husustur. Taraflar, uyuşmazlığın Devlet mahkemesine intikalinden (davanın açılmasından) sonra dahi, tahkim konusunda anlaşma yapabilirler. Böyle bir durumda davanın açıldığı mahkeme, tarafların (ortak) talebi halinde, dava dosyasını hakeme (hakem kuruluna) gönderir (m.412,5; MTK m.5/II)²⁸⁵.

Hakem kararının iptali sebebi olarak tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetli olması hali fazlaca karşılaşılabilecek bir durum olmasa da sözleşmenin geçersiz olduğu ya da iptal davasının davacısının, irade fesadı nedeniyle tahkim anlaşmasıyla bağlı olmadığını iddia etmesi daha sık karşılaşılabılır bir durumdur²⁸⁶. Tahkim anlaşmasının irade fesadı nedeniyle butlanı veya iptali hakkında Borçlar Kanunu hükümleri geçerlidir²⁸⁷. Buna göre,

²⁸³ *Asıl sözleşmeye dercedilmiş olsa dahi tahkim anlaşmasının ondan müstakil olduğu (separability of arbitration clause) halen bütün Avrupa devletleri ve Amerikan hukuku ile müessesvi tahkim yapan milletlerarası kurumların tahkim kurallarında kabul edilmiş bir husustur. Tahkim anlaşmasının istiklali bakımından bu anlaşmanın bir tahkim şart şekline asıl sözleşmeye dercedilmiş olması ile müstakil bir sözleşme ile yapılmış olması arasında fark yoktur* (KALPSÜZ, Tahkim, s. 34).

²⁸⁴ ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 331; “... Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klorları içinde geçerlidir. Bu sebeple tahkim klorunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Yada tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz. ...” YHGK, 22.02.2012 T., 2011/11-742 E., 2012/82 K. (www.kazanci.com)

²⁸⁵ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3634.

²⁸⁶ UMAR, s.1203.

²⁸⁷ “... Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan gözönünde tutulmalıdır. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasını veya tamamının seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir (Dr. Yavuz Alango, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlemesi, İstanbul-1973, Sh. 86). Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun. 20. maddesi gereğince batıl olacaktır.

kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan tahkim sözleşmeleri de tıpkı diğer sözleşmeler gibi geçersiz olacaktır²⁸⁸(TBK m. 27,1). Yukarıda belirtildiği üzere, prensip olarak tahkim kaydı asıl sözleşmeden bağımsızdır. Ancak, bunun bazı durumlarda uygulanması mümkün olmayabilir. Esas sözleşmeyi geçersiz kılan bazı sebepler tahkim sözleşmesini de geçersiz kılabilir²⁸⁹. Ayrıca, asıl sözleşmeyi imzalayan kişinin ehliyetsiz olması, asıl sözleşmenin yanı sıra bu sözleşmede yer alan tahkim kaydını da geçersiz hale getirir²⁹⁰. Tahkim şartı içeren sözleşmelerde, hem asıl sözleşmenin hem de tahkim şartının butlanla malul olduğundan söz edebilmek için butlan sebeplerinin her ikisini de etkiler nitelikte

Ekonomik ve sosyal üstünlüğü olan davalı işveren ile işçi arasında düzenlenen 12.06.2006 tarihli iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün 6 ve aynı tarihli sulh ve ibra sözleşmesinin 7. maddelerinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesine dayalı uyuşmazlık çıkması halinde uyuşmazlığı hakem yolu ile karar bağlanacağı şartına yer verilmiştir. Özellikle davacı tanıkları, işverenin hazırladığı bu belgeleri imzalama zorunluluğu getirdiğini, imzalanmadığı takdirde referans vermeyeceklerini ve aynı sektörde davacının iş bulamayacağını beyan etmişlerdir. Davalı tanıkları da, davalı işverenin davacı işçinin performansından memnun olmadığını, davacının bu durumu düzeltmediğini, tazminat verildiğinde davacı işçinin ayrılacağını kabul ettiğini belirtmişlerdir. Diğer taraftan iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol ve aynı tarihli sulh ve ibra sözleşmelerinin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmelerin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre sözleşmelerdeki tahkim şartının Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur. Taraflar arasında hukuken geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edilemeyeceğinden, geçersiz tahkim şartına dayanılarak mahkemece görevsizlik kararı verilemez. Ayrıca, HUMK. m. 533/3 maddesi uyarınca, hakemler de yetkileri ve görevleri dahilinde olmayan bir uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceklerdir. Mahkemece verilen görevsizlik kararı usule ve yasaya aykırıdır. İşin esasına girilerek, tarafların delil ve karşı delilleri toplanmalı, inceleme yapılmalı, sonucuna göre karar verilmelidir. ...” Yargıtay 9. HD., 12.05.2008 T., 2007/35895 E., 2008/11994 K.; 17.09.2007 T., 2007/28539 E., 2007/26478 K. (www.kazanci.com)

²⁸⁸ UMAR, s.1230, 1204.

²⁸⁹ EKŞİ (Tahkim), s.106.

²⁹⁰ “... Taraflar arasındaki uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğundan 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesi hükmü uyarınca tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerekir. Somut olayda taraflar arasında düzenlenen sözleşmede tahkim şartı bulunmakta ise de sözleşmeyi imzalayan ...'ün sözleşme tarihi itibarıyla davalı şirketi temsile yetkili olmadığı ve bu sebeple sözleşmenin davalı şirket yönünden geçerli bulunmadığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Geçersiz sözleşmedeki tahkim şartı da geçersizdir. 5718 Sayılı MÖHUK'un 62. maddesinde yabancı hakem kararının tenfizi talebinin reddi sebepleri arasında tahkim şartının geçersiz (hükümsüz) olması hali de sayılmıştır. Her ne kadar mahkemece tarafların sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirmiş olmaları sebebiyle geçersizliği ileri sürmelerinin TMK'nın 2. maddesi hükmü karşısında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ve kabul edilemeyeceği belirtilmiş ise de bu husus işin esası ile ilgili bir değerlendirme olup görevli ve yetkili mahkemede yapılacak yargılama sırasında dikkate alınabilir.

Somut olayda geçerli bir tahkim şartı bulunmadığı gözetilmeden mahkemece eksik inceleme ve yanılığın değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. ...” Yargıtay 19. HD., 23.12.2015 T.; 2015/2198 E., 2015/2758 K., (www.kazanci.com).

olması gerekir. Örneğin, ehliyetsizlik ve ikrah, hem asıl sözleşmeyi hem asıl sözleşmede yer alan tahkim şartını etkileyen ve geçersiz kılan birer sebeptir²⁹¹.

Tahkim bazen maddi hukuk hükümleriyle de sınırlandırılabilir²⁹². Örneğin, TBK'nın 262. maddesi uyarınca yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz. Bunun dışında, 6102 sayılı TTK'nın deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaydan veya bagajın ziyaa veya hasara uğramasından önce yapılmış tahkim sözleşmelerin geçersiz olduğu belirtilmiştir (m. 1271, 2). Bu hallerde, yapılmış bir tahkim sözleşmesi varsa bile bu sözleşmeler geçersiz olacaktır²⁹³.

Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz olması ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması hem HMK uyarınca hem de MTK uyarınca bir iptal sebebidir. Ancak, MTK'nın milletlerarası niteliği ve yabancılik unsuru barındırması hasebiyle iptal sebebi *“Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması”* şeklinde (UNCITRAL Model Kanunun m.34/2/a/i ile uyumlu olarak) kaleme alınmıştır. HMK'da aynı iptal sebebinin *“tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması”* şeklinde düzenlenmesi HMK bakımından tahkim sözleşmesinin hangi hukuka göre geçerli olacağı sorununun ortaya çıkmayacağı düşüncesinden kaynaklıdır. Ayrıca, Model Kanun sistematığıyla uyumlu olarak MTK'da bu iptal sebebi, varlığı tarafça ispat edilecek olan sebepler arasında yer almaktadır.

Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun düzenlendiği MÖHUK m.9'a göre hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî

²⁹¹ YEĞENGİL, s. 179.

²⁹² EKŞİ (Tahkim), s.78.

²⁹³ EKŞİ (Tahkim), s.80.

hukukuna tâbidir. Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak, fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.

Yabancılik unsuru ihtiva eden ve MTK kapsamında olan bir tahkim anlaşmasının ya da tahkim şartının ehliyetli kişi ya da kişiler tarafından akdedilip edilmediği MÖHUK hükümlerine göre belirlenecekse de tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde sözleşmenin geçerliği, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaksızın, Türk hukukuna göre belirlenecektir²⁹⁴. Zira, MTK'ya göre tahkim anlaşması tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir (m.4/III). Buna göre, tahkim anlaşmasının hata, hile, ikrah gibi sebeplerle geçersiz olduğu iddiası; taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuka göre, seçim yapılmamışsa Türk hukukuna göre değerlendirilerek çözüme kavuşturulacaktır.

Gerek HMK, gerekse MTK bakımından bir hakem kararının, *tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması* sebebiyle iptal edilmesi halinde yeniden tahkim yoluna başvurulması da mümkün olmayacaktır²⁹⁵.

²⁹⁴ AKINCI (Tahkim), s.291.

²⁹⁵ Bkz. aşağıda s. 155 vd.

III. Hakem veya Hakem Kurulunun Seçiminde Sözleşmede Belirlenen veya Kanunda Öngörülen Usule Uyulmaması (HMK m. 439, 2, b; MTK m. 15, A f., b. 1., alt bent b)²⁹⁶

HMK m. 416'nın birinci fıkrasında tarafların, hakem veya hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmakta serbest olduğu vurgulandıktan sonra taraflarca aksinin kararlaştırılmamış olması halinde uygulanacak hakem seçimi usule yer verilmiştir. Buna göre, ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir. Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa, hakem taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir. Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer, bu şekilde seçilen iki hakem de üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar. Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir. Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde, en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır²⁹⁷ (m. 416,1). Hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen, taraflardan birinin sözleşmeye uymaması; kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, tarafların ya da hakemlerin bu konuda anlaşamamaları veya hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluşun, hakemi ya da hakem kurulunu seçmemesi hallerinde, hakem veya hakem kurulunun seçimi taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır. Mahkemenin gerektiğinde tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve

²⁹⁶ UNCITRAL Model Kanun m. 34/2/a/iv

²⁹⁷ MTK m.7'de yer almayan bu hüküm bilim kurulu tarafından hazırlanan tasarıya Adalet Komisyonu tarafından eklenmiştir ve bu eklemenin gerekçesinin; hakemlerin yürüttüğü işin hukuk yoğun karakterinin en az bir hakemin hukukçu olmasını zorunlu kılması ve kuralların ve nesafet hukukunun doğru uygulanması amacı olduğu belirtilmiştir. Bkz. BUDAK (Kanun), Adalet Komisyonu Gerekçesi, s. 579

tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır (m. 416/2).

Taraf iradelerinin ön planda olduğu tahkim yargılamasında hakem seçimi, kimin ya da kimlerin hakem olacağını belirlemek hak ve yetkisi ile hakemlerin nasıl seçileceğinin belirlenmesi de prensip olarak taraflara aittir. Taraflar, hakem seçimini bizzat kendileri yapabilirler, hakemi ya da hakemleri tahkim anlaşmasında ismen belirleyebilirler ya da ismen belirleme yapmaksızın, yalnızca hakem seçimi usulünü belirlemekle yetinebilirler.

Hakem seçimi tahkim sözleşmesinde yapılmış ve hakem(ler) ismen belirlenmişse, bu hakem(ler)in görevi kabul etmemesi, ölmesi gibi durumlarda, taraflar aksini kararlaştırmazlarsa tahkim sözleşmesi sona erer ve dava artık devlet mahkemesinde açılır²⁹⁸. Ayrıca, tahkim sözleşmesinde hakem(ler) ismen belirlenmiş olmasına rağmen tahkim yargılamasının belirlenen hakem(ler) tarafından yürütülmemesi, hakem kararının bu hakem(ler) tarafından verilmemesi bir iptal sebebi oluşturacaktır²⁹⁹. Ancak, ismen belirlenen hakem(ler)in tahkim yargılaması başladıktan sonra herhangi bir sebeple görevlerinin sona ermesi bir iptal sebebi olmayıp, bu durumda zaten tahkim yargılaması sona erer³⁰⁰.

Hakem(ler)in ismen belirlenmesi dışında, taraflar hakem seçimini üçüncü kişi veya kuruluşa da bırakabilirler. Ancak, taraflar hakem(ler)in belli bir hâkim tarafından seçileceğini kararlaştıramazlar. Çünkü, hâkimler Anayasaya göre yalnızca kanunlarca kendilerine verilen görevleri yapabilirler. Bununla birlikte, tarafların hakemin belli bir hâkim tarafından değil de genel bir ifadeyle mahkemelerce seçileceğini kararlaştırabilmeleri mümkündür³⁰¹.

²⁹⁸ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3644.

²⁹⁹ AKINCI (Tahkim), s. 298; KARADAŞ, s. 221.

³⁰⁰ KALPSÜZ (Tahkim), s. 133.

³⁰¹ YILMAZ (Şerh), C. 3, s.3644; "... HUMK'nun 519. maddesi gereğince "bir nizan hakemler vasıtasıyla halledilip edilmeyeceği hususunda tevelliit eden ihtilaflar mahkemece ... halledilir". Taraflar arasındaki ihtilafların hakemde görülüp görülemeyeceği bakımından anlaşmazlık çıkması üzerine davacı anılan bu hükme göre mahkemeye başvurmuş, İstanbul Asliye 2. Ticaret Mahkemesi de 1.5.10.1985 gün ve 1985/531 Esas ve 1985/787 sayılı kararıyla nizan hakemler vasıtasıyla halli gerektiği sonucuna

Hakem seçiminde tarafların eşit haklara sahip olması gerekir. Bir tarafa diğer taraftan daha fazla hakem seçme hak ya da yetkisi tanınmaz. Çünkü böyle bir durum, yargılama sonucunda ortaya çıkacak karar açısından daha fazla sayıda hakem seçen taraf lehine bir sonuç yaratır ve taraflar arasındaki eşitlik daha baştan bozulmuş olur ki burada adil bir yargılamadan söz edilemez³⁰².

varmıştır. Bu karar üzerine tarafların iki hakemi belirlenerek hakem davası başlamış ancak iki hakem kararda anlaşamadıkları için 3. hakemin seçimi talep edilmiştir. Bu durum karşısında nizam hakemde görüleceği hususu kesinleşmiş bulunmaktadır. Kesinleşen bu durum dikkate alınarak mahkemece 3. hakemin seçilmesine karar verilmek gerekirken yazılı olduğu üzere hakem sözleşmesinin geçersiz bulunduğundan bahisle talebin reddedilmesi doğru görülmemiş, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle kararın bozulması gerekmiştir. ...” Yargıtay 11. HD., 12.11.1986 T., 1986/5093 E., 1986/5908 K. (www.kazanci.com) Kararın karşı oy gerekçesinde hakem seçimin mahkemelere bırakılabileceği hususu isabetli bir şekilde ve şöyle açıklanmıştır:

“Mahkeme, Anayasanın 140/5. maddesindeki yargıçların yasa ile belirlenenlerin dışında genel veya özel hiçbir görev alamayacakları hükmüne ve önceki Yargıtay kararlarına dayanarak hakemlerin veya 3. hakemin belli bir yargıç tarafından seçileceğine ilişkin tahkim koşulunun geçersiz olduğunu, bunun sonucu olarak da tahkim sözleşmesinin de sözleşmenin 6. maddesindeki geçersiz olacağını bildirerek 3. hakem seçim istemini reddetmiştir.

Tahkimde hakemlerin bilgi ve ihtisasları yanında ve bunlardan daha fazla olarak güven esastır. Bu nedenledir ki tahkim sözleşmesinde şartında ismen belirtilmiş hakemin veya hakemlerden birinin hakem olmayı reddetmesi veya ölmesi yahut hakemlik yapmasına yasal bir engel bulunması halinde tahkim sözleşmesi şartı hükümden düşer. Öğreti ve uygulama, bu yönde ittifak halindedirler. (S.Ş. Ansay, Hukuk Yargılama Usulleri, 1950 sh. 432 No: 196 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt 4, 1984, sh. 4031 - Rasih Yeğengil, Tahkim, 1974 sh. 231, 232). Bu durumda HUMK'nun 520. ve 522. maddeleri uygulanamaz.

Hakemlerin veya bir hakemin (3. hakemin) seçimi üçüncü bir kişiye bırakılmışsa durum ne olacaktır? Kanımızca burada bir ayırım yapmak gerekecektir. Hakemlerin veya hakemi seçecek kişi ismen belirtilmişse, burada da güven ilkesi esas olup sadece o kişinin seçeceği hakemin uyumsuzluğu çözeceği kabul edilmeli ve o kişi ölürse ya hakem seçmeyi reddeder yahut yasal bir nedenle yapamazsa tahkim sözleşmesinin şartının hükümden düştüğünün kabulü gerekir. Ancak öyle değil de kişinin önemi olmadan belli bir mercide bulunan kişinin, olayımızda olduğu gibi İstanbul Asliye 1. Ticaret Mahkemesi Başkanının, hakem seçmesi sözleşilmiş ise aynı sonuca varılabilir mi? Burada hakemi seçecek kişinin, genel nitelendirilmesi dışında özel bir önemi yoktur. Taraflar arasında uyumsuzluk çıktığı zaman o mevkide hangi kişinin bulunacağı belli değildir ve taraflar açısından da bunun önemi olmadığı anlaşılmaktadır. Hakem seçecek kişinin kişi olarak taraflarca bir önemi bulunmadığı takdirde bu kişinin ölümü, istemi reddetmesi veya yasal olarak bu görevi yapamaması halinde, tahkim sözleşmesinin şartının ortadan kalktığı kabulü yerine mahkemenin hakemi seçebileceğinin benimsenmesi tahkim sözleşmesinin metnine ve tarafların arzularına daha uygun düşer. (Aynı görüşle; Ansay age, sh. 343. No: 196; M. Çemberci, Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti, Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını sh. 130).

Olayımızda da durum aynıdır. Üçüncü hakemi seçecek kişi olarak İstanbul Asliye 1. Ticaret Mahkemesi Başkanı denilerek adete anonim bir kişi gösterilmiştir. Üçüncü hakemi seçecek ve o sırada mahkeme başkanı olan kişinin bir önemi yoktur. Olsa olsa belki yargıç niteliğinde birisinin hakem seçmesi öngörülmüştür, denilebilir. Mahkemede de bir yargıç veya yargıçlar kurulu bulunduğuna göre mahkemenin hakem seçiminde aranan bu niteliğinde bir aykırılık yoktur.

Esasen taraflar vekilleri müşterek dilekçelerinin mahkeme başkanına seçimi bizzat yapmasını ister şekilde vermiş olmalarına ancak mahkeme başkanının dilekçeyi mahkeme esasına kaydederek tensiple duruşma günü tesbit etmesine ve taraflar vekillerine davetiye çıkarmasına rağmen taraflar vekillerinin bu duruma itiraz etmemeleri ve vekaletnamelerinde de hakem seçmeye binnetice seçtirmeye yetkili olmaları karşısında tarafların 3. hakemin mahkemece seçilmesi konusunda anlaşmış oldukları da kabul edilmelidir.

Bütün bu açıklamalar gereğince tahkim sözleşmesinin şartının hükümsüz olmadığı kabulü ile mahkemece üçüncü hakemin seçilmesi gerektiği sonucuna varmak gerekmektedir.”

³⁰² KARADAŞ, s. 221.

Taraflarca hakem seçimi yapılmamış ya da hakemin seçim yöntemi de belirlenmemişse HMK m. 416 uygulama alanı bulacaktır. MTK'nın 7. maddesinin A ve B fıkralarında da HMK m. 416'da yer alan düzenlemeyle aynı yöndeki düzenlemelerin yer aldığını söylemek mümkündür. Ancak, MTK'da hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması gibi bir şart öngörülmemiştir. MTK m.7'ye göre taraflar hakemlerin sayısını belirlemede serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır. Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir. Sadece gerçek kişiler hakem seçilebilir. Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa, hakem taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından seçilir. Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer ve bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar. Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir. Hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen, taraflardan biri anlaşmaya uymazsa ya da kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa veya hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, hakem veya hakem kurulunun seçimi taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır. Asliye hukuk mahkemesinin bu konuda vereceği karar kesindir. Asliye hukuk mahkemesi hakem seçiminde tarafların anlaşmalarını, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmasını, tarafların farklı tâbiyette olmaları hâlinde tek hakem seçilecek ise bu hakemin tarafların tâbiyetinden olmamasını, üç hakem seçilecek ise bunlardan ikisinin bir tarafın tâbiyetinden olmaması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır.

Gerek HMK, gerekse MTK'ya göre hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tahkim sözleşmesinde belirlenen veya Kanunda öngörülen usule uyulmaması bir iptal nedenidir. Ancak, MTK uyarınca bu neden varlığı tarafça ispat edilecek olan nedenlerdendir.

IV. Kararın Tahkim Süresi İçinde Verilmemesi (HMK m. 439, 2, c; MTK m. 15, A f., b. 1., alt bent c)³⁰³

Tahkim süresi, tahkimin başlangıcından hakemlerin karar vermelerine kadar geçen süredir³⁰⁴. Tahkimde görülecek davaların belli bir müddetle bağlı olması kamu düzenini ilgilendiren bir husus olarak kabul edilmektedir³⁰⁵. Tahkim yargılamasının herhangi bir süreyle sınırlandırılmaması ve tahkimde görülen davanın uzaması, hak sahiplerinin tabii hakları olan devlet yargısına başvurma hakkından yoksun kalmalarına neden olabilir³⁰⁶. Devlet yargısında mahkemenin/hakimlerin davayı nihayetlendirmeleri için belirli bir süre öngörülmediği halde hakemler yargılamayı mutlaka tahkim süresi içerisinde bitirmek, tahkim süresi içinde bir karar vermek zorundadırlar³⁰⁷.

İrade serbestisi prensibi gereği taraflar tahkim süresini serbestçe kararlaştırabilirler. Bu süre kanunen öngörülen süreden daha uzun ya da daha kısa olabilir³⁰⁸. Taraflar tahkim süresini, sürenin tam olarak tayinine imkan verecek şekilde belirlemelidirler. *Uyuşmazlığın hali için gerekli süre, hakemlerin karar vermesine kadar geçecek süre* şeklindeki kararlaştırmalar belirli bir süreyi işaret etmediğinden geçerli değildir³⁰⁹. Taraflar tahkim süresini ve bu sürenin ne zaman başlayacağını da serbestçe kararlaştırabilirler.

³⁰³ UNCITRAL Model Kanun'da böyle bir iptal sebebine yer verilmemiştir ve ayrıca Model Kanunda tahkim süresine ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır.

³⁰⁴ AKINCI (Tahkim), s. 174.

³⁰⁵ YEĞENGİL, s. 306, 307; AKINCI (Tahkim), s. 178; KALPSÜZ (Tahkim), s. 68, 69; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 245; KARADAŞ, s. 198.

³⁰⁶ YEĞENGİL, s. 306, 307; ALANGOYA, s. 154.; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 238; KARADAŞ, s. 188.

³⁰⁷ AKINCI (Tahkim), s.174.

³⁰⁸ KALPSÜZ (Tahkim), s. 66., YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3663.

³⁰⁹ AKINCI (Tahkim), s. 179., KALPSÜZ (Tahkim), s. 66.

Tahkim süresinin hesaplanmasında, sürenin başlangıcına esas alınan işlemin yapıldığı ilk gün hesaba katılmaz³¹⁰ ve adli tatil tahkim süresine etki etmez. Tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işler de adli tatilden etkilenmez ve adli tatilde görülür (HMK m. 103, 1/g).

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Tahkim süresi tarafların anlaşmasıyla, anlaşamamaları hâlinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece uzatılabilir (HMK m.427; MTK m.10/B)³¹¹.

Birden fazla hakemin seçildiği durumlarda tahkim süresinin başlangıcına esas alınacak *ilk toplantı tutanağının düzenlendiği* tarihten kasıt, hakemlerin yargılama için bir araya geldikleri ilk toplantıdır. Bu sebeple örneğin, hakem olarak seçilen kişilerin gayri resmi olarak bir araya gelerek hakem sözleşmesinin düzenlenmesine yönelik değerlendirmeler yaptıkları toplantı, tahkim süresini başlatan ilk toplantı olarak kabul edilemez. Çünkü, burada tahkim yargılamasının başladığına dair düzenlenen bir tutanak yoktur³¹².

Tahkim süresinin uzatılıp uzatılmayacağı elbette ki taraf iradelerine bırakılmıştır. Ancak, tarafların bu konuda anlaşamaması halinde, aksi kararlaştırılmamışsa³¹³ taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkeme tarafından tahkim süresi uzatılabilir. Süre uzatımını ancak taraflar ya da taraflardan birisi talep edebilir, hakemlerin böyle bir hak ve yetkisi bulunmamaktadır³¹⁴. Ayrıca, süre uzatımı için tahkim süresi sona ermeden, tahkim süresi içinde ve en geç tahkim süresinin son günü mahkemeye müracaat edilmiş olması gerekir. Zira tahkim

³¹⁰ UMAR, s.1176.

³¹¹ Kurumsal tahkimde tahkim divanlarına tahkim süresini re'sen uzatma yetkisi verildiği de görülmektedir. Örneğin bkz. İSTAC Tahkim Kuralları m.33/2, ICC Tahkim Kuralları m. 30/2.

³¹² YILMAZ (Şerh), C. 3, 3665, s. 1707.

³¹³ *Tahkim sözleşmesinde tarafların tahkim süresini ancak sözbirliği ile (ortak iradeleriyle) uzatabilecekleri, aksi halde hakemlerin görev ve yetkilerinin sona ereceği yazılı ise bu durumda mahkemeden tahkim süresinin uzatılması istenemez, istense dahi mahkeme süre uzatım kararı veremez* (KARADAŞ, s. 196; AKINCI, Tahkim, s.183).

³¹⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s. 71; EKŞİ (Tahkim), s. 185; KARADAŞ, s. 195.

süresinin bitmesiyle tahkim şartı/tahkim sözleşmesi ortadan kalkacak olup artık var olmayan bir tahkim şartına/sözleşmesine dayanılarak süre uzatım talebinde de bulunulamayacaktır³¹⁵.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, tahkim süresinin işlemeye başladığı tarih ile tahkim davasının açıldığı tarih birbirinden farklıdır. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim davası; hakemlerin seçimi için mahkemeye veya tarafların sözleşmesine göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu; sözleşmeye göre hakemlerin seçimi iki tarafa ait ise davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini diğer tarafa bildirdiği; sözleşmede hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı; tarihte açılmış sayılır (HMK m.426, 1; MTK m. 10/A). MTK ve dolayısıyla HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin temel dayanağını olan UNCITRAL Model Kanun'un "Tahkim usulünün başlaması/Commencement of arbitral proceedings)" başlıklı 21. maddesine göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece tahkim davası ihtilafın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin davalı tarafından alındığı tarihte başlar. Ancak, MTK'da ve dolayısıyla HMK'da Model Kanun hükmünden farklı olarak LDIP'in milletlerarası teamüle daha uygun olan 181. maddesinde yer alan düzenleme benimsenmiş³¹⁶ ve hakem seçimi tarafa ait ise bu halde davanın açıldığı tarihin, davalının uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebini aldığı tarihe göre değil de davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini davalıya bildirdiği tarihe göre belirleneceği, yani davacının uyuşmazlığı tahkime götürme iradesini ortaya koyduğu tarihe göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Tahkim süresi ise bu tarihten bağımsız bir tarihtir ve yukarıda belirtildiği gibi ya taraflarca kararlaştırılmıştır ya da kanunen öngörülen süredir.

³¹⁵ AKINCI (Tahkim), s. 180; KALPSÜZ (Tahkim), s. 71; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 257; EKŞİ (Tahkim), s.185; KARADAŞ, s. 195-197.

³¹⁶ BOZKURT YÜKSEL, (Model Kanununa Genel Bir Bakış)s. 158; DEMİRCAN, s. 105; Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi (II)? Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler (Abant 25-28 Eylül 1997, Ankara 6 Haziran 1998), Sempozyum, BTHAE Yayınları, Ankara 1999, s.140; AYDOĞAN, s. 67-69.

Hakem veya hakem kurulu, esas hakkındaki kararını taraflarca belirlenen tahkim süresi içerisinde ya da (bir yıllık) kanuni süre içerisinde ve nihayet uzayan süre içerisinde vermek zorundadır³¹⁷. Hakem veya hakem kurulu tahkim süresi geçtikten sonra karar verirse, süresinden sonra verilen karar iptal edilme riski ile karşı karşıya olacaktır. Ayrıca, bir hakem kararının bu sebeple iptal edilmesi halinde yeniden tahkim yoluna da başvurulamayacaktır³¹⁸. Bu durumda davanın görevli ve yetkili mahkemede açılması gerekir³¹⁹. MTK uyarınca hakem kararın tahkim süresi içinde verilmemesi de varlığı tarafça ispat edilecek bir iptal sebebidir.

³¹⁷ "... Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 28.1.1994 günlü ve Esas: 1993/4, Karar:1994/1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyumsuzluğu maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, buna aykırı karar verilmesinin temyiz nedeni oluşturacağı kabul edilmiştir. Taraflar arasındaki hakem şartında, (sözleşmede) uyumsuzluğun Türk Maddi Hukuk kurallarına, kanunlara ve sözleşmelerine göre çözümlenmesi kabul edilmiştir. Bu nedenle temyiz konusu karar HUMK'nun 533. maddesinde sayılan nedenlerle ve yasa ve sözleşme hükümlerine aykırılıklar halinde de bozulabileceğinden dosya ve temyiz nedenlerinin bu doğrultuda incelenmesi gerekli görülmüştür;

HUMK'nun 529. maddesi hükmünce hakemler ilk toplantılarından itibaren 6 ay zarfında karar vermek zorunda olup, süre uzatımı dışında tahkim süresinin geçmesi halinde yapılan işlemler batıl olduğundan uyumsuzluğun yetkili mahkemeye çözümlenmesi gerekir. Aynı Kanunun 533. maddesinin birinci bendinde tahkim süresinin dolmasından sonra karar verilmesi bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Tahkim davalarının belli bir süreye bağlı olması kamu düzenine ilişkin olduğundan görev gereği hakemlerce ve temyiz aşamasında Yargıtay'ca kendiliğinden dikkate alınır. HUMK'nun 529. maddesinde belirtilen 6 aylık süre kanunun öngördüğü tahkim süresi olup taraflara tanınan sözleşme özgürlüğü nedeniyle bu sürenin tahkim şart ya da sözleşmesinde daha kısa olarak belirlenmesi mümkündür (Yargıtay 15.H.D.'nin 02.07.1997 gün 1997/256 Esas, 1997/3420 Karar sayılı ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 03.10.1997 gün 11898/13912 E.K. Sayılı ilâmları).

Eldeki davada taraflar arasında düzenlenen 23.09.2008 tarih ve ELB-W2 nolu sözleşmenin 25.1. maddesinde "Hakem anlaşmazlık bildirimimin eline geçmesinden itibaren 28 gün içerisinde kararını yazılı olarak bildirecektir." denilmek suretiyle tahkim süresi 28 gün olarak belirlenmiştir. Hakem kurulunun ilk toplantısını yaptığı 23.09.2009 günü itibarıyla anlaşmazlık bildirimimin kendilerine ulaştığının kabulü gereklidir. Buna rağmen hakemlerce bu tarihten itibaren kararlaştırılan 28 günden çok sonra 14.01.2010 tarihinde dava sonuçlandırılarak karar verilmiştir.

Bu durumda tahkim süresi uzatılmadığı ve tahkim süresinin dolmasından sonra verilmiş olması nedeniyle taraflar arasındaki tahkim koşulu ortadan kalkacağı için hakemler yetkisiz hale geldiğinden uyumsuzluğun hakemde değil genel mahkemelerde çözülmesi gerekir. Hakem kararı bu nedenle bozulmalıdır. ..."

Yargıtay 15. HD., 13.12.2010 T., 2010/4207 E., 2010/6858 K. (www.kazanci.com)

³¹⁸ Bkz. aşağıda s. 154 vd yer alan açıklamalar (Ancak, tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 60. maddesiyle HMK'nın 439. maddesinin yedinci fıkrasına "(b)," ibaresinden sonra gelmek üzere "(c)," ibaresi eklenmiş ve böylece hakem kararın tahkim süresi içinde verilmemesi gerekçesiyle iptal edilmesinden sonra dahi aynı tahkim sözleşmesi kapsamından taraflarca aksi kararlaştırılmamış tahkim sürecinin yeniden başlatılmasına imkan tanınmıştır.)

³¹⁹ KALPSÜZ (Tahkim), s.134; KARADAŞ, s. 223.

V. Hakem Veya Hakem Kurulunun Hukuka Aykırı Olarak Yetkili veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi (HMK m. 439, 2, ç; MTK m. 15, A f., b. 1., alt bent d)³²⁰

Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken sözleşmede yer alan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz en geç cevap dilekçesiyle yapılır ve tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz. Hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhâl ileri sürülmelidir. Ancak, yetkisizliğe ya da yetkinin aşıldığına dair itirazda gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varılırsa, süresinde ileri sürülmeyen itirazı da kabul edilebilir. Hakem veya hakem kurulu, yetkisizlik itirazını ön sorun şeklinde inceler (HMK m. 164³²¹) ve karara bağlar³²². Yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar (HMK m. 422,1; MTK m.7/H)³²³.

Hakemin kendi yetkisi hakkında karar verip veremeyeceği (Kompetenz/Kompetenz Frange) tahkim hukukunun en önemli konularından

³²⁰ UNCITRAL Model Kanun'da böyle bir iptal sebebine yer verilmemiştir. Bunun yerine Model Kanunun 16. maddesinde hakemlerin vereceği yetkililik kararına karşı tahkimde görevli mahkemede dava açma olanağı tanınmıştır.

³²¹ **Ön sorunun incelenmesi**

MADDE 164- (1) Hâkim, taraflardan birinin ileri sürdüğü ön sorunu incelemeye değer bulursa, belirleyeceği süre içinde, varsa delilleriyle birlikte cevabını bildirmesi için diğer tarafa tefhim veya tebliğ eder.

(2) Ön sorun hakkında iki taraf arasında uyuşmazlık varsa, hâkim gerekirse tarafları davet edip dinledikten sonra kararını verir.

(3) Hâkim, ön sorun hakkındaki kararını taraflara tefhim veya tebliğ eder.

³²² YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3659; KALPSÜZ (Tahkim), s.135.

³²³ UNCITRAL Model Kanun m. 16'da hakemlerin/tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme hakkı düzenlenmiştir. Ancak Model Kanun'da MTK ve HMK hükümlerinden farklı olarak hakem kurulunun yetkili olup olmadığı meselesini bir ön sorun olarak ele alması ve bir ön karar ile yetkili olduğuna karar vermesi halinde taraflara, bu karara karşı mahkemeye müracaat hakkı tanınmıştır.

birdir³²⁴. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri, tahkim şartının bağımsızlığı (severability or separability of arbitration clause) prensibi ile ilgili olup bu iki ilke birbirini tamamlayan ilkelerdir. Her iki ilke de asıl sözleşmenin veya tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda dahi hakemlerin yetkilerinin kendiliğinden ortadan kalkmayacağı, aksine geçersizlik ve yetkisizlik konularında da yine hakemler tarafından karar verileceğine dairdir³²⁵.

Tahkim şartının bağımsızlığı prensibi gereği, tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir ve dolayısıyla hakem ya da hakem kurulu, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığı tartışmasından ari olarak tahkim sözleşmesi/şartı kapsamında kendi yetkileri hakkında da karar verir. Yine, asıl sözleşmenin geçerliliğine karşın tahkim anlaşmasının geçersizliği ileri sürülüyorsa, bu durum da hakemlerce incelenecektir. Zira, hem HMK hem de MTK hükümlerine göre hakemler, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri hakkında karar verebilir³²⁶ ve bu esnada, sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin

³²⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s.76; AKINCI (Tahkim), s. 160; KESER BERBER, s. 124; TAŞKIN (Yetki), s. 118-121; YILMAZ (Şerh), C. 3, s.3658.

³²⁵ KALPSÜZ (Tahkim), s.76; AKINCI (Tahkim), s. 161.

³²⁶ "... Ancak dava konusu olayda olduğu gibi 4686 sayılı kanunun uygulanmasında ya da tahkim şartının yorumunda bir tereddüt varsa sözleşme hükümleri ve 4686 sayılı kanunun 1. ve 2. maddelerinin değerlendirilmesi gerekecektir. Yanlar arasındaki sözleşme 23.09.2005 tarihli olup Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 05.07.2001 tarihinden sonra imzalanmıştır. Bu kanuna göre yapılan yargılama sonunda verilen kararların temyiz edilemeyeceği, kanunun 15. maddesi uyarınca iptal davasına konu edilebileceği ortadadır. 15. maddede iptal şartları belirtilirken "Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı" hallerde kararın iptal olunacağı, yine hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduklarına karar verilmesi halinde de hakem kararının iptal olunacağı açıklanmıştır. Bu düzenlemenin nedeni, kanunun 7. maddesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü 7. maddenin H bendinde tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verme imkanı hakemlere tanınmıştır. Bu yetkinin kanuna veya sözleşmeye aykırı kullanıldığı hallerde bu husus iptal davasının incelenmesi sırasında değerlendirileceğinden bu konuda çıkacak ihtilaflarda HUMK'nın 519. maddesi bertaraf edilmiş olmaktadır.

Yani milletlerarası tahkime giren bir konuda uyuşmazlığın tahkimde görülüp görülemeyeceği, tahkim sözleşmesinin geçerli olup olmadığı konularında karar verme yetkisi hakemlere bırakılmıştır. Bu itirazın tahkim yargılamasında en geç ilk cevap dilekçesinde yapılması gerekmektedir. Bu itiraz öncelikle hakemlerce incelenerek hakemlerce yetkili olduklarına karar verilmesi halinde yargılamaya devam edilecektir. Uyuşmazlığın esasına karar verilip, iptal davası açıldığında bu sorun mahkemece iptal sebebi olarak takdir olunacaktır. Hakemler kendilerini görevli saymadıkları takdirde dava dilekçesini görevli olmaları nedeniyle reddedeceklerdir. Şu hale göre mahkeme önüne gelen ihtilafta, HUMK'nın 519. maddesi uyarınca tahkim şartının geçerli olup olmadığına incelenmesi hususunda bu aşamada mahkemenin görevli olmadığı açıktır. Öyle olunca mahkemece bu gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi

diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.

Hakem veya hakem kurulu yetkisizlik itirazını inceleyerek yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürerek davayı karara bağlar. Hakem veya hakem kurulunun yetkisizlik kararı vermesi halinde ise tahkim yargılaması sona erer. Hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna hükmetmesi halinde, bu kararın hukuka uygun olmadığını düşünen taraf, kararın kendisine bildirilmesinin ardından süresi içinde iptal davası açabilir.

Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz en geç cevap dilekçesiyle (HMK m. 422, 2; MTK m. 7/H/II), hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz ise derhâl ileri sürülmelidir (HMK m. 422, 3; MTK m. 7/H/III). Bu iki durum birbirinden farklı olup davanın açıldığı sıradaki yetkisizliğe itirazın en geç cevap dilekçesiyle, yargılamanın devamı sırasındaki yetki aşımına itirazın ise derhal ileri sürülmesi öngörülmüştür. Ayrıca, kural olarak süresinde yapılmayan itiraz daha sonra dinlenmez³²⁷. Hakemlerin yetkisizliğine ilişkin itirazların en geç cevap dilekçesiyle birlikte dilekçesiyle yapılacağına ilişkin düzenleme HMK m. 117'de öngörülen, ilk itirazların cevap dilekçesinde ileri sürülmesi zorunluluğuna ilişkin düzenlemeye benzetilebilir. Nitekim, vaktinde ileri sürülmeyen ilk itirazlar da dinlenmez. İtirazda gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varılırsa, süresinde ileri sürülmeyen itiraz da

gerekirken HUMK'nun 519. maddesi uyarınca tahkim şartının geçersizliğine karar verilmesi yerinde olmamıştır. İhtilafın hakemde 4686 sayılı kanun hükümleri doğrultusunda görülüp görülemeyeceği hakkındaki ihtilaf ileride, hakemlerce verilecek karara karşı iptal davası açıldığı takdirde mahkemece değerlendirilecek bir husustur. Uyuşmazlığın bu aşamasında mahkemenin tahkim şartını değerlendirmesi yerinde değildir. Temyiz itirazları bu nedenle yerinde olmakla karar bozulmalıdır. ...” Yargıtay 15. HD., 27.06.2007 T., 2007/2145 E., 2007/4389 K.; “ ... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görevli ve yetkili hakem kuruluna ait olduğunun anlaşılmasına göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına, fazla alınan temyiz peşin harcının istenmesi halinde temyiz eden davacıya iadesine, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 01.07.2014 gününde oyçokluğuyla karar verildi. ...” Yargıtay 15. HD., 01.07.2014 T., 2014/3310 E., 2014/4606 K. (www.kazanci.com)

³²⁷ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3658.

kabul edilebilir (HMK m. 422, 5; MTK m. 7/H/IV). Bu kısıtlamalar tahkim sürecini geciktirmeye yönelik davranışların bertarafı³²⁸ bakımından getirilmiştir.

Hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkililik kararı vermesinin yanı sıra, hukuka aykırı olarak yetkisizlik kararı vermesi de bir iptal sebebidir³²⁹.

³²⁸ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s.587.

³²⁹ “... Dava, davacı ile Ulaştırma Bakanlığı arasında 27.04.1998 tarihinden itibaren (25) yıl süre için imzalanan ve daha sonra davalı kurumla 12.02.2002 tarihinde yenilenen GSM Pan-Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin ICC Kurallarına göre tahkim şartını öngören 51 inci maddesine dayanılarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uyarınca davalının 14.03.2002 tarihli yazısı ile davacıdan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 4502 sayılı Kanun ile değişik 10/6 maddesiyle düzenlenen roaming (dolaşım) sözleşmesinin 30 gün içerisinde nomine edilen dava dışı bir şirketle imzalanmasının istenilmesinin taraflar arasındaki sözleşmenin 35 inci maddesine aykırı olduğu iddiası ile açılan tahkim davasının oyçokluğu ile reddine dair verilen 23.01.2004 gün ve 12085/DK sayılı kararının 4686 sayılı Kanun'un 15 nci maddesi gereğince iptali istemine ilişkindir.

Uluslararası Ticaret Odası'nın Uluslararası Ticaret Mahkemesi'nin seçtiği başkan ve tarafların seçtiği hakemlerle oluşan kurulun anılan kararı ile davalı kurumun davacıdan roaming sözleşmesi imzalaması direktifi verdiği 14.02.2002 tarihli yazının lisans sözleşmesinin 10 ve 35 inci maddelerini ihlal etmediği, tahkim kurulunun yargı yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılmış bulunmaktadır.

Tahkim davası açan davacı tarafça, sözleşmenin roaming'e ilişkin 35 inci maddesi hükmü karşısında davalı kurumun 14.03.2002 gün ve 4280-2279 sayılı yazısı ile dava dışı İş-Tim A.Ş. veya başka bir GSM işletmecisiyle roaming anlaşması imzalamaya zorlayamayacağı, yazıda bildirilen (30) gün içerisinde roaming sözleşmesinin imzalanmaması halinde davacıya herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı yolunda karar verilmesi talep olunmuştur.

Sözleşmenin 51 inci maddesi hükmü ile taraflarca sözleşmenin kapsamı, uygulanması ve feshi ile ilgili konularda çıkan uyuşmazlığın Lisans Koordinasyon Kurulu nezdinde veya doğrudan görüşmelerle çözülememesi halinde Uluslararası Ticaret Odası'nın tahkim kuralları (ICC Kuralları) çerçevesinde seçilecek (3) hakem tarafından tahkim yoluyla çözüme bağlanacağı kabul edilmiştir.

Aynı sözleşmenin 35 inci maddesinde ise, davacı işletmecinin ulusal roaming yapabilmek amacıyla Türkiye'deki diğer lisanslı GSM şebekeleriyle sözleşme yapabileceği, anlaşma ve ekonomik koşulların imzadan önce görüşü alınmak üzere (davalı) kuruma sunulacağı öngörülmüştür.

Davacı tarafça, anılan hakem heyeti tarafından, uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklanmaması nedeniyle yargı yetkisinin bulunmadığı gerekçe gösterilerek tahkim davasının reddinin 4686 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinin A/1-c ve d bentlerine aykırı olduğu, A/2-6 bendinde belirtilen biçimde kamu düzenine aykırılık taşıdığı, Anayasa'nın 36 ncı maddesi ile İnsan Haklarının Korunmasına Dair Avrupa Konvansiyonu'nun 6 ncı maddesindeki hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırdığı ve davacının Anayasa'nın 125 nci maddesine 4686 sayılı Kanun ile eklenen düzenlemesi kapsamında sahip bulunduğu uluslararası tahkime başvuru hakkından yararlanmasının engellendiği iddia edilerek verilen kararın iptali istenilmiştir.

Lisans Sözleşmesi'nin 35 inci maddesiyle roaming anlaşması hususunun düzenlenmiş olması ve davalı kurumun anılan yazısı ile de 406 sayılı Kanun'un değişik 10/6 ncı maddesi hükmü uyarınca davacıdan (30) gün içerisinde adı belirtilen bir GSM şirketiyle bu konuda sözleşme yapılmasının istenmesi üzerine davacı işletmeci tarafından sözleşme hükmüne nazaran roaming anlaşmasına zorlanamayacakları, işletmecinin böyle bir sözleşme yapmakta inisiyatif ve tercih hakkına sahip olduğu öne sürülerek, çıkarılan muarazanın giderilmesi istemiyle açtığı davanın tahkim şartına ilişkin 51 nci maddesi hükmüne göre oluşturulan tahkim heyetinin yargı yetkisine girdiği, uyuşmazlığın sözleşmenin kapsamında kaldığı ve sözleşmenin uygulanmasından kaynaklandığının kabulü zorunludur. Hakem heyeti çoğunluğunun aksi gerekçeye dayalı kararı isabetsizdir.

Bu bakımdan, süresi içerisinde açılan tahkim davası sonunda verilen kararın iptali isteminin 4686 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru görülmemiştir...” Yargıtay 11. HD., 08.03.2007 T., 2005/12747 E., 2007/4160 K. (www.kazanci.com)

Ancak, hakem veya hakem kurulunun yetkisizlik kararı vererek yargılamayı sona erdirmesi halinde iptal davası hemen açılabilirken, yetkili olduğuna karar vermesi halinde hakem veya hakem kurulu davadan el çekmeyerek davayı görmeye devam edeceğinden, bu kararın hukuka aykırı olduğunu düşünen taraf ancak yargılamanın sona ermesinden sonra *“hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili olduğuna karar vermesi”* nedenine dayanarak kararın iptalini isteyebilecektir.

Bu iptal sebebi yönünden HMK ve MTK arasındaki tek fark, MTK uyarınca bu iptal sebebinin de varlığı tarafça ispat edilecek sebeplerden biri olarak öngörülmesidir.

Hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduklarına karar vermelerine dayanan iptal sebebi yönünden değinmek istediğimiz son husus da süresi içinde hakemlerin yetkisine itiraz etmeyen tarafın, tahkim yargılamasında sessiz kaldığı halde yargılama bittikten sonra açacağı iptal davasında böyle bir iptal sebebine dayanmasının mümkün olup olmadığıdır. Gerek HMK’da gerekse de MTK’da öngörülen iptal sebebi hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduklarına karar vermeleri halidir. Böyle bir iptal sebebinin varlığından söz edebilmek için hakemler tarafından verilmiş bir yetkililik ya da yetkisizlik kararı bulunması gerektiğine göre öncelikle ortada bir yetki itirazı olmalıdır. İtirazın yapılmamış olması halinde yetkililik ya da yetkisizlik kararı verilemeyeceğinden, tahkim yargılaması sırasında yetkiye itiraz etmeyen tarafın hakem kararı verildikten sonra hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduklarına karar verdikleri gerekçesine dayanarak iptal davası açması mümkün değildir.

VI. Hakem veya Hakem Kurulunun Tahkim Sözleşmesi Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi veya Talebin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi Ya Da Yetkisini Aşması (HMK m. 439, 2, d; MTK m. 15, A f., b. 1., alt bent e)³³⁰

Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşması dışında kalan konular hakkında karar veremezler. Hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi (*ultra petita*) veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi (*infra petita*) ya da yetkisini aşması (*extra petita*)³³¹ halleri hakem kararının iptali sebepleridir.

Tek bir bentte toplanan bu iptal sebeplerinden, hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi ya da yetkisini aşması halleri Umar'a göre; hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi (HMK m. 439, 2/ç) kapsamında değerlendirilmelidir³³². Ancak, hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması halleri, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verilmesi durumlarından farklı olup³³³ "*hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi*" haline ilişkin iptal sebebi aslında hakem veya hakem kurulunun kendi yetkilerine ilişkin kararlarının yanlış olması halidir³³⁴. Hakem yargılaması sırasında taraflarca hakemlerin/hakem kurulunun yetkisine itiraz edilmiş, hakem/hakem kurulu da hukuka aykırı surette, yanlış şekilde yetkili ya da yetkisiz olduğuna karar vermiş ise bu durumda iptal talebi HMK m. 439, 2/(ç)'ye dayandırılacaktır. Oysa, HMK m. 439, 2/(d)'de düzenlenen "*hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması*" hali, hakem

³³⁰ Model Kanun madde 34/2/a/iii'de benzer bir iptal sebebi yer almaktadır ancak, Model Kanun'da hakemlerin istemin tamamı hakkında karar vermemiş olması bir iptal sebebi olarak sayılmamıştır.

³³¹ AKINCI (Tahkim), s. 301.

³³² UMAR, s. 1204, 1025.

³³³ AKINCI (Tahkim), s. 303.

³³⁴ AKINCI (Tahkim), s. 300.

veya hakem kurulunun kendi yetkilerine ilişkin kararlarının yanlış olması halinden farklı olup ya “*hakemin/hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi*” ya “*talebin tamamı hakkında karar verilmemesi*” ya da “*hakemin/hakem kurulunun yetkisini aşması*” şeklinde tezahür eder³³⁵.

a. Hakemin/Hakem Kurulunun Tahkim Sözleşmesi Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi

Aralarında doğmuş/doğacak belli ihtilafın tahkim yoluyla çözümlenmesine yönelik bir tahkim sözleşmesi yapmış olan taraflarca, ihtilafın çözümü kapsamında tahkime gidilmesi halinde hakem veya hakem kurulu tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermiş olabilir. Örneğin, taraflar buğday alım/satımı için akdedilen bir sözleşmede yalnızca teslim borcunun ifası ya da kötü ifasından kaynaklanan uyuşmazlıklar için tahkim yoluna gidilebileceğini kararlaştırdığı halde, hakem veya hakem kurulu tahkim anlaşmasının dışına çıkarak satım bedelinin ödenmesi konusunda da bir karar vermiş olabilir³³⁶. Yine, taraflar tahkim anlaşmasında sözleşmenin feshinden doğan ya da yoksun kalınan kar ile ilgili olarak tahkime gidilebileceğini kararlaştırdıkları halde hakem kararında cezai şart konusunda da karar verilmiş³³⁷ ya da şirketin feshi davasında hakemlerin fesih ve tasfiye kararının yanı sıra (tahkim sözleşmesinde böyle bir yetki verilmediği halde) tasfiye memuru da belirlemiş olabilir³³⁸. İşte bu gibi durumlarda hakem veya hakem kurulu tahkim sözleşmesi dışında kalan konularda karar vermiş olacağından hakem kararının iptali gündeme gelecektir.

Hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim sözleşmesi kapsamındaki konuların tahkim sözleşmesinin kapsamı dışındaki konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi

³³⁵ AKINCI (Tahkim), s. 301-307.

³³⁶ KALPSÜZ (Tahkim), s.136;

³³⁷ AKINCI (Tahkim), s. 301.

³³⁸ KURU (Usul), C.VI., s. 6099 ve burada yer alan Yargıtay Ticaret Dairesinin 08.03.1958 tarih, 370/659 sayılı kararı.

kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir ki buna kısmi iptal denir. Kısmi iptal konusu aşağıda incelendiğinden burada yalnızca ilgili kısma yollama yapmakla yetiniyoruz³³⁹.

b. Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Verilmemiş Olması

Hakem ya da hakem kurulu, tarafların talep ve iddialarının tamamı hakkında hüküm tesis etmelidir. Bu zorunluluğa rağmen taraf taleplerinin tamamı hükme bağlanmamış olabilir. Örneğin, faiz talep edildiği halde hakem ya da hakem kurulu faiz talebi hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermemiş³⁴⁰ veya tahkim davası kapsamında bir karşı dava ikame edildiği halde karşı dava hakkında bir hüküm tesis etmemiş olabilir³⁴¹. Kısacası, dava dilekçesinin ya da karşı dava dilekçesinin talep sonucunda yer alan herhangi bir talep hakkında hakem ya da hakem kurulu hüküm tesis edilmemiş olabilir. Bu gibi durumlarda, tahkim yargılamasının taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren bir ay içinde, karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Bu talep haklı bulunursa, en geç iki ay içinde tamamlayıcı hakem kararı verilir (HMK m. 437,4; MTK m. 14/B...). Hakem ya da hakem kurulunun, tamamlayıcı karar verilmesi talebini kabul ederek talepte bulunan tarafı tatmin eden bir tamamlama kararı vermesi halinde ortada bu gerekçeye dayanan bir iptal nedeni kalmayabilir. Ancak, haklı nedene dayanan bir tamamlama kararı verilmesi talebinin reddedilmiş olması halinde, hakem ya da hakem kurulunun talebin/taleplerin

³³⁹ Bkz. aşağıda s. 153.

³⁴⁰ "... 2-)Davacılar vekili tarafından hakem kuruluna sunulan dava dilekçesinde, anapara alacağı yanında işlemiş ve işleyecek faiz isteminde de bulunulmuştur. İşleyecek faiz, anapara alacağı yönünden dava tarihinden itibaren karar altına alınması gereken faizdir. İptal davasına konu, hakemlerce verilen 15.3.2010 tarihli kararda, işleyecek faiz konusunda hüküm kurulmadığı gibi, davacılar alacağı olarak hüküm altına alınan miktarların ne kadarının asil alacak ve ne kadarının işlemiş faiz olduğu da açıklanmamıştır. Oysa hakemler, tahkim davasında davacının talep konusu yaptığı hususların her biri hakkında olumlu veya olumsuz karar vermekle yükümlüdür. Hakemler, taraflardan birinin talebinin bir kısmını dikkate almazlarsa ilgili tarafın, düzgün ve tam bir hüküm elde edebilmesi için hakem kararının iptalini istemesinde menfaati vardır. Davacının talep konusu yapmasına rağmen bazı talepleri hakkında hakem heyetince karar verilmemiş olması Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca iptal sebebidir. ..."

Yargıtay 15. HD., 11.05.2011 T., 2010/7197 E., 2011/2857 K. (www.kazanci.com)

³⁴¹ KURU (Usul), C.VI, s. 6101, 6102 ve burada yer alan Yargıtay 15. HD'nin 23.02.1976 tarih, 5570/689; Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 28.10.1958 tarih, 1917/2571 sayılı kararları.

tamamı hakkında karar vermemiş olması hali ortadan kalkmayacağından, bu durum bir iptal nedeni olarak ileri sürülebilecektir³⁴².

c. Hakemin/Hakem Kurulunun Yetkisini Aşması

Hakem veya hakem kurulu; tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermiş veya talebin tamamı hakkında karar vermemiş olabileceği gibi, tahkim sözleşmesi kapsamına giren bir konuda yetkisini aşarak tarafların talep ettiklerinden fazlasına hükmetmek suretiyle bir karar vermiş olabilir. Örneğin, faiz talep edilmediği halde hakem veya hakem kurulunca faize hükmedilmiş olabilir, davaya konu edilen talep miktarından fazlasına hükmedilmiş olabilir, malın aynen teslimi dava edildiği halde tazminata ya da bedele hükmedilmiş olabilir, karşılık dava olmadığı halde sanki karşılık dava varmışçasına davalı lehine alacağı hükmedilmiş olabilir³⁴³, zamanaşımı definde bulunulmadığı halde

³⁴² KARADAŞ, s. 225.

³⁴³ “ ... 3-) Davalı yüklenici vekili tarafından hakem kuruluna verilen 18.2.2009 tarihli cevap dilekçesinde, yüklenici şirket, davacı iş sahiplerinden 250.920 Dolar alacağı bulunduğunu, bu alacakla ilgili karşılık dava veya yeni bir tahkim/takip başlatma haklarını saklı tuttuğunu belirterek, 250.920 Dolar alacak yönünden takas ve mahsup savunmasında bulunmuştur. Davalı yüklenici vekili daha sonra 31.8.2009 tarihinde hakem kuruluna verdiği dilekçede ise, takas ve mahsuba konu ettiği miktar yönünden hesaplama hatası yaptığını belirterek, takas ve mahsubunu istediği miktarı 152.936 Dolara düşürmüştür. Hakem kararında ise, davalı yüklenicinin 31.8.2009 tarihli dilekçesindeki takas ve mahsuba konu miktarın 152.936 Dolar olduğuna ilişkin açıklaması gözardı edilerek, 250,920 Dolarlık miktar dikkate alınarak hüküm kurulmuştur. Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca hakem veya hakem kurulunun "yetkisini aşması" hakem kararının iptali için bir sebep oluşturur. Diğer bir deyimle, hakemlerin yetkilerini aşmak suretiyle verdikleri bir kararda iptale tabidir. Burada hakemler ilgili konuda karar vermeye yetkilidir, ancak verdiği karar onlara verilen yetkiyi aşmak suretiyle tesis edilmiştir. Genel olarak tahkim anlaşmasına giren bir konuda talep edilenden fazlasına hükmetmek bu halin bir örneği olarak gösterilebilir. Bu durum devlet yargısında da bozma sebebi olarak kabul edilmiştir (H.U.M.K. m. 74). Devlet yargısında hakim, davacının talebi (talep sonucu) ile bağlı olup, bu talepten fazlaya karar veremez. Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndan önceki dönemde ve H.U.M.K. kapsamındaki tahkimde de hakemlerin talepten fazlasına karar veremeyecekleri Daire'mizin yerleşik uygulaması ile kabul edilmiştir (15. HD. 6.12.1973 gün, 277/317, 15. HD. 8.3.1983 gün 2519/485 Sayılı karar. 15. HD. 26.2.1991 gün 327/884 Sayılı kararları). Bu sebeple usul hukukunun bir kuralı olarak, mahkemeler gibi hakemlerin de kendilerinden talep edilenden fazlasına hükmetmeleri mümkün değildir. Aksi takdirde hakem veya hakem kurulu yetkisini aşmış olacaktır. Hakem kararı talebe uygun şekilde verilmelidir. Hal böyle olunca, hakem yargılaması sırasında, davalı yüklenici takas ve mahsuba konu ettiği miktarı 250.920 Dolardan 152.936 Dolara düşürdüğü halde hakemlerce 250.920 Dolarlık miktar esas alınarak hüküm oluşturulması hakemlerin yetkilerini aşmış olmaları sebebiyle Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca iptal sebebidir.

4-) Davalı yüklenici vekili hakem kuruluna verdiği cevap dilekçesinde, davacı iş sahiplerinden alacaklı olduğunu iddia ettiği miktar yönünden karşı dava açmamış, sadece takas ve mahsup definde bulunarak, karşı dava açma hakkını saklı tuttuğunu dilekçesinin sonuç ve istem kısmında belirtmiştir. Bu durumda, hakemlerce takas ve mahsubu mümkün olan miktarın, davacıların alacağından düşülmesi ile -varsakalan davacı alacağı yönünden hüküm kurulması gerekirken, yüklenicinin karşı davası varmış gibi tahsil hükmü kurulması da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda iptal sebebi olarak gösterilen “hakemlerin

zamanaşımı kendiliğinden dikkate alınmış olabilir ³⁴⁴. Devlet yargısında olduğu gibi (HMK m.26) hakemler de tahkim sözleşmesinin sınırları içerisinde tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olduklarından ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremezler. Aksine davranış hakem ya da hakem kurulunun yetkisini aşması anlamına gelir.

Doktrinde tartışmalı bir husus olmakla birlikte, hakim görüş ve Yargıtay içtihatları ³⁴⁵ hakemler ile taraflar arasındaki ilişkinin vekalet akdi ³⁴⁶ hükümlerine

yetkilerini aşmaları” niteliğindedir. Zira, bir önceki bentte açıklanan talepten fazlaya hüküm verme yasağına ilişkin açıklamalar niteliğine aykırı düşmedikçe davalı için de uygulanır. Bu sebeple hakemler davalının savunması ile de bağlı olup, davalının cevap dilekçesinin talep sonucu bölümünde istediğinden fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremezler Davalı cevap dilekçesinde sadece takas ve mahsup definde bulunduğu halde, cevap dilekçesi ile karşı dava açılmış gibi hakem kararının hüküm fıkrasının 9, 10 ve 11. bentlerinde davalı yüklenici lehine -üstelik işlemiş faiz de eklenerek tahsil hükmü kurulması Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca hakem kararının iptali sebebidir.

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinin A fıkrasının e bendinde, hakem veya hakem kurulunun tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması hakem kararının iptali sebebi olarak gösterilmiştir.

Yukarıda açıklanan yönler 4686 Sayılı Kanunu'nun 15/A-e bendine aykırılık oluşturduğundan mahkemece hakem kararının iptaline karar verilmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. ...” Yargıtay 15. HD., 11.05.2011 T., 2010/7197 E., 2011/2857 K. (www.kazanci.com)

³⁴⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s.136, 137; KURU (Şerh), C.VI, s. 6095-, 6098 ve burada yer alan Yargıtay 15. HD'nin 06.12.1973 tarih, 277/317; Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 14.06.1971 tarih, 1899/4585; Yargıtay 11 HD'nin 18.10.1988 tarih, 7475/5942; Yargıtay 15 HD'nin 08.03.1983 tarih, 2519/485 K.; Yargıtay 11 HD'nin 26.12.1988 tarih, 9171/7869 sayılı kararları. Ayrıca, talep edilmeyen bir konuda karar vermek suretiyle hakem heyetinin yetkisini aştığı, hakem kararının bu sebeple iptali gerektiği yönündeki yeni tarihli Yargıtay 15. HD (23.11.2006 T., 2005/5196 E., 2006/6790 K.) kararı için bkz. EKŞİ (Kararlar), s. 43-47.

³⁴⁵ “ ... Yukarıda sözü edilen 17.12.1987 tarihli ek sözleşmenin (A) maddesinde aynen; "tüm ihtilaflar, Türk Hukuk Muhakemeleri Usulü Hakkındaki Kanunun tahkim hükümlerine göre çözüme bağlanacaktır. Tahkimde, Türk Usul Hukuku Hükümleri uygulanacaktır. İhtilaf Türk Maddi Hukuk Hükümleri uyarınca halledilecektir" hükmüne yer verilmiştir. Görülüyor ki, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul hükümleri ve maddi hukuk kuralları tarafların serbest iradeleriyle açık seçik belirtilmiş bulunmaktadır. Gerçekten Usul Hukukumuz tahkimnamede böyle bir koşula yer verilmesine olanak tanımıştır. HUMK. nun 525. maddesinde hakemlerin sözleşmede aksine hüküm olmadıkça incelemenin şeklini tayin edebilecekleri yolundaki hüküm bu hususu doğrulamaktadır. Demek oluyor ki, taraflar ister tahkimnamede ister daha sonraki bir aşamada hakemlerin uymaları gerekli hukuk kurallarını ve yargılamaya usulünü tesbit ve tayin yetkisine sahiptir. Hakemler dahi tahkimnamenin bu koşulunu aynen yerine getirmekle yükümlüdürler. Tarafların iradelerine bağlı tutulan hakem kararı şartı veya tahkim sözleşmesinde böyle bir kayıt yer almamışsa, hakemler, maddi hukuk kurallarından ayrılarak, adalet ve nasaferet esaslarına göre karar verebilirler. Bu nedenle tahkim sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan maddi hukuka uymak koşulunun hem tarafları hem de hakemleri bağlayacağı kuşkusuzdur. Bilindiği gibi uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukuki ilişkide galip unsur vekalet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanununa giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki, özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekalet akdi oluştuğunun kabulü gerekir (BK. m. 386/2).

tabi olduğu yönündedir. Buna göre, kural olarak Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olan ve taraflar ile hakemler arasında yapılan sözleşmeyi ifade eden hakem sözleşmesi³⁴⁷ TBK m. 502 vd. düzenlenen vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmakla birlikte, özellikle birden fazla hakem seçilmesinin öngörüldüğü durumlarda taraf hakemlerinin; vekalet verenin açık talimatına uyma, işi vekalet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlülüğü bağlamında bir tarafı tercih etme, bağımsızlık ve tarafsızlıktan feragat anlamına gelmez³⁴⁸. Zira, tarafların müşterek vekili olan hakemler³⁴⁹ her iki tarafa da eşit muamele ederek, her iki tarafın iddia ve savunmalarını, delillerini aynı özenle değerlendirmek, tahkim sözleşmesinde öngörülen usule uygun surette taraflar arasındaki uyuşmazlığı karara bağlamakla yükümlüdür. Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine ait genel kurallardan ayrılan bir diğer yanı ise, yine müşterek vekil sayılma ile ilgili olup yalnızca bir tarafın, tek taraflı irade beyanı ile hakemlik sözleşmesi sona erdirilemez. Sona erme ya da azil ancak tarafların ortak iradeleriyle gerçekleşebilir³⁵⁰. Ayrıca hakemlerin reddi, istifası ve çekilmesi de usul yasalarında belirli usullere tabi kılınmıştır (HMK m. 417, 418, 419, 420; MTK m. 7/C,D,E,F)

Böyle olunca, vekil durumundaki hakemler sözleşme dairesinde kendisine yükletilen işin idaresini ve aldıkları ücretin karşılığı olan hizmetin ifasını kabul etmiş sayılırlar (BK. m. 386/1). Daha açık bir deyimle vekil, kendisine yetki veren kişinin yani vekil edenin açık olan talimatına aykırı davranamaz (BK. m. 389/1). Somut olayda taraflar uyuşmazlığın çözümü için "Maddi Hukuk" koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla hakemlerin karar verme yetkilerini bilerek sınırlandırmış olmaktadır. Bunun sonucu olarak, hakemler maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle hüküm kurdukları takdirde yetkilerini aşmış olacaklarından, HUMK. 533/3. madde hükmü gereğince bu husus Yargıtay'ca bozma nedeni yapılabilir. Bundan başka Yargıtay, hakem kararının tarafların kararlaştırdıkları maddi hukuk ilkelerine gerçekten uygun olup olmadığını denetlemek durumundadır ve bu açıdan anılan maddedeki bozma nedenleriyle de bağlı değildir.

Öyle ise, tahkim sözleşmesinde, hakemlerin uyuşmazlığı Türk Maddi Hukuk Hükümleri çerçevesinde çözümlenecekleri açıklanmış olduğuna göre uyuşmazlık konusu tüm kalemlerde bu kurallara uyulup uyulmadığı önem kazanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır (Yargıtay 3.HD., 31.3.1961 gün, 1215/2321. Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 1974 Baskı, Sh. 1015, dn. 120; yine 15 HD., 26.2.1985-984/4288 esas, 985/652 karar). ..." Yargıtay 15. HD., 15.06.1989 T., 1989/1023 E., 1989/2841 K. (www.lexpera.com.tr)

³⁴⁶ KURU, hakem sözleşmesinin ücretli olması halinde sözleşmenin bir hizmet sözleşmesi; ücretsiz ise bir vekalet sözleşmesi olduğu görüşündedir (Usul, C.V, s. 5998) . Hakemler ile taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, iş görme sözleşmesi, türü kendine özgü sözleşme olduğu yönündeki görüşler ve hakem sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında detaylı bilgi için bkz. TAŞKIN (Hakem Sözleşmesi), s 22 - 40.

³⁴⁷ KURU (Usul), C.V, s. 5998.

³⁴⁸ BELBEZ, s. 355

³⁴⁹ BELBEZ, s. 355

³⁵⁰ KARADAŞ, s. 133; KALPSÜZ (Tahkim), s. 61, 62.

Belirli yönleri itibariyle farklılık arz etse de doktrindeki hakim görüş ve Yargıtay içtihatları kapsamında hakemler ile taraflar arasındaki ilişkinin vekalet akdi hükümlerine tabi olduğu ve dolayısıyla tahkim sözleşmesinin sınırları içerisinde vekalet verenlerin açık talimat(lar)ına uygun davranmakla yükümlü olması (TBK m. 505) hususları birlikte değerlendirildiğinde, hakemlerin vekalet ilişkisine aykırı davranarak tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermeleri hakem kararın iptali sonucunu doğuracaktır³⁵¹.

Bir diğer ihtimal de hakemlerin, açıkça yetkili kılınmadıkları halde hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar vermek suretiyle yetkilerini aşmalarıdır (HMK m. 433,3; MTK m.12/C/3)³⁵².

Yukarıda, üç ayrı başlık altında ele alınan durumların her biri ayrı birer iptal sebebidir. Buna rağmen hem HMK'da, hem de MTK'da bu üç ayrı sebep aynı bent kapsamında düzenlenmiştir. MTK uyarınca bu sebepler de varlığı tarafça ispat edilecek sebeplerdendir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz, derhâl (beklenmeksizin, hemen)³⁵³ ileri sürülmelidir (HMK m. 422, 3; MTK m.7/H). Ancak yetkisizliğe ya da yetkinin aşıldığına dair itirazda gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varılırsa, süresinde ileri sürülmeyen itiraz da kabul edilebilir (HMK m. 422, 4; MTK m.7/H). Öte yandan, HMK m. 409'da aksi kararlaştırılabilecek bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili tarafın buna, öğrenme tarihinden itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz edebileceği; itiraz etmeden tahkime devam ederse itiraz hakkından feragat etmiş sayılacağı

³⁵¹ AKINCI (Tahkim), s.304

³⁵² "... Hakemler, kararlarını adalet ve nefasete göre verebilecekleri gibi maddi hukuka da dayandırabilirler. Belirtilen 1993/3 esas ve 1994/1 karar sayılı içtihadı birleştirme "taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlemelerini öngördükleri takdirde hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorunda olduklarına aykırı karar vermenin temyiz sebebi oluşturacağına" biçimdedir. Hakemlerin tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları koşul dışına çıkarak adalet ve nefasete göre karar vermeleri durumunda bunun bir bozma nedeni sayılması ile hakemlerce bozmaya karşı direnmenin bağlantısı yoktur. ..." YHGK, 24.04.1996 T., 1995/15-1114 E., 1996/302 K. (www.kazanci.com)

³⁵³ YILMAZ (Şerh), C. 3, s. 3658.

düzenlemesine yer verilmiş ve maddenin gerekçesinde de aksi durumun iyiniyet ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir³⁵⁴.

HMK m. 422’de hakemlerin yetkisizliğine veya yetkilerini aştıklarına dair itirazların ileri sürülmesi bakımından ayrıca bir düzenleme yapılmış olması itibariyle, itiraz etmeme halinin açıkça feragate işaret ettiğini düzenleyen ve bu sebeple de hak düşürücü süre öngören bir hüküm olduğu kabul edilebilecek olan HMK m. 409 hükmünün, hakemlerin yetkilerini aşmaları durumunda ileri sürülecek itirazlara ilişkin bir düzenleme olmadığı söylenebilecekse de HMK m. 409 ve m. 422 bağlamında; tahkim yargılaması sırasında hakemlerin yetkisini aştığı itirazını ileri sürmeyen tarafın daha sonra bir iptal davası ikame ederek bu sebebe dayanmasının mümkün olup olmayacağı tartışması gündeme gelebilir. *Ekşi*’ye göre, hakem veya hakem kurulunun yetkisine derhal itirazı düzenleyen madde ile hakem kararının iptali sebepleri arasında yer alan *hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığı* yönündeki düzenleme birbiri ile çelişiktir³⁵⁵. Bir taraftan derhal itiraz öngörülürken bir taraftan da bu itiraz yapılmazsa – derhal itirazın dışında – ikinci bir imkan olarak *hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığının* bir iptal nedeni olarak ileri sürülmesinin öngörülmesi çelişki yaratmaktadır. Ancak, hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına dair itirazlar için hem HMK hem de MTK’da belirli bir süre öngörülmüş olması ve bu sürenin geçmiş olması halinde gecikmenin ancak haklı sebebe dayanması halinde itirazın kabul edilebileceğine yönelik düzenleme ile bu meyandaki iptal sebebi bir arada değerlendirildiğinde, hakem veya hakem kurulunun yetkisini aşmasına dair iptal sebebinin, bu itirazın tahkim yargılamasında ileri sürülmüş olması koşulu ile dinlenebilir olduğunu kabul etmek gerekir³⁵⁶. Zira, aksi kabul HMK m. 422 ve MTK m. 7’de yer alan düzenlemeleri anlamsız kılacak ve tahkim yargılamasını sürüncemede bırakmaya yönelik kötüniyetli davranışlarının da önünü açacaktır. Kaldı ki MTK m. 7/H’de açıkça “derhal ileri sürülmeyen itirazın geçerli olmayacağı” belirtilmiş, HMK m. 422’nin gerekçesinde de derhal itirazın tahkimi geciktirmek için yapılacak itirazların önüne geçilmesi maksadıyla

³⁵⁴ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 568

³⁵⁵ EKŞİ (Genel Değerlendirme), s. 331, 332.

³⁵⁶ EKŞİ (Genel Değerlendirme), s. 331, 332.

öngörüldüğü belirtilerek, hakemlerin yetkilerini aştıklarına yönelik itiraz süresine hak düşürücü nitelik kazandırılmaya çalışılmıştır. Tüm bu hususlar itibariyle, hakemlerin yetkilerini aştığını düşünen tarafın, tahkim yargılamasının amacına uygun düşen şekilde, kendisine tanınan süre içerisinde itirazını ileri sürmesi gerekmektedir. Bilerek susan tarafa bunu bir iptal sebebi olarak ileri sürme imkanı tanınmamalı; bilerek susan taraf, hakem veya hakem kurulunun yetkisini aşması meselesini tahkim yargılaması sona erdikten sonra ileri sürebileceği bir koz olarak görememelidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, burada tartışılan husus yargılama sırasında yetki aşımı gündeme gelmesine rağmen itiraz edilmemesi durumuna ilişkin olup yetki aşımının nihai karar ile ortaya çıkması halinde bu durum elbette ki, derhal itiraz olup olmadığına bakılmaksızın bir iptal sebebi olarak ileri sürülebilecektir.

VII. Tahkim Yargılamasının, Usulüne Uygun Olarak Yürütülmemesi ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması (HKM m. 439, 2, e; MTK m. 15, A f., b. 1., alt bent f)³⁵⁷

Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, HMK'nın tahkim kısmında yer alan emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasını, HMK'nın tahkim kısmında yer alan hükümleri gözeterek uygun bulunduğu bir şekilde yürütür (HMK m. 424). MTK m. 8/A'da da tarafların, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe kararlaştırabileceği ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebileceği, taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasını Kanun hükümlerine göre yürüteceği düzenlenmiştir. Ancak, emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla taraflarca serbestçe kararlaştırılabilecek olan yargılama kuralları, tahkim davasında uygulanacak usul kuralları ile sınırlı olup tarafların

³⁵⁷ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/vi'de bu yönde bir iptal sebebi yer almaktadır. Ancak, usule aykırılığın kararın esasına etkili olması şartı aranmamaktadır.

bunun dışına çıkararak, karara karşı başvurulacak kanun/başvuru yolları ya da düzeltme, yorumlama veya tamamlama talepleri konularında anlaşma yapma olanakları bulunmamaktadır³⁵⁸.

Tahkim yargılamasının usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde Kanunda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmemesi halinde bu durum, kararın esasına etkili olması şartıyla bir iptal sebebi teşkil etmektedir³⁵⁹. Bir başka anlatımla, usule aykırılığın bir iptal sebebi teşkil etmesi için usul kuralına aykırılık tek başına yeterli olmayıp bu aykırılığın ayrıca kararın esasına etkili de olması gerekir. Bu iptal sebebi HMK m. 371’de (HUMK’nın 437 maddesinin dördüncü bendinde, 5236 sayılı Kanun değişikliğinden önceki HUMK’nın ise 428. maddesinin ikinci fıkrasında) öngörülen “karara etki eden yargılama hatası veya eksikliklerinin bulunması” şeklindeki nispi temyiz/bozma sebebine benzetilebilir³⁶⁰. Gerçekten de HUMK m.371’de yer alan “hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanması”, “dava şartlarına aykırılık bulunması”, “taraflardan birinin dayandığı delilin kanuni bir sebep olmaksızın kabul edilmemesi” şeklindeki, hükmün sonucunu etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekmeyen mutlak bozma sebepleri, HMK m. 439’un 2. fıkrasının (a), (b), (c), (d), (f), (g), (ğ) bentlerinde ya da MTK m. 15’in (A) fıkrasının 1. bendinin (f) alt bendi ile 2. bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen iptal sebeplerine benzetilebilecekken, tahkim yargılamasının usulüne uygun olarak yürütülmemesi durumunun karara etki etmesi şartıyla bir iptal sebebi oluşturması da yargılama hatasının veya eksikliğinin hükme tesir etmesi şartıyla nispi nitelikte bir bozma sebebi sayılmasına benzetilebilir.

Tahkim yargılamasına ait usul ihlalleri, taraflara yapılacak tebligatlara ilişkin usul ihlalleri, hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin usul ihlalleri, iddia ve savunma hakkına yönelik usul ihlalleri, hakem kararının düzenlenmesi ve bağlayıcılığına ilişkin usul ihlalleri şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır³⁶¹. Bu

³⁵⁸ ŞANLI, (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 334.

³⁵⁹ KALPSÜZ (Tahkim), s.137, AKINCI (Tahkim), s. 290.

³⁶⁰ PEKCANITEZ Usul, C. III, s. 2759.

³⁶¹ KAPLAN, s. 89-170.

tasnifte yer alan usul ihlallerinin öngörülen iptal sebeplerinden hangisinin kapsamında kaldığına usul ihlalinin mahiyetine göre karar vermek gerekir. Zira, tahkim yargılaması sırasında cereyan etmiş ve kararın esasını da etkilemiş olan tebligat usulsüzlüklerine ilişkin haller, *tahkim yargılamasının usulüne uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olmasına* dayalı bir iptal sebebi teşkil edebilecekken, hakemlerin bağımsızlık ve tarafsızlığına ilişkin usul ihlalleri ya da iddia ve savunma hakkına yönelik usul ihlalleri *tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemesine* dayalı bir iptal sebebi olabilir. Örneğin, *Kalpsüz*'e göre davalının cevap dilekçesinde karşı dava açmış olması halinde davacıya, karşı davaya karşı (cevaba cevap dilekçesi dışında ikinci bir dilekçe ile) cevap verme hakkının tanınmamış olması kararın esasına etki eden bir usule aykırılık halidir. Çünkü, taraflar esas dava ile ilgili ikişer dilekçe alıp verdikleri halde davacıya, karşı davaya tek bir dilekçe ile karşılık verme imkanı tanınmış olur ve bu durumun kararın esasını etkilediği söylenebilir³⁶². Ancak, kanaatimizce bu halin "*tarafların eşitliği ilkesine*" aykırılık olarak değerlendirilmesi de mümkün olup HMK m. 439, 2/f (MTK m. 15/A/1/g) kapsamında tarafların eşitliği ilkesine riayet edilmemesine dayandırılacak bir iptal gerekçesi de olabilir.

Usule aykırılık kamu düzenine aykırılık ile de yakından ilişkili olabilen bir kavramdır. Kamu düzenine aykırılık halleri ile usule aykırılık halleri farklı birer iptal nedeni olsa da iddia ve savunma hakkına yönelik usul ihlallerinin usule aykırılıktan ziyade kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği durumlarla da karşılaşılabılır³⁶³. Örneğin tarafların, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 2. maddesi uyarınca hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini, hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını hakemler nezdinde de sağlamak amacıyla hukuki bilgi ve tecrübelerini kişilerin yararlanmasına tahsis eden avukatlar aracılığı ile temsiline izin verilmemesi ve bu sebeple taraflardan birinin hiçbir hukuk bilgisine sahip olmamaktan dolayı açık bir şekilde mağdur duruma düşmesinin kaçınılmaz görüldüğü hallerde,

³⁶² KALPSÜZ (Tahkim), s.139.

³⁶³ AKINCI (Tahkim), s. 292.

savunma hakkı ağır şekilde ihlal edilmiş olur³⁶⁴ ve bu durum aynı zamanda kamu düzenine de aykırılık teşkil edebilir³⁶⁵.

Kararın esasına etkili olabilecek usuli aykırılığa örnek olarak, tarafın iddia ve savunma hakkını kullanmasını engelleyecek nitelikteki tebligat usulsüzlükleri gösterilebilir³⁶⁶. Tebligatın kabule yetkili olmayan birine yapılması kararın esasına etkili olabilecek bir usule aykırılık yaratmışsa, bu durum bir iptal nedeni olabilir. Delillerin sunulması ile ilgili usule aykırılıklar da kararın esasına etkili olabilir³⁶⁷. Örneğin, taraflardan birisinin sunduğu ve uyuşmazlığın çözümde etkili olabilecek delillerin/belgelerin diğer tarafa bildirilmesinin hakem/hakem kurulunca ihmal edilmesi hali de kararın esasına etkili olabilecek mahiyette bir usule aykırılık oluşturabilir³⁶⁸. Hakem kararının gerekçesiz olması da kararın esasına etkili olan bir usule aykırılık olarak değerlendirilebilir³⁶⁹. Hatta, hakem kararın gerekçesiz olması, hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi olarak da değerlendirilebilir³⁷⁰. Tarafların kararlaştırdıkları dilden başka bir dilde yargılamanın yapılması da esasa etkili bir usul ihlalidir³⁷¹. Tahkim yerinin ya da duruşmanın icra edileceği yerin taraflardan birinin ulaşamayacağı ya da ulaşmasının son derece güç yahut fevkalade fedakârlık gerektirdiği bir yer olarak seçilmesi de kararın esasına etkili olabilecek bir usul ihlali olarak görülebilir³⁷².

Taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere belirlenmiş olan maddi hukuk kurallarının yanlış uygulanmış olması ya da yanlış uygulandığı yönündeki iddia bir iptal sebebi teşkil etmez³⁷³. Çünkü, iptal davasının işlevi maddi hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi değildir. Ayrıca, tahkim

³⁶⁴ KAPLAN, s. 131.

³⁶⁵ AKINCI (Tahkim), s. 292.

³⁶⁶ AKINCI (Tahkim), s.292, 293.

³⁶⁷ AKINCI (Tahkim), s.296.

³⁶⁸ KAPLAN, s. 144.

³⁶⁹ KALPSÜZ (Tahkim), s.228.; AKINCI (Tahkim), s. 298; KAPLAN, s. 162; Yabancı mahkeme kararları bakımından salt gerekçe bulunmamasının bir tenfiz engeli olarak kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağı hakkında bkz. YİBGK, 10.02.2012 T., 2010/1 E., 2012/1 K. (www.kazanci.com)

³⁷⁰ Bkz. aşağıda s. 127 vd. yer alan açıklamalar.

³⁷¹ AKINCI (Tahkim), s. 293, 296-297.

³⁷² KAPLAN, s. 138; AKINCI, (Tahkim) s. 297; DAYINLARLI (Kamu Düzeni), s. 113.

³⁷³ KAPLAN, s. 32, 33.

yargılamasının usulüne aykırı olarak yürütülmesinin kararın esasına etki ettiğinin tespiti bakımından davanın esasına girilmesi de gerekmez. Zira, burada önemli olan usule aykırılığın derecesidir. Usule aykırılığın bir iptal sebebi olarak değerlendirilebilmesi için kararın esasını etkileyecek derecede ciddi bir ihlalin söz konusu olması gerekir³⁷⁴.

Tahkim yargılamasında taraf iradelerine üstünlük tanındığından, gerek HMK gerekse MTK'da tahkim sözleşmesinde yer verilen usul kurallarına öncelik tanınmıştır (HMK m. 424, MTK m.8/A). Ancak belirttiğimiz gibi, her iki Kanunda da yargılama usulüne ilişkin emredici hükümler saklı kalmak kaydıyla tarafların yargılama usulüne ilişkin kuralları serbestçe belirleyebileceği özellikle belirtilmiştir. Buna rağmen, tarafların kararlaştırdıkları usulün/yargılama kurallarının, HMK'nın tahkim kısmında yer alan ya da MTK'da yer alan emredici kurallara aykırı olması halinde; bir başka ifadeyle, taraflarca belirlenen yargılama kurallarının tahkim usulüne uygulanacak hukukun (lex arbitri)/tahkim yeri hukukunun (lex loci arbitri) emredici kurallarına aykırı olması halinde hakemin/hakem kurulunun nasıl davranması gerekir? Zira, taraflarca öngörülen usul kurallarına riayet edilmemesi bir iptal sebebidir. Ancak, emredici hukuk kurallarına aykırı davranılması da bir başka iptal sebebi olan kamu düzenine aykırılık hali teşkil edebilir (Örneğin tahkim sözleşmesinin karşı ispat hakkının (HMK m.191) bulunmadığına dair bir kayıt bulunması ve bu hükmün tahkim yargılaması sırasında gözetilmesi taraflarca öngörülen usule uygun olsa bile hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldıracabilecek nitelikte olmanın yanı sıra böyle bir kararlaştırma adil yargılanma hakkına, kamu düzenine aykırılık da teşkil edebilir). Bu durumda hakemin/hakem kurulunun tahkim yeri hukukunun, emredici kurallara uyulmaması halinde öngördüğü yaptırımını dikkate alarak sonuca varması gerekir. Çünkü, hakemlerin öncelikli görevi geçerli ve icra edilebilir bir hakem kararı ortaya çıkarmaktır. Bu çerçevede, emredici hukuk kuralına rağmen tarafların belirlediği usul kurallarına göre tahkim süreci yürütmenin yaptırımını iptal olarak öngörülmemişse taraf iradelerine üstünlük tanınmalı, buna mukabil iptal yaptırımını öngörülmüşse emredici hukuk kuralları

³⁷⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s. 139; YEŞİLIRMAK, s. 127.

dikkate alınmalıdır³⁷⁵. Buna göre, taraflarca kararlaştırılmış olan usul kuralları HMK'nın ya da MTK'nın emredici hükümlerine aykırı ise hakemlerin üzerinde anlaşılabilir ve emredici hükümlere aykırı bulunan kural yerine HMK ya da MTK hükümlerini dikkate alması iptal sebebi oluşturmamalıdır. Nitekim, UNCITRAL Model Kanunda da tarafların üzerinde anlaştıkları usul kurallarının Model Kanunun emredici hükümlerine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir³⁷⁶. Bu itibarla, tarafların eşitlik ilkesini zedeleyecek bir usul kararlaştırmış olmaları, mesela taraflardan birinin tanık dinletmesinin mümkün olmadığı veya taraflardan birinin avukatla temsil edilemeyeceği gibi kurallar öngörmüş olmaları durumunda, hakemlerin bunları dikkate almaması ve hatta tarafları bu konuda aydınlatarak, usule uygulanacak kurallar üzerinde (görev belgesinde³⁷⁷ veya ayrı bir anlaşma ile) tahkim yeri hukukuna uygun bir şekilde yeniden anlaşmalarını temin etmeleri daha uygun olacaktır³⁷⁸.

Usule aykırılık hallerinden hangilerinin kararın esasına etkili olduğu, iptal davasını gören mahkeme tarafından somut olayın özelliklerine göre karara bağlanacak bir husus³⁷⁹ olup usul ihlalinin tahkim yargılaması sırasında ihya edilmiş olması usule aykırılık halini bir iptal sebebi olmaktan çıkarır. Usule aykırılık sebebiyle taraflardan biri aleyhine ortaya çıkan olumsuzluk bertaraf edilmiş ve iyileştirme sağlanmış ise artık bu durumun yargılamanın sıhhatini etkilememesi, giderilmiş usule aykırılık halinin bir iptal sebebi teşkil etmemesi gerekir³⁸⁰.

³⁷⁵ AKINCI (Tahkim), s. 309.

³⁷⁶ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/iv

³⁷⁷ Görev belgesi, hakemlerin görevlerini tarif eden bir belge olup bununla hakemlerin görev ve yetkilerinin kapsamı tayin edilir. (KALPSÜZ (Tahkim), s. 83); HMK'da görev belgesine ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte, MTK m. 10/E'de görev belgesine yer verilmiş olup görev belgesinde *tarafların adları, unvanları ve sıfatları, tahkim sırasında bildirim için geçerli adresleri, iddia ve savunmalarının özeti, istemleri, uyuşmazlığın açıklanması, hakemlerin ad ve soyadları, sıfatları ve adresleri, tahkim yeri, tahkim süresi, sürenin başlangıcı, uyuşmazlığa uygulanacak usul hükümleriyle ilgili açıklamalar ile hakemlere dostane aracılık yapma yetkisinin verilmiş olup olmadığı gibi konuların* yer alacağı belirtilmiştir.

³⁷⁸ SÜRAL, s. 1400.

³⁷⁹ AKINCI (Tahkim), s. 311, KALPSÜZ (Tahkim), s. 139.

³⁸⁰ KAPLAN, s. 177.

Tahkim yargılamasının, usulüne uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması durumuna ilişkin iptal sebebi bağlamında HMK m. 409 hükmüne de değinmek gerekir. HMK m. 409'da *“ tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili tarafın bu aykırılığa itiraz edebileceği; ilgili tarafın, aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılacağı”* düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde de açıkça aksi durumun iyiniyet ilkesine aykırı olacağının açıkça belirtilmiş olması karşısında artık, aksi kararlaştırılabilir bir hükme ya da kararlaştırılan tahkim usulüne uyulmamasına süresi içinde itiraz etmeyen tarafın daha sonra bu durumu bir iptal nedeni olarak ileri süremeyeceğinin kabulü gerekir. Mamafih, yapılan itirazın dikkate alınmaması iptal sebebidir. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Yargıtay 11. HD.'nin 15.01.2013 tarihli, 2013/17087 E. ve 2013/749 K. sayılı kararında da *hakem heyeti oluşumuna tahkim yargılaması sırasında ve mahkeme aşamasında itiraz edilmiş olmasına rağmen mahkemece bu itiraz hususunda denetlemeye ve değerlendirmeye esas olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru görülmemiştir*³⁸¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tahkim yargılamasının usulüne aykırı olarak yürütülmesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması hali de MTK uyarınca varlığı tarafça ispat edilecek iptal sebeplerindedir.

³⁸¹ EKŞİ (Tahkim), s. 201-203; (www.kazanci.com)

VIII. Tarafların Eşitliği İlkesi ve Hukukî Dinlenilme Hakkına Riayet Edilmemesi (HMK m. 439, 2, f; MTK m. 15, A f., b. 1., alt bent g)³⁸²

Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı (HMK m. 423) sadece tahkim yargılamasında değil, her türlü yargılama süresince öncelikle gözetilmesi gereken ilkelerdir³⁸³. Bu nedenle, tarafların eşitliği ilkesine ve hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmaması HMK m. 439 kapsamında bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Hakemlerin tahkim yargılaması süresince taraflara adil ve tarafsız davranması ve bir tarafın diğerinden daha elverişli duruma gelmesini sağlayacak karar ve önlemler almaması gerekir³⁸⁴. Ayrıca, eşit davranma ilkesi hem davacı hem de davalı açısından, iddianın ve savunmanın ileri sürülebilmesi bakımından riayet edilmesi gereken bir ilke olup bu ilkeye yalnızca hakem heyeti tarafından değil hakemlerin her biri tarafından da uyulması gerekir³⁸⁵.

HMK m. 423'de "*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukuki dinlenilme hakkını kullanma imkânı tanınır.*" şeklinde ifade edilen ve gerek devlet yargısında, gerekse tahkim yargılamasında uyulması zaruri ilkelerden olan tarafların eşitliği ve hukuki dinlenilme hakkından iradi olarak dahi vazgeçilmesi mümkün değildir³⁸⁶.

Davanın taraflarının eşitliği prensibine riayetsizliğin bir iptal sebebi olarak öngörülmüş olması, Anayasanın 10. maddesinde yer alan *kanun önünde eşitlik*

³⁸² UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/ii'de, iptal talep eden tarafa hakem ataması veya tahkim yargılaması hakkında usulüne uygun olarak tebligat yapılmaması veya bu tarafın başka bir şekilde davasını ileri sürememesi iptal sebebi olarak sayılmıştır. HMK'da ise tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi, hukuki dinlenilme hakkında riayet edilmemesi şeklinde daha kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. Keza MTK'da da – hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi özellikle belirtilmemişse de UNCITRAL Model Kanunda yer alan düzenlemeden daha geniş kapsamlı olacak şekilde tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi bir iptal sebebi olarak yer almıştır.

³⁸³ UMAR, s.1206; KALPSÜZ (Tahkim), s. 141; "... *Hukukî dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukukî korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukukî uyumsuzluklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyumsuzluğun niteliğiyle bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır ...*" YHGK 27.01.2016 T., 2015/18-2560 E., 2016/96 K. (www.kazanci.com).

³⁸⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s. 140; AKINCI (Tahkim), s. 315; YEŞİLİRMAK

³⁸⁵ AKINCI (Tahkim), s. 315, 316.

³⁸⁶ AKINCI (Tahkim), s.316

ilkesinin tahkime yansması olup³⁸⁷ hukuki dinlenme hakkı ise HMK m. 27'de düzenlenmiştir. Buna göre, *davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukuki dinlenme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını; mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir.*

HMK m. 27'nin gerekçesinde de *hukukî dinlenme hakkının, Anayasanın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkının en önemli unsuru olduğu; insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama sùjelerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapıp karar vermesi gerektiği, hukukî dinlenme hakkının iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavram olduğu* belirtilerek hukuki dinlenme hakkının unsurları şöyle ifade edilmiştir: *Öncelikle tarafların gerek yargı organlarıncaya gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur ve kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi kural olarak mümkün değildir. Hukuki dinlenme hakkının ikinci unsuru, açıklama ve ispat hakkıdır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanır. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir. Üçüncü unsur ise tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesidir. Bu değerlendirmenin de, kararların gerekçesinde yapılması gerekir. Eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılması, bu hakkın ihlali sonucunu doğuracaktır. Yargı organları, her iki tarafın iddia ve savunmaları ile delillerini değerlendirip, hangi maddî ve hukukî sebeplerle karar verdiklerini gerekçelerine yansıtmalıdırlar. Ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla*

³⁸⁷ UMAR, s. 1206.

tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Bu durum “sürpriz karar yasağı” olarak da ifade edilmektedir³⁸⁸.

Bu çerçevede, hukuki dinlenilme hakkına riayetsizliğin bir iptal sebebi olarak öngörülmüş olması da Anayasanın 36. maddesinde yer alan ve *herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu* belirten Anayasal düzenlemenin tahkime yansımaları olup bu yöndeki HMK düzenlemeleri, tahkim yargılamasının bir yargısal faaliyet olduğu ve hakem kararlarının da hakim kararları gibi olduğu sonucuna ulaşılması bakımından da önemlidir.

HMK m. 27’de düzenlenen ve madde gerekçesinde adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olduğu belirtilen hukuki dinlenilme hakkının adil yargılanma hakkı ile özdeş olmadığını da belirtmek gerekir³⁸⁹. Adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkını da kapsamına alan daha geniş içerikteki bir haktır. Hukukî dinlenilme hakkı, yargılamaya katılanların dinlenilmesini, yargılamada eşit şekilde işlem görmelerini, iddia ve savunma yapma olanağının verilmesini amaçlar. Adil yargılanma hakkı ise hukuki dinlenilme hakkının yanı sıra, kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, alenî olarak, makûl bir sürede yargılanmayı da içerir³⁹⁰.

Yargıtay HGK’nın 13.05.2015 tarihli, 2013/8-2201 E. ve 2015/1326 K. sayılı kararında hukuki dinlenilme hakkının adil yargılanma kavramı içinde yer aldığı hususu ile hukuki dinlenilme hakkının çerçevesi şu şekilde izah edilmiştir:

“... Hukuki dinlenilme hakkına gelince: Mahkeme iki tarafa eşit şekilde hukukî dinlenilme hakkı tanıyarak hükmünü vermelidir. Taraflara hukukî dinlenilme hakkı verilmesi Anayasal bir haktır. Anayasa’nın 36.maddesine göre teminat altına alınan iddia ve savunma hakkı ile adil yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkını da içermektedir. Yine İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde de hukukî dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı içinde teminat altına alınmıştır. Bu hakka, tarafın hâkime meramını anlatma hakkı ya da iddia ve savunma hakkı da denilmektedir. Ancak, hukukî dinlenilme hakkı, bu ifadeleri de kapsayan daha geniş bir anlama

³⁸⁸ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 63.

³⁸⁹ TANRIVER (Adil Yargılanma), s. 193.

³⁹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 233; TANRIVER (Adil Yargılanma), s. 193.

sahiptir. ... Hukukî dinlenilme hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsurudur. Zira, insan onurunun yargılamadaki zorunlu bir sonucu olarak, yargılama süjelerinin, yargılamada şeklen yer almaları dışında, tam olarak bilgi sahibi olmaları, kendilerini ilgilendiren yargılama konusunda açıklama ve ispat haklarını tam ve eşit olarak kullanmaları ve yargı organlarının da bu açıklamaları dikkate alarak gereği gibi değerlendirme yapip karar vermesi gereklidir. ... hukukî dinlenilme hakkı, iddia ve savunma hakkı kavramına göre daha geniş ve üst bir kavramdır.

Bu hak, yargılamanın tarafları dışında, müdahiller ve yargılama konusu ile ilgili olanları da kapsamına almaktadır. Ancak, her yargılama süjesi kendi hakkıyla bağlantılı ve orantılı olarak bu hakka sahiptir. ... öncelikle tarafların gerek yargı organlarıncaya gerekse karşı tarafça yapılan işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Kişinin kendisinden habersiz yargılama yapılarak karar verilmesi, kural olarak mümkün değildir. Bu hakkın ikinci unsuru, açıklama ve ispat hakkıdır. Taraflar, yargılamayla ilgili açıklamada bulunma, bu çerçevede iddia ve savunmalarını ileri sürme ve ispat etme hakkına sahiptirler. Her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanırlar. Bu durum "silahların eşitliği ilkesi" olarak da ifade edilmektedir. Bu hakkın üçüncü unsuru, tarafların iddia ve savunmalarını yargı organlarının tam olarak dikkate alıp değerlendirmesidir. Bu değerlendirmenin de, kararların gerekçesinde yapılması gerekir (bkz. 6100 sayılı HMK'nun Hükümet Gerekçesi madde 32). Yargılama bakımından, sadece bir tarafın dinlenmesi, başka kimsenin dinlenmemesi, tek yönlü karar verilmesi demektir. Yargılamada yer alan taraflar, yargılamanın objesi değil, süjesidir. Hukukî dinlenilme hakkı, doğru karar verilmesinin garantisidir; bu nedenle, haksızlığa karşı koyabilme imkânı tanır. Bu hak, hukuk devletinin, insan onurunun korunması ve eşitlik ilkesinin, hak arama özgürlüğünün, adil yargılanma hakkının bir gereğidir.

Hukukî dinlenilme hakkı yargılamanın süjesi olan herkese aittir. Dava sonunda hukukî durumu etkilenecek olan kişilere, yargılamadaki durumlarına uygun şekilde bu hak tanınacaktır. Tanık ve Bilirkişilerin kendileri ile ilgili bir sonuç doğması halleri dışında, hukukî dinlenilme hakkı bulunmamaktadır. Davada taraflar, çekişmesiz yargı işlerinde ilgililer bu hakka sahip oldukları gibi, fer'i müdahilin de kendi hakkıyla bağlantılı olarak hukukî dinlenilme hakkı bulunmaktadır.

Hukukî dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukukî korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukukî uyumsuzluklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyumsuzluğun niteliğiyle bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır. ... Kanunda da açıkça belirtildiği gibi, hukukî dinlenilme hakkının temel üç unsuru bulunmaktadır (6100 sayılı HMK madde 27/2).

Bunlardan ilki "Bilgilenme Hakkı"dır. Buna göre, hak sahibinin kendisi ile ilgili yargılama ve yargılamanın içeriği hakkında tam bir şekilde bilgi sahibi olması sağlanmalıdır. Bilgilenme hakkı, gerek karşı taraf gerekse yargı organlarının işlemleri ve dosya kapsamına girip yargılamayı etkileyen her şeyi kapsar. Tarafın bilgi sahibi olmadığı işlemler, belge ve bilgiler yargılamada esas alınmaz. Bilgilenmenin şekli bakımından, hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalı, ilgilinin bilgilenmesi şeklen değil, gerçekten sağlanmaya çalışılmalıdır. Özellikle tebligat ve davetiye kurallarının uygulanmasında özen gösterilmelidir. Usûlüne uygun tebligat yapılmadan, davetiye çıkarılmadan, tefhimi mümkünse tefhim gerçekleşmeden yapılan işlemler taraflar bakımından sonuç doğurmaz. Taraflardan gizli yargılama yapılamayacağı için, yargılamaya dâhil olan her işlem bakımından taraflar, dosyanın korunması ve yargılamanın sağlıklı yürütülmesi dışında bir sınırlamaya tabî olmadan tam olarak bilgilenme hakkını

kullanabilirler. Bu sınırlamalar da bilgilenme hakkını ortadan kaldırıcı nitelikte olmayıp sadece kullanılmasını yargılamanın sağlıklı işlemesi için belirli kurallara bağlamak şeklinde olabilir. Tarafların bilgisine açık olmayan hiçbir husus hükme esas alınamaz.

Hukukî dinlenilme hakkının ikinci unsuru “Açıklama ve İspat Hakkı”dır. Buna göre de, hak sahibinin bilgilendiği hususlarda açıklama hakkı tam olmalıdır. Açıklama hakkı kapsamına, yargılamanın temelini oluşturan vakıalar, bunların ispatına ilişkin faaliyet ve hukukî sebepler girmektedir. Bununla birlikte, açıklama hakkı sınırsız bir içeri dökme hakkı değildir. Bu konuda hakkın özünü zedelemeyen, yargılamanın sağlıklı işlemesine yönelik sınırlamalar getirilebilir. Ancak, hakkı anlamsız kılacak sınırlamalar kabul edilemez. Bu çerçevede örneğin, makul kabul edilebilecek, iddia ve savunmayı genişletme yasağı ile delil gösterilmesi konusunda getirilen sınırlamalar hukukî dinlenilme hakkına aykırı sayılmaz. Burada, teksif ilkesi ve usul ekonomisi ortaya çıkacak, hukukî dinlenilme hakkı ihlâli sonucunu doğurmayan, teksif ilkesine ve usul ekonomisine uygun olan sınırlamalar kabul edilebilecektir. Açıklama hakkının ne şekilde kullanılacağını ise, kural olarak ilgili yargılama usulü belirler. Açıklama hakkının kullanılması için ilgiliye gerekli ortam hazırlanmasına rağmen, kişi bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir, hakkını kullanmayarak haktan feragat edebilir.

Hukukî dinlenilme hakkının üçüncü unsuru “Dikkate Alınma Hakkı”dır. Taraf açıklamalarını yargı organları, tam olarak dikkate alıp değerlendirmelidir. Ancak bu şekilde ilgililer gerçek anlamda yargılamayı etkileyen bir yargılama süjesi haline gelmiş olur. Aksi halde bilgilenme ve açıklama hakkı anlamsız kalacaktır. Bu sebeple, dikkate alma ve değerlendirme, yargı organı için mutlak bir yükümlülüktür (Hakan Pekcanitez- Oğuz Atalay- Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011, s. 272- 278).

Hakkaniyete uygun bir yargılanmanın gerçekleşmesini sağlayacak en önemli ilke ise silâhların eşitliği ilkesidir. Silâhların eşitliği ilkesi, yine, AİHM’ne göre, mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır. Başka bir deyişle, silâhların eşitliği ilkesi, davanın taraflarından birini diğeri karşısında avantajlı bir duruma düşürmeyecek şekilde her iki tarafın deliller de dahil olmak üzere, iddia ve savunmasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması, tarafların denge içinde olması demektir. Silâhların eşitliği ilkesi, AİHM’nin 6. maddesinin 1. bendinin ilk cümlesinde geçmektedir. ...”³⁹¹

Tarafların eşitliği ilkesi, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesiyle de ilişkilidir³⁹². Nitekim, HMK m. 417’de kendisine hakemlik önerilen kimsenin bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorunda olduğu ve hakemlerin tarafsızlığından şüphe edilmesini haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebileceği hususları düzenlenmiş olup MTK m.7/C’de de aynı hükümler yer almaktadır³⁹³. Hakemlerin tarafsızlığı, taraflara eşit muamelede

³⁹¹ (www.kazanci.com)

³⁹² KALPSÜZ (Tahkim), s 141; AKINCI (Tahkim), s. 158; ÖZBAY/KORUCU, s. 81-83.

³⁹³ UNCITRAL Model Kanun’un 12. maddesinde de hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorunda olduğu ve hakemlerin, tarafsızlığından şüphe edilmesini haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebileceği hususları düzenlenmiştir.

bulunulmasını, taraflarla hakemler arasında menfaat ilişkisinin olmamasını ve bir tarafın diğerine tercih edilmesi için bir nedenin bulunmamasını; bağımsızlık ise hakemin davadan veya dava sonucundan herhangi bir menfaatinin bulunmamasını, organik bir bağı, iş ilişkisi ya da müşterilik gibi herhangi bir çıkar için taraflardan birine tabi olmamasını ifade eder³⁹⁴. Hakemlerin tarafsızlığından ya da bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösterecek durum ve koşulları açıklamamalarının yaptırımının ne olduğu HMK'da da MTK'da da düzenlenmemiş ve bu durum bir iptal sebebi olarak öngörülmemiştir. Ancak, hakemlerin tarafsızlıklarından ya da bağımsızlıklarından şüphe etmeyi haklı gösterecek durum ve koşulları açıklamamış olmaları, tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi sonucunu doğurmuş ise bu durum bir iptal sebebi teşkil edecektir.

MTK'nın HMK hükmüne karşılık gelen düzenlenmesinde hukuki dinlenilme hakkına riayetsizlikle ilgili bir ifadeye yer verilmemiş, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi bir iptal sebebi olarak serdedilmiştir (m. 15, A f., b. 1., alt bent g). MTK m. 8/B ise "*Taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır.*" düzenlemesini ihtiva etmektedir. Mezkur düzenlemelerde hukuki dinlenilme hakkına açıkça işaret edilmemişse de *tarafların eşit hak ve yetkiye sahip olacakları ve taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınacağı* ifadeleriyle hukuki dinlenilme hakkının da kastedildiği söylenebilecek olup adil yargılanma hakkının en önemli unsurlarından bir olan ve her türlü yargılama sürecinde birincil öncelikle gözetilmesi gereken hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmesinin MTK bakımından da bir iptal sebebi olduğunda kuşku bulunmamalıdır³⁹⁵.

İptal sebepleri bakımından MTK'da yapılan açık ayırım bağlamında, *tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesine* ilişkin iptal sebebi de varlığı tarafça ispat edilecek iptal sebeplerindedir.

³⁹⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s. 55-60; Detaylı bilgi için bkz. KAYALI.

³⁹⁵ UMAR, s.1206.

IX. Hakem veya Hakem Kurulu Kararına Konu Uyuşmazlığın Türk Hukukuna Göre Tahkime Elverişli Olmaması (HMK m. 439, 2, G; MTK m. 15, A f., b. 2., alt bent a)³⁹⁶

Tahkime elverişlilik bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olup olmadığını ifade eder³⁹⁷. Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için iki temel şart vardır. Bunlardan ilki uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, ikincisi yanların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmış olmalarıdır³⁹⁸.

HMK m. 408 uyarınca taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. MTK'nın 1. maddesinin 4. fıkrasında da bu Kanunun Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir³⁹⁹.

Bu çerçevede, gerek HMK gerekse MTK açısından, Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklar, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Tarafların iradelerine tabi olan uyuşmazlıklar tahkime elverişlidir⁴⁰⁰. Türk hukukunda hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu konusunda ölçü olarak tarafların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıkları esas almak gerekir⁴⁰¹.

³⁹⁶ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/b/i'de de tahkime elverişsizlik (re'sen dikkate alınacak) bir iptal sebebi olarak sayılmıştır.

³⁹⁷ AKINCI (Tahkim), s. 271; KALPSÜZ (Tahkim), s.143; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.650; Tahkime elverişlilik kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HUYSAL, s. 11-18.

³⁹⁸ Dipnot 254'de yer alan Yargıtay 11. HD'nin. 14.09.2017 T., 2017/776 E., 2017/2981 K. sayılı kararı (www.kazanci.com)

³⁹⁹ Türkiye'de bulunmayan taşınmazların; uyuşmazlık konusu taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna göre, taşınmazların ayından kaynaklanan bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkünse söz konusu uyuşmazlığın Türkiye'de MTK'ya tabi olarak ve tahkim yolu ile çözümlenebileceğine ilişkin görüş için bkz. AKINCI (Tahkim), s.262.

⁴⁰⁰ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 788.

⁴⁰¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.740.

Uyuşmazlık tahkime elverişli olmadığı halde, çözümü için bir şekilde tahkim yoluna başvurulmuş ve hakkında bir hakem kararı tesis edilmiş ise bu karar iptale mahkum olacaktır. Hatta Umar'a göre böyle bir karar aslında yok hükmündedir. Ayrıca Umar, Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmamanın sadece bir iptal sebebi sayılmasının da tartışılabilirliğini ifade etmiştir⁴⁰².

Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan doğan uyuşmazlık tahkime elverişli olmadığı gibi maddi hukukun taraflara uyuşmazlık konusu üzerinde tasarrufta bulunma imkanı vermediği hallerde de uyuşmazlık tahkime elverişli değildir⁴⁰³.

Kural olarak, tek taraflı bir irade beyanı ile yeni bir hukuki durumun yaratılmasını, mevcut hukuki durumun değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlayan yenilik doğurucu haklar⁴⁰⁴, hak sahibinin tek taraflı irade açıklamasıyla hukuki değişikliği meydana getirir, hak sahibinin karşı tarafın muvafakatini almaya ya da devlet organları harekete geçirmeye ihtiyacı bulunmamaktadır. Ancak, özellikle kamu düzeni ile ilgili olan veya hukuk güvenliğinin sağlanması ya da üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması gereken bazı hallerde, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi tesis etmek, değiştirmek ya da sona erdirmek için sadece hak sahibinin iradesi yeterli sayılmamış ve hak sahibinin iradesinin devlet egemenliği altındaki bağımsız mahkemelerin yargılama süzgecinden geçirilmesi öngörülmüştür. Hakim, hakkın kullanılması için gerekli şartların oluşup oluşmadığını kontrol eder ve arzu edilen değişiklik, yani yeni bir hak veya hukuki durumun yaratılması, değiştirilmesini veya kaldırılması ancak hakimin yenilik doğurucu hükmüyle⁴⁰⁵ gerçekleşir⁴⁰⁶. İşte, özellikle aile ve miras

⁴⁰² “Uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı bir iptal sebebi sayılmasının yani sadece bir iptal sebebi sayılmasının doğruluğu tartışılabilir. İptal hükmü çıkmadıkça, tahkime elverişli, olmayan konuda verilebilmiş bir hakem hükmü geçerli mi sayılacaktır? HMK m. 408, iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir derken buna rağmen, sanki geçerli bir tahkim süreci yürütülmüş gibi, ana babanın anlaşmasıyla hakem işlevini üstlenmiş kişinin, çocuğun velayetini anneye vermesi, doğan çocuğun falanca kişiden olma bulunduğu yolunda tebbit hükmü vermesi, gülünç olmaktan öteye gidemez ve böyle bir “hüküm” iptal edilmek gerekmez. Kısacası, bu hallerde, var görünen hüküm aslında bir “yok hüküm”dür.” (UMAR, s.1206).

⁴⁰³ KURU (Usul), C.VI, s.5951

⁴⁰⁴ Yargıtay HGK'nın 29.01.1997 T.; 1996/704 E., 1997/6 K. sayılı kararında “yenilik doğurucu haklar” bu şekilde tanımlanmış olup doktrinindeki tanımlar için bkz. EREN, s. 61, 62; BUZ, s. 55 -57.

⁴⁰⁵ YILMAZ (Şerh), C. 2, s. 1668.

⁴⁰⁶ BUZ, s.183.

hukukunda karşımıza çıkan ve ancak bir yenilik doğurucu hüküm ile gerçekleşmesi mümkün olan yenilik doğurucu haklar, tarafların iradesine tabi olmadığından ve taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanı bulunmadığından tahkime de elverişli olmayıp bu konularda taraflarca tahkim sözleşmesi yapılamaz. Örneğin, taraflar boşanma hususunda tahkim sözleşmesi yapamaz. Çünkü, boşanma hakkındaki karar iki tarafın arzusuna tabi işlerden değildir⁴⁰⁷.

Ahkamı şahsiyeye ilişkin bazı yenilik doğuran davaların meydana getireceği hukuki sonuçların da tarafların anlaşmasıyla meydana getirilmesi mümkün değildir. Örneğin, çocuğun nesebinin düzenlenmesi konusunda ana - babanın karar verebilme hak ve yetkileri bulunmamaktadır. Bunun gibi, tarafların tasarrufuna tabii olmayan hallerde devletin hak, adalet ve yargılama yetkisi tekeldir ve kesindir. Bu itibarla anılan konulardaki ihtilafların tahkim yoluyla çözümlenmesi de mümkün değildir⁴⁰⁸. Ayrıca, tarafların aralarındaki ihtilafın tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırılabilmeleri için bu ihtilafın kamu düzenini ilgilendiren bir konuda da olmaması gerekir⁴⁰⁹. Örneğin soybağı ile ilgili uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenemez. Zira, soybağı ile ilgili uyuşmazlıklar hem kamu düzenine ilişkindir hem de bu konu, tarafların tasarrufuna tabii olmayıp devletin bu konudaki hak, adalet ve yargılama yetkisi tekeldir ve kesindir. Bu nedenle taraflar, bu konuda aralarında çıkacak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümünü kararlaştıramazlar⁴¹⁰.

Ayrıca, sadece re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar dışındaki çekişmeli yargıya tabi uyuşmazlıklar yönünden tahkime başvurulabilir, çekişmesiz yargıya tabi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün değildir⁴¹¹. İflas davaları⁴¹², itirazın kaldırılması talepleri, istihkak iddiası gibi

⁴⁰⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.738; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, 788.

⁴⁰⁸ BUZ, s. 187.

⁴⁰⁹ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 788; KALPSÜZ (Tahkim), s. 144; AKINCI (Tahkim), s. 267.

⁴¹⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 740.

⁴¹¹ GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 789; KALPSÜZ (Tahkim), s.144; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 650; KURU, C.VI, s. 5951

takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar⁴¹³ da tahkime elverişli değildir. Yargıtay, Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar ile taşınmazların tahliyesi ve taşınmazların kira bedelinin tespitiyle ilgili uyuşmazlıklarda da tahkime başvurulamayacağı görüşündedir⁴¹⁴.

⁴¹² AKINCI (Tahkim), s. 267; KALPSÜZ (Tahkim), s.144, GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 681; KURU, C. VI., s. 5951; HUYSAL, s. 145,146; “... Mahkemece, davalının iflasına dair verilen karar taraf vekillerinin karar düzeltme istemi üzerine Dairemizin...sayılı ilamıyla, “İtirazın kaldırılması ve iflas davaları öncelikle davacının alacaklı, davalının ise borçlu olduğuna dair bir maddi hukuk yargılamasını, sonrasında şartların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflasına karar verilmesin gerektiren davalardandır. İflas kararını ancak davalının muamele merkezi mahkemesi verebilir. İflas davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına dair kural, alacağın tesbiti aşamasına dair olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder.Özel hukuktaki sözleşme serbestisi sınırları içinde kalmak kaydıyla taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku ve doğacak uyuşmazlıkları çözecek (yetkili) yargı yerlerini serbestçe belirleyebilirler.

Taraflar arasında akdedilen garanti sözleşmesinde İngiltere hukukunun uygulanacağı ve uyuşmazlıkların İngiltere Mahkemeleri'nde veya Londra Tahkim Mahkemesi'nde çözümleneceği hükmüne bağlanmıştır. Somut olayda davacı İngiltere Mahkemelerinden veya Londra Tahkim Mahkemesi'nden aldığı bir karar olmaksızın, doğrudan sözleşmeye dayalı olarak iflas yolu ile takibe girişmiş; davalı da gerek takibe itirazında ve gerek davaya cevabında bu yönü ileri sürmüştür.Yukarıda açıklandığı üzere davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığının tesbiti, aksine bir hüküm yoksa iflasa bakan yer mahkemesince incelenir, ancak taraflar .../... arasındaki sözleşmede bu belirleme İngiltere hukukuna ve İngiltere Mahkemelerine veya Londra Tahkim Mahkemesi'ne bırakılmıştır. Bu durumda davacının öncelikle anılan yargı yerlerinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve bununla Türkiye'de borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak ve özellikle alacağın başka bir yer hukukuna tâbi kılınması sonucunu doğuracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir” gerekçesiyle davalı yararına bozulmuş, bozma nedenine göre davacı vekilinin karar düzeltme istemi reddedilmiş, uyularak yapılan yargılama sonucunda, davanın reddine karar verilmiştir.Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. ...” Yargıtay 23. HD., 20.04.2016 T., 2015/397 E., 2016/2509 K. (www.kazanci.com)

⁴¹³ KALPSÜZ (Tahkim), s. 144

⁴¹⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s. 145, ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ, s. 766; KURU, C.VI., s.5952, 5953; HUYSAL, s.132-145.

Ayrıca, Yargıtay tüketici hukukunu⁴¹⁵ ve iş hukukunu⁴¹⁶ ilgilendiren uyuşmazlıkların da (ihtiyari) tahkime elverişli olmadığı görüşündedir. Ancak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanması öngörülen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olan arabuluculuğun (HUAK m. 1,2), 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile belli iş hukuku uyuşmazlıkları yönünden dava şartı olarak öngörülmüş olması (m.3,1)⁴¹⁷ ve bu surette kanun koyucu

⁴¹⁵ Bkz. dipnot 74'deki kararlar.

⁴¹⁶ "... İş ilişkilerinde taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklar, çeşitli ölçütler nazara alınarak sınıflandırılabilir. Uyuşmazlığın niteliği ve konusuna göre hak uyuşmazlığı – menfaat uyuşmazlığı ayrımı yapılabileceği gibi uyuşmazlığın tarafları nazara alınarak bireysel iş uyuşmazlıkları – toplu iş uyuşmazlıkları şeklinde bir ayırım da yapılabilir.

İş ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde dava açmak suretiyle çözümlenmesi ana kuraldır. 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun birinci maddesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Dairemizde, İş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine dair olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davalarında da 4857 Sayılı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği, tahkim sözleşmesi ile İş Mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılamayacağı yerleşik uygulamadır.

İş sözleşmesinin düzenlenmesinde; işçi işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf ve işin ifası sırasında da işverene hukuken bağımlıdır. İş sözleşmesinin kuruluşunda bizzat sözleşme içeriğinde tahkim şartı öngörülmesi halinde işçi, işverene bağımlı durumda olduğundan tahkim şartının işçiyi bağladığından bahsedilemez. Ancak fesihden sonra taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklarda tahkim şartını öngören sözleşme düzenlenmesi halinde tahkim şartı geçerli olacaktır.

Somut uyuşmazlıkta; iş sözleşmesinde düzenlenen tahkim şartı geçerli olmadığından, mahkemece işin esasına girilerek talep konusunda bir karar verilmesi gerekirken hatalı bir gerekçe ve değerlendirme ile davalının yaptığı "uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği" yönündeki ilk itirazın kabulüyle davanın usulden reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. HD., 02.10.2017 T., 2016/21367 E., 2017/14609 K.; "... Yukarıda yapılan tespitler ve Dairemizin istikrar kazanmış uygulamaları kapsamında, iş Mahkemelerinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine dair olduğu, işe iade davaları dışında, tahkim sözleşmelerinin geçerli olmadığı, işe iade davalarında da 4857 Sayılı Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrası gereğince tahkim sözleşmesinin yapılmasının ihtiyari olduğu, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenebileceği, tahkim sözleşmesi ile İş Mahkemelerinin yetki ve görevinin kaldırılamayacağı, kaldı ki davacı işçinin üyesi bulunduğu sendikayla davalı işveren arasında imzalanan ve 1.4.2012-31.3.2014 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 18. maddesinde düzenlenen tahkim şartının (tarafların tahkim yoluna gitmesinin) zorunlu olmadığı, ihtiyari olduğu taraflardan birinin isteğiyle ancak tahkim yoluna gidilebileceği tüm bu sebeplerle 1.4.2012-31.3.2014 tarihleri arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin 18. maddesinde düzenlenen tahkim şartının sendika üyesi olan davacı işçiyi bağlamayacağı, davacı işçinin tahkim yoluna başvurmak zorunda olmadığı, davacı işçinin davaya konu alacağını mahkemeye dava açmak suretiyle isteyebileceği açıkça anlaşılmış olup mahkemece işin esasına girilerek talep konusunda bir karar verilmesi gerekirken hatalı bir gerekçe ve değerlendirmeye davalının yaptığı "uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği" yönündeki ilk itirazın kabulüyle davanın usulden reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. ..." Yargıtay 9. HD., 17.09.2014 T., 2014/22697 E. 2014/26896 K. (www.kazanci.com); HUYSAL, s. 129-132.

⁴¹⁷ "**Dava şartı olarak arabuluculuk**

MADDE 3- (1) Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(2) Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa

tarafından anılan uyuşmazlıkların açıkça, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar arasında kabul edilmiş olması karşısında Yargıtay'ın iş hukukunu ilgilendiren uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı yönündeki görüşünün yeniden gözden geçirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Gayri maddi malvarlığına ilişkin mutlak haklardan olan fikri mülkiyet haklarının tahkime elverişli olup olmadığı hususuna ilişkin olarak ise özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklar ile sınai hakları (telif haklarını, patentleri, markaları, faydalı modelleri, tasarımları, coğrafi adlar ile işaretleri, entegre devre topografyalarını vb.) içine alan fikri mülkiyet haklarına⁴¹⁸ ilişkin uyuşmazlıkların tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklardan olması sebebiyle, istisnai durumlar hariç olmak üzere tahkime elverişli olduğu söylenebilir⁴¹⁹. Nitekim marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunmasını sağlama amacı güden 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda da tahkim⁴²⁰ ve arabuluculuğa⁴²¹ ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Ancak, 6769 sayılı Kanunda mahkeme tarafından karar verileceği belirtilen hükümsüzlük taleplerine (m. 25, m. 77, m. 138) ilişkin uyuşmazlıkların,

uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.

(3) İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz. ...”

⁴¹⁸ KARAHAN/SULUK/SARAÇ/NAL, s.1-4.

⁴¹⁹ AKINCI (Tahkim), s. 276; HUYSAL, s. 146, 219 - 237, 282 - 285.

⁴²⁰ “**İşverenin buluşa ilişkin hakkı ve hak talebinde bedel**

MADDE 115- ...

(11) Çalışan buluşları ile ilgili bedel tarifesi ve uyuşmazlık hâlinde izlenecek tahkim usulü yönetmelikle belirlenir. ...”

⁴²¹ “**Yayıma itirazın incelenmesi**

MADDE 19- ...

(4) Kurum gerekli görmesi hâlinde tarafları uzlaşmaya teşvik edebilir. Uzlaşma ile ilgili hususlarda 7/6/2012 tarihli ve 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu hükümleri uygulanır. ...”

mahkemelere verilen münhasır yetki gereği tahkime elverişli olmadığını⁴²² kabul etmek gerekir⁴²³.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; bazen maddi hukuk hükümleriyle de tahkime sınırlama getirebilir⁴²⁴. Örneğin, yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz (TBK m. 262). Benzer şekilde TTK’nın deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaydan veya bagajın ziyaa veya hasara uğramasından önce yapılmış tahkim sözleşmelerinin geçersiz olduğu belirtilmiştir (TTK m. 1271, 2). Bu hallerde, ortada bir tahkim sözleşmesi varsa bile bu sözleşmeler geçersiz kabul edilecektir. Bu örneklerdeki durum tahkime elverişlilik ile ilgili değil, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgilidir ve uyuşmazlığın tahkime elverişliliği, tahkim anlaşmasının geçerliliğinden farklı bir konudur. Bu sebeple, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı iddia edilmesi durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliği değil, tahkime elverişlilik tartışılacaktır. Bu iki kavram arasında içerik bakımından olduğu kadar, sonuçları bakımından da fark vardır.⁴²⁵ Zira, MTK uyarınca tahkime elverişlilik mahkeme tarafından re’sen dikkate alınacak bir iptal sebebi iken tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı itirazı ancak taraflarca ileri sürülmesi halinde dikkate alınabilecek bir iptal sebebidir.

Maddi hukuk hükümleriyle tahkime getirilen sınırlamalara bir diğer örnek de TTK m. 445’te yer alır. Bu hükme göre, anonim şirket genel kurul kararlarının iptalini talep edebilecek olan kişiler (m. 446), kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye

⁴²² Türk doktrininde patentin hükümsüzlüğüne ilişkin uyuşmazlıkların mahkemelerin münhasır yargı yetkisine girdiği hususunda görüş birliği bulunduğu ilişkin olarak bkz. BOZKURT YÜKSEL (Patent Uyuşmazlıkları) s. 175.

⁴²³ HUYSAL, s. 285.

⁴²⁴ Bkz. yukarıda s. 97 vd.

⁴²⁵ AKINCI (Tahkim), s. 294.

ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler. Bu düzenleme ile anonim şirket genel kurullarınca alınan kararlar aleyhine açılacak iptal davalarının asliye ticaret mahkemesinde görülmesi şart koşulmuş olup bu tür bir davanın tahkimde görülemeyeceği kabul edilmektedir⁴²⁶. Yine TTK'nın 391. maddesinde anonim şirket yönetim kurulu kararları ile ilgili olarak, yönetim kurulu kararının batıl olduğunun tespitinin mahkemeden istenebileceği ve özellikle eşit işlem ilkesine aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararların batıl olduğu belirtilmiş olup buna göre anonim şirket yönetim kurulunun kararlarının batıl olduğunun tespitine dair davalar ancak devlet mahkemeleri eliyle görülebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, taraflar tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku, Türk hukukundan başka bir hukuk olarak belirleseler bile iptal davasını görecektir olan mahkeme (Türk mahkemesi), tahkime elverişliliği Türk hukukuna göre belirleyecektir⁴²⁷. Zira, hem MTK'nın hem de HMK'nın öngördüğü iptal sebebi, uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmamasıdır.

MTK'da uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması hali, mahkeme tarafından re'sen dikkate alınacak bir iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. İptal davası açma süresi geçmiş veya taraflar iptal davası açma

⁴²⁶ “... Dava, ortaklar kurulu kararının iptali istemine ilişkin olup, mahkemece şirket ana sözleşmesinin 13. maddesi uyarınca uyuşmazlığın hakem yoluyla çözüleceği gerekçesiyle, görevsizlik kararı verilmiştir. Oysa, tahkim konusunda ana sözleşmede yer alan bir hüküm veya yapılacak hakem sözleşmesi geçersizdir. Tahkim, yalnız tarafların arzularına tabi olan, yani davalı ile davacının mahkeme kararına gerek olmaksızın aralarında anlaşarak sonuçlandırabilecekleri uyuşmazlıklar konusunda geçerlidir. Halbuki bir genel kurul kararının iptaline dair uyuşmazlığın davacı ve davalı arasında yapılacak anlaşma ile sonuçlandırılması mümkün değildir. Ayrıca, TTK'nın 381. maddesinin 1. fıkrasının münhasıran ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan hükmü ile aynı maddenin 3. fıkrasının davaların birleştirilmesini zorunlu kılan hükmü de tahkim müessesesi ile bağdaşmamaktadır. (Bkz. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, üçüncü baskı, s. 226,227) ...” Yargıtay 11. HD. 05.12.2012 T., 2011/13485 E., 2012/19915 K. (www.kazanci.com); ayrıntılı bir inceleme yazısı için bkz: HELVACI, s. 179-202.

⁴²⁷ KALPSÜZ (Tahkim), s. 145; AKINCI (Tahkim), s.265; HUYSAL, s. 413.

hakkından önceden feragat etmiş (MTK m. 15/A/V) olsalar dahi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgenin verilmesi sırasında, mahkeme uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını kendiliğinden inceler ve elverişli olmadığına karar verir ise hakem kararını iptal edebilir⁴²⁸.

X. Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olması (HMK m. 439, 2, g; MTK m. 15, A f., b. 2., alt bent b)⁴²⁹

Kamu düzeni, hem iç hukukta hem de milletlerarası hukukta kullanılan bir kavram olmakla birlikte herhangi bir kanuni düzenleme ile tanımlanmamıştır. Ayrıca, kamu düzeni kavramı iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı içerikler taşımaktadır. İç hukukta kamu düzeni, Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Bu kurallar, iç hukukta tarafların uymaları zorunlu olan, gerek kanun gerekse özel hukuka ait kurallardan oluşur. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ise iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Dolayısıyla, iç hukukta kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilen bir durum milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni ihlali sayılmayabilir⁴³⁰.

Kamu düzeninin tam bir tanımını vermek mümkün değildir. Çünkü kamu düzeni zamana ve mekana göre değişen, sabit olmayan bir kavramdır⁴³¹. Zaman içerisinde yasa koyucu ve uygulayıcıların siyasi, sosyal, ekonomik ve ahlaki kriterlere atfettiği değer kamu düzeninin belirlenmesinde rol oynadığından, uygulama açısından kamu düzeninin tayin edilmiş bir kapsamına ulaşmak mümkün olmamaktadır⁴³². Zaten kamu düzeni kavramının kendisi de belirsizdir⁴³³.

⁴²⁸ KALPSÜZ (Tahkim), s. 155.

⁴²⁹ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/b/ii'de de kamu düzenine aykırılık (re'sen dikkate alınacak) bir iptal sebebi olarak sayılmıştır.

⁴³⁰ Yargıtay 13. HD'nin 23.02.2016 tarih; 2013/16287 E., 2016/5292 K. sayılı kararı.

⁴³¹ DAYINLARLI (Kamu Düzeni), s.7.

⁴³² BALCI, s. 149-152.

⁴³³ UMAR, s. 1207.

Tam bir tanım vermek mümkün olmasa da kamu düzeni, bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini, bireylerarası eşit menfaat ilişkilerinde huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu temine yarayan ve müessese ve kuralların bütünü⁴³⁴ kısaca, toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü⁴³⁵ olarak tanımlanabilir. Kamu düzeni kavramı ile muayyen bir ülke veya ülke topluluğunda hakim olan sosyal, siyasal ve ekonomik sistemin temel kural ve müesseseleri ifade edilmektedir⁴³⁶.

Yargıtay HGK'nın 30.09.2015 tarihli, 2013/13-1847 E., 2015/2020 K. sayılı kararında hakem kararlarının iptali bağlamında kamu düzenine aykırılık ile ilgili olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

“Kamu düzeni doktrinde genel olarak, “bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür.” şeklinde tanımlanmaktadır. (Süha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rölü, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan”, “Kamu Düzeni”, Ankara, 1988, sh.152)

Devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkeler, kamu düzenini ilgilendiren kurallar olup, genel olarak, kamu menfaat ve düzenini koruma amacını güden emredici kanun hükümlerine aykırılık, ahlaka ve temel hak ve özgürlüklere aykırılık, kamu düzeninin müdahalesini gerektiren hususlardır. Örneğin gümrük kanunları, vergi mevzuatı, kamu düzenini ilgilendirdiğinden, vergi mevzuatına aykırı bir alacağı hükme bağlayan bir hakem kararı, Türk hukukunun vazgeçilmez saydığı temel prensiplerle bağdaşmadığı için kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşır. Aynı şekilde toplumun ekonomik yapısına ilişkin kanunlara aykırı olarak verilen kararlar da kamu düzenine aykırı kabul edilebilir. (Kemal Dayınlarlı, “Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri”, Ankara 1994, sh. 36)

Kamu düzeni kavramı, iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta farklı içerikler taşımaktadır. İç hukukta kamu düzeni, Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Bu kurallar iç hukukta tarafların uymaları zorunlu olan, gerek kanun gerekse özel hukuka ait kurallardan oluşur. Milletlerarası kamu düzeni kavramı ise, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. Dolayısıyla iç hukukta kamu düzeni ihlali sayılan bir durum, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni ihlali sayılmayabilir.

Taraflar tahkim sözleşmesinde, tahkim yargılamasının tabi olacağı hukuku seçmişlerse hakem, tarafların bu vesile ile uygulanacak olan hukukun kamu düzenini de seçtiklerini

⁴³⁴ DAYINLARLI (Kamu Düzeni), s. 111.

⁴³⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 696.

⁴³⁶ ŞANLI (Esasa Uygulanacak Hukuk), s. 379.

kabul etmek durumundadır. (Dayınlarlı a.g.e. sn.77) Başka bir ifade ile, kamu düzeninin, seçilen hukuka bağlı kalınarak değerlendirilmesi gereklidir. Somut olayda, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında, ihtilafın “Türk Hukuk Kuralları” esas alınarak çözümleneceği yazılı olduğundan, kamu düzenine aykırılığın tespiti bakımından da, uygulanacak hukuk olan Türk Hukuk Kurallarının kamu düzeni kavramı esas alınmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, kamu düzenine aykırılık itirazlarının değerlendirilebilmesi için, işin esasının da incelenmesi gerekli olabilir. Aksi halde kamu düzenine aykırılık itirazını değerlendirmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda zorunlu olarak işin esası ile ilgili hususların araştırılması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamında da değildir. (Prof Dr. Cemal Şanlı, “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, 3. bası, İstanbul, Haziran 2005, sh. 209)

Taraflar arasında tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlık, 10.3.2006 tarihli GSM işletilmesi ile ilgili imtiyaz sözleşmesinden kaynaklanmaktadır.

Kamu imtiyaz sözleşmeleri, idarenin kendi belirlediği ve gözetimi altındaki özel bir kişiye kamu hizmetinin yürütülmesini belli bir süre için vermesidir. Bu sözleşmelerin yapılmasındaki temel amaç ise kamu yararadır. İmtiyaz sözleşmeleri yazılı şekle tabi olup, önceden hazırlanmış şartnamelere dayanır. Şartname ve sözleşme belgeleri, esas itibarıyla idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. İmtiyazcı, idare tarafından hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları bütünüyle kabul ya da bütünüyle reddetme imkanına sahiptir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmeleri, katımlı (iltihaki) sözleşmelere benzemektedir. Bu sözleşmeler karma nitelikte olup, verilen imtiyazın süresine ve mali dengesine ilişkin hükümler akdi nitelikte iken, kamu hizmetinin organizasyonuna ve çalışmasına ilişkin hükümler ise düzenleyici niteliktedir. Sözleşmenin tarafı olan idarenin, diğer tarafa (imtiyaz sahibi) göre bir takım üstün hak ve yetkileri vardır. Bu hak ve yetkiler, denetim ve yaptırım uygulama yetkisi, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi ile imtiyazın geri alınma yetkisidir. İdarenin kamu hizmetlerinin asıl sahibi ve sorumlusu olmak sıfatıyla bu yetkilere sahip olduğu kabul edilmektedir. İdare, imtiyaz sözleşmesinin ve şartnamenin hüküm ve şartlarını tek taraflı iradesi ile değiştirme hakkına sahipse de, idarenin bu yetkisini kullanabilmesi, yeni durum ve şartların ortaya çıkmasına bağlıdır. İmtiyaz sahibinin de, öngörülmezlik (emprevizyon) ilkesi gereğince sözleşmenin bozulan mali dengesinin düzeltilmesini idareden talep etme hakkı mevcuttur. İmtiyaz sahibine böyle bir hak tanınmasının nedeni, imtiyazcının yürüttüğü kamu hizmetinin devamına ilişkin kamu yararadır.”

Yargıtay İBGK'nın 10.02.2012 tarihli, 2010/1 E. ve 2012/1 K. sayılı kararında da kamu düzeni kavramına ilişkin olarak şu tespitlere yer verilmiştir:

“Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor bir her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir.

Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Hükmün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulün, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır.

Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.

İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.”

Yargıtay 2. HD.’nin 20.02.2017 tarihli, 2016/15771 E. ve 2017/1737 K. sayılı kararında ise kamu düzenine ilişkin olarak;

“Kamu düzeninin bütün özelliklerini ifade edecek tam bir tarifini yapmak kolay değildir. Genel bir tanımla; “Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür”. Bu genel çerçeve içerisinde kamu düzeni kuralları bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilir. (Prof. Dr.Aysel Çelikel-Prof.Dr. B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk II.bası-sayfa:149).

Genel olarak; hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen ve kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-âdet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak ifade edilebilir ve bu değerlerle açık bir şekilde uyuşmayan yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırı sayılarak uygulanmayacağı söylenebilir. Yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün somut olayda tatbiki ile ortaya çıkaracağı sonuç, yukarıda belirtilen temel ilke ve değerler karşısında da tahammül edilmez bir durum yaratmakta ise, yabancı hukukun kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle yabancı hukuk uygulanmaz. Burada, yabancı hukukun tatbikini engelleyen kamu düzeninin “menfi etkisi”nden bahsedilir. Kamu düzeni kavramı geniş, muğlak, izafî ve değişkendir (Prof.Dr.Cemal Şanlı-Doç.Dr.Emre Esen- Yrd.Doç.İnci Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk-4.Bası-sayfa: 72-73-78).

Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnâî bir göreve sahiptir. Kanunlar ihtilâfi kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir (MÖHUK m.5). Şu halde, kamu düzeni bizim için kanunlar ihtilâfi hukukuna ait tek taraflı bir “bağlanma kaidesi” değildir. Aksine kanunlar ihtilâfi kaidemizin gösterdiği yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır (Prof.Ergin Nomer-Prof.Cemal Şanlı, Devletler Hususî Hukuk, 18.bası-sayfa:159). “...Esasa uygulanan hukukun Türk Hukukunda farklı olması ya da Türk Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması gibi sebeplerle yabancı kararın tenfizi reddedilemez. Burada esas alınması gereken kıstas, yabancı ilamın Türk Hukukunda bir veya birden çok kanun hükümlerine aykırı bulunmasından çok, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine bakmak olmalıdır” (10.02.2012 tarih ve 2010/1 E, 2012/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı)...

açıklamaları yapılmış ve İngiliz vatandaşı tarafların, evlilik dışı ortak çocukların (velayetinin anne ve babaya verilmek suretiyle) velayetinin ortak düzenlenmesi istemiyle açtıkları davada verilen kamu düzenine aykırılık nedeniyle davanın reddine dair karar, evlilik birliği dışındaki ortak velayet düzenlenmesinin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemenin mümkün olmadığı gerekçesiyle bozulmuştur.

Yine bir başka Yargıtay kararında, Yargıtay 15. HD’nin 12.05.2014 tarihli, 2014/2183 E. ve 2014/3226 K. sayılı kararında da;

“... Toplumun çıkarlarını koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuk düzeninin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir. Kamu düzeni, bilimsel içtihatlarda genel olarak “Bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kurallar bütünüdür.” şeklinde tanımlanmaktadır. (Süha Tanrıver, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, Ankara - 1988.) Kamu düzeninden; korunma ve uygulamasında, toplumun büyük yararı bulunduğu kabul edilen özel hukuk kuralları anlaşılmalı gerekir (Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. C. Edege, Ankara, 1983, Yargıtay Yayını No: 15, sh. 258). Kamu düzeni, kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzenidir. Aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını tayin ederken, bu kavrama başvurulabilir (Becker H., Borçlar Kanunu, Çev. B. Olcay, Ankara, 1967, sh. 97). Kamu düzeninin yazılı metinler ve mahkeme içtihatları gibi başlıca iki kaynağı olmakla beraber, Schwarz’ın da belirttiği üzere “Kamu düzeni, takdiri bir kavramdır. Bunu kesin olarak sınırlamaya olanak yoktur” (Schwarz, Andreas, B: Borçlar Hukuku Dersleri; Çev. B. Davran,

İstanbul 1948, sh. 343). Gerçekten de ünlü Fransız Hukukçusu Niyabet'in de açıkladığı gibi kamu düzeni kavramı ifade edilebilmekten çok, duyulabilen, sezinlenebilen şeylerdir. İsviçre Federal Mahkemesi kamu düzeni kavramını;

'Bir kuralın kamu düzenine dair sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır şekilde zedelemesi zorunludur (Kaneti Selim, İsviçre Federal Mahkemesi'nin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara, 1968, sh. 22)' şeklinde ifade etmiştir.

Kamu düzeni kavramı yargısal içtihatlarla da konu olmuş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi 28.1.1964 gün ve 63/128 E., 64/8 K. sayılı kararında kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyişle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varmıştır. Yargıtay H.G.K.'nun 12.12.1990 gün ve 1990/3-527, 1990/627 Sayılı kararında bir kuralın kamu düzeni ile ilgisinin ülkenin sosyal, ekonomik, ekinsel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmesi gerektiği; sözü edilen gerçeklerin, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyması durumunda kuralın kamu düzeni ile ilgisinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay H.G.K.'nun 28.11.1973 gün ve 609/959 Sayılı kararında ise 'kamu düzeni kavramı, benzer yönler olmakla beraber her ülkenin, o ülkenin kendisine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşulların oluşturduğu özel bir anlam taşır' hükmüne yer verilmiştir. Kamu düzeni, öğretilerde kamu yararı düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni olarak kabul edilmektedir. Kamu düzeni, toplum içinde yaşayan fertlerin kamu yararına olarak uymak zorunda oldukları kuralların bütün olup, bu kuralların borç ilişkisi bakımından özelliği, kişisel iradeleri sınırlandırmış bulunmasında gözükmektedir (Esener Turhan, Borçlar Hukuku, 1, Ank. 1969, sh. 203). Bir başka deyişle; genellikle devletin yararına konulmuş bulunmaları sebebiyle bu kurallar tarafların iradelerine karşı korunmaktadır. Yukarıdaki görüşler birleştirilip incelendiğinde şu sonuca varılabilir: Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir. Bilimsel içtihatlarda kamu düzeninin zamana ve mekana göre değişiklik gösterdiği kabul edilmekte devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkelerde kamu düzenine dair olarak değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır. Özel hukukta kamu nitelikli kurallar genellikle aile, miras ve eşya hukukunda yer almakta ayrıca, Gümrük Kanunları, Vergiye İlişkin Mevzuat, Nesebe İlişkin Mevzuat vb. Türk Hukuku açısından kamu düzeninden sayıldığından devletin müdahalesine açık olarak değerlendirilmektedir. ...”

ifadelerine yer verilmek suretiyle kamu düzeni kavramına ilişkin doktrin ve yargı kararları ortaya konulmuş ve bir yabancı hakem kararında hüküm altına alınan cezai şartın fahiş olduğu, bu durumun kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle verilen tenfiz isteminin reddine dair ilk derece mahkemesi kararı; cezai şartın fahiş olmasının mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddesindeki sınırlamalar dahilinde butlan ile batıl olduğunun kabulü ve bu

durumun kamu düzeninden sayılmasının gerekçede yer alan açıklamalar doğrultusunda mümkün olmadığı, hakem kararında hüküm altına alınan miktarın, tarafların sulh sözleşmesinde kararlaştırdıkları miktar olduğu ve cezai şartın fahiş olarak kararlaştırılmış olmasının kabulü halinde dahi, kamu düzenine aykırılığın söz konusu olmadığı gerekçeleriyle bozulmuştur.

Görüldüğü üzere, kamu düzeninin tanımı zor ve değişken bir kavram olduğu tartışmasız olarak kabul edilmekte olup “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” şeklindeki tanımlama da en kısa ve genel kabul gören kamu düzeni tanımıdır. Kamu düzeni kurallarına riayet herkes için bir yükümlülük olup bir hukuki işlemle kamu düzeni kurallarının ihlal edilmesi halinde, kamu düzeninin bütünlüğünün muhafazası için ilgili kurumlar tarafından duruma müdahale edilir⁴³⁷.

Kamu düzeni, bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin mümkün olup olmadığı hususuyla doğrudan ilgili bir kavram olduğu kadar, hakem kararların iptali, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfiziyle de doğrudan ilgili, müdahaleci bir kavramdır. Milli ya da yabancı bir hakem kararının kamu düzenine aykırı olması ve hakem kararının devlet eliyle kontrolü sırasında bunun tespit edilmesi halinde hakem kararına müdahale edilir ve karar iptal edilir.

Yargıtay HGK'nın yukarıda bir kısmına yer verdiğimiz 30.09.2015 tarihli, 2013/13-1847 E., 2015/2020 K. sayılı kararına konu olayda da kamu hizmeti imtiyaz GSM İşletilmesine ilişkin İmtiyaz Sözleşmesi kapsamındaki hakem kararına, imtiyazcının yürüttüğü hizmetin kamu hizmeti olduğu, hakem kararının Hazine payına ilişkin olduğu, tahkim kararının doğurduğu sonuçların Türk Kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilmesi ve bunun sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçeleriyle müdahale edilerek ilk derece mahkemesinin iptal davasının reddine ilişkin kararı önce Özel Dairece (Yargıtay 13. HD) bozulmuş, ilk derece Mahkemesinin bozma kararına direnmesi üzerine de bu kez direnme kararı HGK tarafından bozulmuştur. Yine GSM İşletilmesine

⁴³⁷ DAYINLARLI (Kamu Düzeni), s.111.

ilişkin İmtiyaz Sözleşmesi kapsamındaki bir başka hakem kararının iptali için MTK m.15 uyarınca açılan davada verilen ilk derece Mahkemesi kararı Yargıtay 13. HD'nin 17.4.2012 tarihli, 2012/8426 E., 2012/10349 K. sayılı kararı ile ve

“... Davaya konu imtiyaz sözleşmesinde ödenmesi kararlaştırılan Hazine payı ve KMKP, bir vergi olmasada, Devletin kamu hizmetini devretmesinden kaynaklanan önemli ve süreklilik arzeden bir gelir unsurudur. 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun ek 36. maddesinin düzenlenme amacına, maddenin lafzına, imtiyaz sözleşmesinin 8. ve 9. maddelerine aykırı olarak, distübütörlere toptan satışlarda yapılan iskontoların, hazine payı ve KMKP ödenmesine esas tutulan brüt satış matrahına dahil edilmemesi sonucunda, Devletin sürekli bir gelir elde etme amacında olduğu Hazine payı ve KMKP'nın azalmasına, bütçe dengelerinin bozulmasına sebebiyet verileceği, bunun sonucunda da ekonomik dengelerin ve kamu düzeninin bozulacağı ortadadır. Gerçekten de davacı kurum tarafından tahkim yargılamasında verilen dilekçelerde de belirtildiği gibi, GSM işletmecilerinin, pazarlama ve dağıtım stratejisi olarak, distübütörlere, belirlenen tarifenin altında satış yapmaları, kendi tercihleri olup, bu durum, abonelere yansıyan GSM hizmetinin fiyatını değiştirmeyecek, başka bir ifade ile GSM hizmeti sonucunda nihai olarak elde edilen brüt satışlarda bir farklılık oluşturmayacaktır. Ne var ki, brüt satış rakamı ve abonelerin GSM hizmetinden yararlanma ücreti değişmemişken, işletmecinin uyguladığı iskontolar sebebiyle Hazine payı ve KMKP'nın eksik hesaplanması söz konusu olabilecektir. Oysa ki GSM işletmecilerinin ticari politikaları gereğince aldıkları kararların Hazine payı ve KMKP'ni etkilemesi mümkün değildir. Aksinin kabulü, distübütörlere uygulanan iskontoları artırarak, hazine payı ve KMKP ödemekten kaçınmayı mümkün hale getirir. Nitekim davacı kurum, davalı şirketin, distübütörlere yaptığı indirimi %100 oranında uygulayarak, ödenmesi gereken hazine payı ve KMKP'ni sıfıra indirdiğini ileri sürmüştür. Bu durum imtiyaz sözleşmesine ve onun dayanağı olan kanuna karşı hile, mali hukuk yönünden de örtülü kazanç transferi teşkil etmekte olup, hukuken kabulü mümkün değildir. Kamu yararı amacıyla ve idarenin az çok belli ve sürekli bir gelir elde etme amacıyla yapmış olduğu imtiyaz sözleşmesinde, bu sözleşmenin en önemli unsuru olan Hazine payı ve KMKP ödeme yükümlülüğünün, bu şekilde GSM işletmecisinin insiyatifine bırakılmış olması, emredici kanun hükümlerine ve kamu menfaatine aykırıdır. Davaya konu olayda, 406 S.K Ek 36. maddeye dayanılarak tadil edilen imtiyaz sözleşmesinde, hazine payı ve KMKP'nın brüt satışlar üzerinden ödenmesi gerektiği belirtilmiş olup, matrahtan hariç tutulan kalemler de tahdidi olarak sayılmış olmasına rağmen, distübütörlere yapılan iskontolar, istisnalar kapsamında sayılmamıştır. Sözleşme tarihinde ve bu tarihten uzun bir süre öncesinde ve sonrasında da, davacının muhasebe uygulaması, iskontoların “60 brüt satışlar” hesabına kaydedilmesi şeklinde olmuş, dolayısıyla iskontolar üzerinden de hazine payı ve KMKP ihtilafsız bir şekilde ödenmiş, ne daha öncesinde ne de protokol ve sözleşme aşamalarında bu konuda herhangi bir muaraza söz konusu olmamıştır. O halde, taraflar arasında yaklaşık 8 yıllık süre içinde bu konuda herhangi bir ihtilaf olmamasına, iskontoların matraha dahil edilerek Hazine payı ve KMKP'nun ödenmiş olmasına, 2005 tarihli sözleşme tadilinden sonra da 9 ay boyunca uygulamanın bu şekilde devam etmiş olmasına, davacı şirketin mali denetçisinin uyarısı üzerine söz konusu ihtilafın başladığı sabit olmasına rağmen, Tahkim Kurulu tarafından tarafların

gerçek iradelerine, Türk Hukuk kurallarına ve bu kuralların ihdas amacına aykırı olacak şekilde nesnel yorum metoduyla, hazine payı ve KMKP'ni azaltıcı şekilde karar verilmiş olması nedeniyle, söz konusu kararın sonuçları, imtiyaz sözleşmesinin niteliğine, Devletin sürekli bir gelir elde etme amacına, emredici kanun hükümlerine, kamu menfaatine dolayısıyla Türk kamu düzenine aykırıdır. O halde mahkemece, sonuçları Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar doğuracak olan Tahkim Kararının, (1)ve (2) numaralı bentlerinin iptaline karar verilmesi gerekir. ...”⁴³⁸

şeklindeki gerekçeyle bozulmuştur. Yargıtay'ın bu kararında hakem kararına konu Hazine payı ve KMKP'nin bir vergi olmadığı kabul edilmekle birlikte, Devletin kamu hizmetini devretmesinden kaynaklanan önemli ve süreklilik arz eden bir gelir unsuru olduğu değerlendirilmiş ve Hazine payı ve KMKP'nin azalmasına, bütçe dengelerinin bozulmasına sebebiyet verilecek nitelikte olan hakem kararı sonucunda ekonomik dengeleri ve kamu düzenini bozulacağı, hakem kararının sonuçlarının, imtiyaz sözleşmesinin niteliğine, Devletin sürekli bir gelir elde etme amacına, emredici kanun hükümlerine, kamu menfaatine dolayısıyla Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçelerinden hareket edilerek, hakem kararına kamu düzenine aykırılık yönünden müdahalede bulunulmuştur.

ICC Tahkim Divanı tarafından, GSM İşletilmesine dair İmtiyaz Sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına ilişkin olarak Yargıtay'ın yukarıda değindiğimiz kararlarıyla ortaya çıkan kamu düzenine aykırılığa ilişkin bu müdahalelerin; kamu düzeni kavramının geniş yorumlanması ve kamu düzeni gerekçesiyle işin esasına dair de denetiminin yapılmış olması itibarıyla, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında geçmiş yıllarda verilen Yargıtay kararları sebebiyle oluşan Türkiye'nin tahkim yanlısı bir ülke olmadığı şeklindeki menfi söylem ve izlenimlerin⁴³⁹, tahkimi teşvik amacıyla yapılan yasal düzenlemelere rağmen gündemde kalmaya devam etmesine neden olabilecek mahiyette olduğunu ve bu kararların doktrinde de eleştirildiğini belirtmek gerekir⁴⁴⁰.

⁴³⁸ www.kazanci.com

⁴³⁹ EKŞİ (ICC Hakem Kararları), s. 55 - 77.

⁴⁴⁰ Anılan kararın isabetsiz olduğu yönündeki görüşler için bkz. AKINCI (Tahkim), s.282-285; Bahadır ERDEM, İptal Davalarında Kamu Düzenine Aykırılık, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, s. 109-119.

Görüldüğü üzere, (iç tahkim yönünden belirtmeye gerek olmasa da) MTK açısından re'sen gözetilmesi gereken bir iptal sebebi olarak öngörülen kamu düzenine aykırılık Türk kamu düzeni ile ilgilidir. Zira, Türk mahkemelerinin önlerine gelen iptal davalarında yabancı bir ülkenin kamu düzenini dikkate almasını haklı kılacak bir sebep yoktur⁴⁴¹. Ayrıca, bir hakem kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığının denetlenmesi, hakemlerin doğru karar verip vermediğinin denetlenmesi değildir⁴⁴². Kaldı ki tahkim şartında ya da tahkim sözleşmesinde hakemler, dostane çözüm yollarına, vicdani kanaate ya da hak ve nasafet kurallarına göre karar vermekle de yetkilendirilmiş olabilirler. Ancak, kamu düzenine aykırılık tespiti yapılırken mahkemenin işin esasıyla ilgili inceleme ve değerlendirme yapması da gerekebilir. Yargıtay da Şanlı'nın görüşüne atıfla⁴⁴³, bu durumun teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamına gelmediğini belirtmektedir⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ KALPSÜZ (Tahkim), s.146.

⁴⁴² AKINCI (Tahkim), s. 81.

⁴⁴³ ŞANLI (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları), s. 275.

⁴⁴⁴ Yargıtay HGK, 30.09.2015 T., 2013/13-1847 E., 2015/2020 K (Bkz. yukarıda s. 142,143) ; Yargıtay 13. HD, 17.4.2012 T., 2012/8426 E., 2012/10349 K. (Bkz. yukarıda s. 148,149) “...Devletlerin vazgeçemeyeceği temel ilkeler, kamu düzenini ilgilendiren kurallar olup, genel olarak, kamu menfaat ve düzenini koruma amacını güden emredici kanun hükümlerine aykırılık, ahlaka ve temel hak ve özgürlüklere aykırılık, kamu düzeninin müdahalesini gerektiren hususlardır. Örneğin gümrük kanunları, vergi mevzuatı, kamu düzenini ilgilendirdiğinden, vergi mevzuatına aykırı bir alacağı hükme bağlayan bir hakem kararı, Türk hukukunun vazgeçilmez saydığı temel prensiplerle bağdaşmadığı için kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşır. Aynı şekilde tenfiz devletinin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkilerden doğan alacakları hüküm altına alan kararlar, sahte evrak tanzim etmek suretiyle, hileyle elde edilen kararlar da, kamu düzenine aykırı kabul edilebilir. (Prof. Dr. Cemal Şanlı, a, g.e, sh. 208)

Bazı durumlarda kamu düzenine aykırılık itirazlarının değerlendirilebilmesi için, kısmen işin esasının da incelenmesi gerekli olabilir. Örneğin yabancı hakem kararına konu teşkil eden sözleşmenin, ülkenin gümrük ve vergi mevzuatına karşı bir hile ve muvazaa teşkil ettiği, dolayısıyla kamu düzenine aykırı olacağı ileri sürüldüğünde, mahkemenin itirazı değerlendirebilmesi için, kısmen işin esasıyla ilgili inceleme ve araştırma yapması zorunludur. Aksi halde kamu düzenine aykırılık itirazını değerlendirmek mümkün değildir. Bu gibi durumlarda kamu düzenine aykırılık itirazlarının incelenmesi için, zorunlu olarak işin esasıyla ilgili hususların araştırılması, teknik anlamda davanın esastan incelenmesi anlamında da değildir. (Prof.Dr. Cemal Şanlı, a, g.e, sh. 209)

Bu açıklamalardan sonra davaya konu olaya bakılacak olursa; az yukarıda da kısaca özetlendiği gibi davalı, davacı ortak girişimi oluşturan Ants ve Dorsch şirketlerinin ayrı ayrı kurumlar vergisi mükellefi oldukları gibi, ortak girişimin de Kurumlar Vergisi Kanununun 1. maddesi gereğince ayrı ve bağımsız bir kurumlar vergisi mükellefi olduğunu, ilgili vergi mevzuatları gereğince vergi hukuku anlamında ayrı bir muhatap kabul edilen Ortak Girişimin, vergilendirilecek olan gelirini, ilgili dönem sonunda beyan ederek kurumlar vergisi ödemesi, bundan sonra ortaklarına kar payı dağıtması gerekirken, idareden aldığı aylık hak edişleri Ortak Girişim hesaplarına geçirmeden ortaklara aktardığını, bu şekilde dönem sonu beklenmeden gelirin paylaşılması sebebiyle örtülü kazanç elde edildiğini, öte yandan ortak girişimin ortaklarının da ayrıca kurumlar vergisi mükellefi olup, yabancı ortak olan Dorsch şirketinin de dar mükellef olarak Türkiye'de elde ettiği kurum kazancı üzerinden vergi ödemekle yükümlü olduğunu, Kurumlar Vergisi Kanununun 24. maddesi gereğince sadece dar mükellef (yabancı firma) olan

firmaların, stopaj (kaynakta kesinti) yoluyla vergi ödemekle yükümlü olduklarını. Ortak Girişimin, taşeron olarak hizmet aldığı Dorsch firmasının, ortak girişime verdiği hizmetler karşılığında kestiği faturalar üzerinden vergi sorumlusu olarak vergi dairesine yatırdığı stopaj kesintilerini, daha sonra idareye fatura ettiğini, oysaki tahkime konu olan ve iadesine karar verilen bu vergilerin Ortak Girişimin kendi kazancından ödenen bir vergi olmadığını, yapılan uygulamanın, haksız kazanç elde etmeye yönelik olduğunu, nitekim Ortak Girişim Anlaşmasının 16 ncı maddesinde de, bu durumun açıkça anlaşıldığını, Türk Vergi Kanunlarına aykırı, vergi kaçırmaya yönelik, hileli uygulamalara hukuki geçerlik tanıyan MTO Hakem Mahkemesi kararının genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğundan tenfizinin talep edilemeyeceğini savunmuş, savunmalarına delil olarak da idarece aldırılan iki bilirkişi raporunu ibraz etmiştir.

Mahkemece yargılama sırasında alınan 7.10.2008 tarihli bilirkişi raporu benimsenmek suretiyle olayda tenfiz şartlarının bulunduğu, verilen kararın Türk kamu düzenine de aykırı olmadığı kabul edilerek. Hakem kararının tenfize karar verilmişse de, anılan raporda özet olarak, "Vergi Usul Kanununun 8/3. maddesi gereğince, vergisel unsurlu sözleşmelerin, sadece taraflar arasındaki iç ilişkide geçerli olup, vergilendirme sürecinde vergi idaresi bakımından bağlayıcı olmadığı, stopaj vergi tutarının ücrete yansıtılması talebinin, sözleşme hukuki ilişkisinden kaynaklandığı, davalı tarafın ileri sürdüğü, davacıların kendi aralarında akdettikleri sözleşmede, idarenin vergi iadesinde gecikmesi halinde yabancı firmanın fazla fatura keseceğinin kararlaştırılmış olmasının, naylon fatura düzenlenmesini teşvik edeceği ve bu suretle vergi kaçırmaya mümkün olacağı iddialarının ise, varsayımsal bir kabul olduğu, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin, incelenmesi istenilen somut uyumsuzluk kapsamında bulunmadığı, davaya konu olayda tenfiz şartlarının oluştuğu, Türk kamu düzenine aykırı bir durumun da mevcut olmadığı" açıklanmıştır.

Oysa ki davalının gerek bilirkişi raporuna itiraz, gerekse cevap ve düplik dilekçelerinde belirtmiş olduğu, Hakem kararıyla davacı ortak girişime iadesine karar verilen vergilerin ödenmesi, yükümlüsü, vergi mevzuatına aykırılık, vergi kaçırmaya ve örtülü kazanç elde etmeye yönelik bir durumun söz konusu olup olmadığı hususlarında mahkemece yeterli bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Öte yandan, dosyada, ortak girişimi oluşturan ortakların kendi aralarında akdetmiş oldukları Mayıs 2000 tarihli "Ortak Girişim Anlaşmasının İngilizce metni mevcut olup, Türkçe tercümesi mevcut değilse de, davalının, vergi kaçırmaya yönelik bir düzenleme olduğunu savunduğu ve dosyaya ibraz ettiği söz konusu anlaşmanın 16 ncı maddesinin, resmi ve onaylı olmayan, haricen yapılan Türkçe tercümesinde, "Teklifte yer alan yerel vergi tavan miktarının verilecek aylık hak edişlerle herhangi bir sebeple alınamaması durumunda, bu yerel verginin çekilemeyen kısmı için Dorsch firmasının, hak ettiği miktardan daha fazla hak ediş sunması gerekmektedir. Bu durumda, Dorsch firması, diğer ortakların kabulüyle daha fazla fatura temin ederek verecek ve bu yolla tahsil edilen yerel vergi ortaklar arasında eşit olarak paylaşılacaktır." Şeklinde bir düzenleme de mevcut olup, vergilerin ödenmesiyle ilgili bu kararlaştırmanın, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında uygulanıp uygulanmadığı da araştırılmamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki, açıklanan hususlarda yapılacak değerlendirme için, kısmen de olsa işin esasının incelenmesi zorunlu ise de, az yukarda da belirtildiği gibi, bu inceleme, olayda "kamu düzenine aykırılık olup olmadığının denetimi" ile sınırlı olarak yapılacağından, teknik anlamda davanın esasın incelenmesi de söz konusu olmayacaktır.

O halde mahkemece, tüm bu açıklamalar doğrultusunda, taraflar arasındaki sözleşmenin uygulanması aşamasında. Hakem kararıyla davacı Ortak Girişime iadesine karar verilen vergilerin, sorumlusu, yükümlüsü, ödenip ödenmediği, olayda vergi mevzuatına aykırılık, vergi kaçırmaya, hileli ve muvazaalı işlemlere ve örtülü kazanç elde etmeye yönelik bir durumun söz konusu olup olmadığı, davacıların kendi aralarında akdettikleri Ortak Girişim sözleşmesinin resmi ve onaylı Türkçe tercümesinin dosyaya ibrazının sağlanması ve davalının itirazında değindiği sözleşmenin 16 ncı maddesiyle ilgili hükmün, sözleşmenin resmi onaylı Türkçe tercümesinde de bulunup bulunmadığının denetlenmesinden sonra, vergilerin ödenmesiyle ilgili bu kararlaştırmanın, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında da uygulanıp uygulanmadığı, davalı itirazları ve dosyaya ibraz edilen bilirkişi raporları ile tüm belgeler dikkate alınmak suretiyle, vergi hukuku konusunda uzman bilirkişinin de bulunduğu akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, nedenlerini açıklayıcı, gerekçeli, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, olayda yabancı hakem kararının tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Gerek MTK'da gerekse HMK'da iptal sebepleri sınırlı/tahdidi olarak sayılmış olup bu sebeplerin dışında bir iptal sebebi öngörülmemiş ve taraflarca uygulanması kararlaştırılan maddi hukuk kurallarının uygulanmamış olması bir iptal sebebi olarak düzenlenmemiştir. HMK'nın 439. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde de iptal sebeplerinin tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için sınırlı olarak sayıldığı açıkça ifade edilerek, hakem veya hakem kurulunun hukuku doğru uygulayıp uygulamadığının meselesinin bir iptal sebebi olmadığı vurgulanmıştır. Hukukun doğru uygulanmaması riskinin bulunduğu düşünün tarafın öncelikle tahkim yolunu seçmeyeceği, tahkimde hakemin veya hakemlerin seçim usulünün tarafların serbestisine bırakılması ve uyuşmazlık konusunda uzman olan kişilerin hakem seçilmesi mümkün kılınarak taraflara riski bertaraf etme imkanı tanındığı belirtilmiştir⁴⁴⁵.

HMK'nın 439. maddesinin metninden ve Hükümet Gerekçesi'nden, maddi hukuk kurallarının doğru uygulanmamış olmasının bir iptal sebebi teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁴⁶. MTK açısından da durum aynıdır. Zira, iptal sebepleri 15. maddede sayılanlarla sınırlıdır ve bu sebepler arasında maddi hukuk kurallarının uygulanmamış ya da doğru uygulanmamış olması yer almamaktadır. Kaldı ki, her iki kanunda da prensip olarak, hakem kararlarına karşı *"kararın doğruluğunun maddi bakımdan kontrolünü"* sağlayacak kanun yollarına başvuru imkanı tanınmayarak, kararın varlığının ve geçerliliğinin incelemeye tutulduğu iptal yolu benimsenmiştir.

... bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle Yabancı Mahkemelerin Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi 2/b fıkrasınca hakem kararının tanınma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olmaması kuralı karşısında verginin kamu düzenini ilgilendiren bir sorun olması da gözetilerek. H.G.K. 'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ..." Yargıtay HGK, 08.02.2012 T., 2011/13-568 E., 2012/47 K. (www.kazanci.com)

⁴⁴⁵ Aksi yöndeki görüşler için bkz. UMAR, s.1207, 1208; EKŞİ (Tahkim), s.196-200.

⁴⁴⁶ Turgut KALPSÜZ, Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda İç Tahkim (m.411-448) Paneli, Ankara, BTHAE, 2007, s.63.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İPTAL DAVASININ SONUÇLARI

I. Kısmi İptal Kararı

Kural olarak hakemler, tahkim sözleşmesiyle bağlı olup sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermeye yetkili değildir. Ancak hakemin ya da hakemlerin, tahkim sözleşmesi kapsamında yer alan konuların yanı sıra, sözleşmenin kapsamı dışında kalan bir konuda ya da konularda da karar vermesi ihtimal dahilinde olup bu durum yukarıda da açıklandığı üzere HMK m. 439, MTK m. 15/A'ya göre bir iptal sebebidir⁴⁴⁷.

Hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesinin dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim sözleşmesinin kapsamında olan konuların tahkim sözleşmesinin kapsamı dışında kalan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim sözleşmesi kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir (HMK m. 439,3; MTK m. 15/A/III). Bazı durumlarda, hakem kararı tahkim anlaşması dışında kalan bir konuya ilişkin olmakla beraber, tahkim anlaşması kapsamındaki konuların, kapsam dışındaki konulardan ayrılması mümkündür. Böyle bir durumda, hakem kararının geçerli kısmının ayrılarak, sadece geçersiz bölümünün iptal edilmesi, taraflara önemli bir zaman ve para tasarrufu sağlayacaktır⁴⁴⁸. İşte bu nedenle, MTK'nın 15. maddesinde kısmi iptal kararı verilebilmesinin yolu açılmış olup aynı hüküm HMK'da da yerini almıştır.

Kısmi iptal kararı verilebilmesinin şartı, tahkim anlaşmasının kapsamında olan kısımların, tahkim anlaşmasının kapsamında olmayan konulardan ayrılmasının mümkün olmasıdır⁴⁴⁹. Böyle bir ayırıştırma yapılması mümkün değilse veya

⁴⁴⁷ Bkz. yukarıda s. 112-114.

⁴⁴⁸ AKINCI (Tahkim), s.317.

⁴⁴⁹ KALPSÜZ (Tahkim), s.136; ... *Her ne kadar mahkemenin, alacak kalemlerinin birbirine girdiği hakem kararının tefrik olunamayacağı gerekçesine dayanılmış ise de, iptal kararı üzerine hakemlerce yeniden yapılacak yargılamada kesinleşen hususların ayıklanıp bu kısımlar yönünden tahsil kararı*

hakem kararı tahkim anlaşmasının kapsamında olan konular ile kapsamda olmayan konular için ayrı ayrı verilmemişse hakem kararının kısmen iptali mümkün olmayacaktır⁴⁵⁰. Örneğin, hakem kararının birden çok sözleşmeye ilişkin olduğu bir uyuşmazlıkta, hakem kararına konu sözleşmelerden birinin veya birkaçının tahkim şartı içermemesi durumunda, tahkim şartı içermeyen uyuşmazlıklar hakkında da karar verilmesi halinde hakem kararının iptali söz konusu olacaktır. Ancak, tahkim şartı bulunan uyuşmazlıklar hakkında verilen karar, tahkim şartı bulunmayan uyuşmazlık hakkında verilen karardan ayrıştırılabiliyorsa, bu durumda hakem kararının kısmen iptali mümkün olacak, böylece hakem kararının tahkim anlaşması kapsamında kalan uyuşmazlıklara ilişkin kısmı ayakta kalırken kapsam dışına çıkan kısmı ise iptal edilmek suretiyle ortadan kaldırılacaktır⁴⁵¹. Bu sayede, hakem kararının tahkim sözleşmesi kapsamında kalan konulardaki kısmi geçerliğini koruyacak ve tarafların bu konular için yeniden yargı yoluna başvurmaları gerekmeyecektir.

II. Davanın Kabul Edilmesi

Hakem kararının iptali istemiyle açılan dava neticesinde, davanın kabulüne yani hakem kararının iptaline karar verilmesi halinde hakem kararı ortadan kalkar⁴⁵². İptal edilen hakem kararı hukuki etki ve sonuç doğurmaz hale gelir⁴⁵³. İptal ile birlikte artık hakem kararının hakeme veya hakem heyetine iadesi, iptal sebepleri açısından gözden geçirilerek düzeltilmesi ve/veya tamamlanması söz konusu olmaz⁴⁵⁴. Ayrıca, iptal talebinin mahkemece kabul edilerek hakem kararının iptal edilmesiyle kural olarak tahkim anlaşması da ortadan kalkmış olur. Bu durumda hakemlerin yetkisi sona erer ve bundan sonra uyuşmazlığın

verileceği ve bunun için de gerektiğinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilceği kuşkusuzdur (Yargıtay 15. HD'nin 15.11.2007 tarih; 2007/3708 E., 2007/7216 K. sayılı kararı).

⁴⁵⁰ AKINCI (Tahkim), s. 318.

⁴⁵¹ AKINCI (Tahkim), s.317, 318; BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s .611.

⁴⁵² KALPSÜZ (Tahkim), s. 126

⁴⁵³ VAN DEN BERG, s. 134.

⁴⁵⁴ KALPSÜZ (Tahkim), s. 126; UNCITRAL Model Kanununun 34. maddesinin 4. fıkrasında; iptal davasının gören mahkemenin, taraflardan birinin istemi üzerine ve uygun görülmesi halinde iptal davasını; hakem heyetine, tahkim prosedürünü yeniden gözden geçirme ya da iptal sebeplerini ortadan kaldırmak bir takım girişimlerde bulunma imkanı vermek için askıya alabileceği şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş olup bu MTK ya da HMK'ya alınmamıştır.

devlet mahkemelerinde çözümlenmesi gerekir⁴⁵⁵. Ancak, HMK, tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözüme iradesini üstün tutmuş⁴⁵⁶ ve iptal davasının kabulü hâlinde dahi, taraflar aksini kararlaştırmamışsa, yeniden tahkim yoluna başvurulabileceğini düzenlemiştir. Bununla birlikte, her durumda tahkim yoluna yeniden başvurulabilmesi mümkün değildir. HMK'nın 439. maddesinin 7. fıkrasında, hangi hallerde yeniden tahkime başvurulabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, iptal davasının kabulüne dair karar temyiz edilmezse veya hakem kararı hakemin/hakem kurulunun seçiminde usule uyulmaması (m.439, 2/b), hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verilmesi (m.439, 2/ç), tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verilmesi veya talebin tamamı hakkında karar verilmemesi ya da yetkinin aşılması (m.439, 2/d), tahkim yargılamasının usulüne uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması (m.439, 2/e) yahut tarafların eşitliği ilkesine ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi (m.439, 2/f) sebeplerinden biri ile iptal edilmişse taraflar aksi kararlaştırılmamış olmak şartıyla hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilecektir. Ayrıca, taraflar isterlerse bu yeni yargılamada önceki hakemleri yeniden hakem tayin edebilirler (m. 439, 7).

HMK'nın 439. maddesinin 7. fıkrasında sayılan haller dışında, hakem kararının iptal edilmesinden sonra tahkim yoluna yeniden başvurulması mümkün olmayıp tahkim süreci ve tahkim sözleşmesinin etkisi son bulacaktır. Tahkim yoluna yeniden başvurulma imkanını ortadan kaldıran iptal sebepleri, tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz olması ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması, tahkim süresi içinde karar verilmemiş olması, karara konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olması halleridir. Hakem kararının bu nedenlerle iptal edildiği durumlarda tahkim sürecinin yeniden canlanmasına imkan bulunmamaktadır⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ KALPSÜZ (Tahkim), s.156.

⁴⁵⁶ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s. 612.

⁴⁵⁷ UMAR, s.1210.

MTK'nın bu konuya ilişkin düzenlemesi de HMK ile benzerlik taşımaktadır. MTK m. 15'e göre, iptal davasının kabulü halinde bu karar temyiz edilmezse veya hakem kararı; hakemin/hakem kurulunun seçiminde usule uyulmaması (m. 15, A f., b. 1., alt bent b), hakemin veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi (m. 15, A f., b. 1., alt bent d), tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar verilmemesi ya da yetkinin aşılması (m.15, A f., b. 1., alt bent e), tahkim yargılamasının usulüne uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması (m.15, A f., b. 1., alt bent f), tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi (m.15, A f., b. 1., alt bent g) veya kararın kamu düzenine aykırı olması (m.15, A f., b. 2., alt bent b) nedenlerinden biri ile iptal edilmiş ise ve taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakemler ve tahkim süresi yeniden belirlenebilir ve eski hakemler yeniden hakem tayin edebilirler (m.15/A/VIII).

Görüldüğü üzere, HMK'nın 439. maddesinin 7. fıkrasında yer alan düzenleme ile MTK'nın aynı konudaki düzenlemesi arasındaki fark, MTK uyarınca "*kararın kamu düzenine aykırı olduğu*" gerekçesiyle iptal edilmesi halinde de yeniden tahkim yoluna başvurulabilmesidir. HMK'nın kanunlaşma sürecinde hakem kararının 439. maddenin 2. fıkrasının (ğ) bendinde yer alan kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi halinde de tarafların yeniden tahkime başvurabileceği hususu hükümet tarafından teklif edilmesine rağmen bu teklif TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilmeyerek tasarıdan çıkarılmış ve şöyle gerekçelendirilmiştir: *Tasarının 443 üncü maddesinin⁴⁵⁸ ikinci fıkrasının (ğ) bendinde, kamu düzenine aykırı hakem kararlarının iptal edilebileceği düzenlemesine yer verilmiş, yedinci fıkrada ise sayılan bentlerdeki durumlarda tarafların iptal davası kabul edilse dahi tahkim sözleşmesinin devamını sağlayabilecekleri belirtilmiştir. Bu nedenle, yedinci fıkrasından (ğ) bendi çıkarılmış ve madde teselsül nedeniyle 445 inci madde olarak kabul edilmiştir⁴⁵⁹*. Bu gerekçeden, bir hakem kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi halinde yeniden tahkim yoluna başvurulması imkanının

⁴⁵⁸ İptal davası tasarının 443. maddesinde yer almaktadır.

⁴⁵⁹ BUDAK (Kanun), Adalet Komisyonu Gerekçesi, s. 612.

niçin ortadan kaldırıldığı anlaşılmamaktadır. Zira, kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilen hakem kararı, iptal edilmekle ortadan kalkmıştır. Böyle bir kararın kamu düzenini sarsma ihtimali bulunmamaktadır. Bu durumda, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa ve taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin/tahkim kaydının varlığından söz edilebiliyorsa, bu durumda tıpkı MTK'da olduğu gibi tarafların yeniden tahkime başvurabilmeleri mümkün olmalıdır kanaatindeyiz.

Bu farklılık dışında, HMK'da olduğu gibi MTK'da da tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması ya da tahkim anlaşmasının (tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre) geçersiz olması; kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi veya hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması nedeniyle iptal edilmesi halinde artık tahkim süreci dirilmeyecektir. Çünkü, bir hakem kararının anılan nedenlerle iptal edilmesi durumunda artık bir tahkim anlaşmasının varlığından söz edilemeyecek ve uyuşmazlığın tahkim yolu ile halline imkan kalmayacaktır⁴⁶⁰. Bundan sonra taraflar arasındaki uyuşmazlık ancak devlet mahkemelerince görülebilecektir.

Gerek HMK gerekse MTK hükümlerine göre, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması ya da kararın tahkim süresi içinde verilmemesi hallerinde tahkim yoluna yeniden müracaat edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktaysa da bu durum iptal davasına konu edilen hakem kararına dayanak tahkim sözleşmesi/şartı kapsamındaki yeniden müracaat ile ilgilidir. Zira, uyuşmazlığın taraflarının yeni bir tahkim sözleşmesi akdetmek suretiyle aralarındaki uyuşmazlığı devlet yargısı yerine tahkime taşınmaları her zaman mümkündür. Ancak, elbette ki hakem kararının Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması nedeniyle iptal edilmesi halinde yeni bir tahkim sözleşmesi akdedilmesi mümkün olmayacağından, taraflar arasındaki uyuşmazlık artık ancak devlet mahkemelerince görülebilecektir. Peki, acaba HMK m. 439'a göre kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal edilen bir

⁴⁶⁰ KALPSÜZ, s.157.

hakem kararının varlığına rağmen, hakem kararına konu uyuşmazlığın tarafları aynı uyuşmazlığın çözümünü teminen yeni bir tahkim sözleşmesi akdederek aralarındaki uyuşmazlığı yeniden tahkime taşıyabilecekler midir? Kanaatimizce bu mümkün olmalıdır. Zira, esasen (ğ) bendinin 7. fıkradan çıkarılması çok yerinde bir düzenleme olmayıp, Adalet Komisyonu tarafından (ğ) bendinin madde metninden neden çıkarıldığına dair açık bir neden de ortaya konulmamıştır. Tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararının kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiş olması tarafların tahkim iradesini sakatlayan, tahkim şartı ya da tahkim sözleşmesinin geçerliğine hanel getiren bir durum ortaya çıkarmamakta, yalnızca yargılama neticesinde verilen hakem kararı, kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilerek ortadan kaldırılmaktadır. Kanaatimizce, bu durum tarafların tahkim iradesi ortadan kaldıracak nitelikte olmadığından, HMK'da yapılacak değişiklikler kapsamında bu husus yeniden değerlendirilmeli ve tıpkı MTK'da olduğu gibi, hakem kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi halinde de tarafların yeniden hakem seçerek yeni bir tahkim süreci başlatabilmeleri, HMK'ya tabi tahkim bakımından da mümkün hale getirilmelidir.

Bu başlık altında belirtmek istediğimiz bir diğer husus da HMK'da da değişiklikler öngören İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısının 60. maddesiyle HMK'nın 439. maddesinin yedinci fıkrasında yapılmak istenen değişikliktir. Tasarı ile HMK m.439, 7'ye "(b)," ibaresinden sonra gelmek üzere "(c)," ibaresinin eklenmesi öngörülmekte ve bu değişiklik "*Maddenin ikinci fıkrasında iptal sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır. İkinci fıkranın (c) bendinde kararın tahkim süresi içinde verilmemesi bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Kanunun 427 nci maddesinde tahkim süresi kural olarak bir yıl şeklinde belirlenmiştir. 439 uncu maddenin yedinci fıkrasında ise ikinci fıkrada belirtilen bazı hallerin varlığı sebebiyle iptal davasının kabulü halinde, aksi kararlaştırılmamışsa tarafların hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilmeleri öngörülmüştür. Yedinci fıkrada sayılan bentler arasında tahkim süresine ilişkin (c) bendi bulunmamakta; bu sebeple tahkim süresine ilişkin şarta uyulmadığı için iptal kararı verilmişse yeniden tahkim yoluna gidilmesi mümkün*

*olmamaktadır. Yapılan değişiklikle tahkim süresine ilişkin iptal sebebini düzenleyen (c) bendi de yedinci fıkra kapsamına alınmakta ve böylece tahkim süresine uyulmaması sebebiyle iptal kararı verildiği hallerde dahi aksini kararlaştırmamışlarsa tarafların hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilmelerine imkan tanınmaktadır.*⁴⁶¹ şeklinde gerekçelendirilmektedir. Kanaatimizce, hakem kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi halinde tahkim sürecinin yeniden başlatılmasına imkan tanınması yerine, kararın tahkim süresi içinde verilmemesi gerekçesiyle iptal edilmesinden sonra tahkim sürecinin yeniden başlatılmasını öngören bu değişiklik çok da isabetli değildir. Zira, HMK m.439'un 7. fıkrası, iptal davasına konu edilen hakem kararına dayanak tahkim sözleşmesi kapsamında tahkime yeniden müracaat ile ilgili olup tarafların serbest iradeleri ile belirlediği sürenin bitimiyle tahkim sözleşmesi de ortadan kalkar. Aynı tarafların, aynı uyumsuzluk için yeniden tahkime gidebilmesi ancak yeni bir tahkim sözleşmesi ile mümkündür. Bu itibarla HMK m.439'un 7. fıkrasında yapılmak istenen bu değişikliğin, mevcut düzenlemenin kapsam ve amacına ve ayrıca tahkim müessesine de uygun düşmediği kanaatindeyiz⁴⁶².

III. Davanın Reddedilmesi

İptal davasının davacısı tarafından ileri sürülen iptal sebeplerinin davaya bakan mahkeme tarafından varit görülmemesi halinde iptal davası reddedilir. Gerek HMK (m. 439, 6 cümle 1; m.361,1) gerekse MTK uyarınca (m. 15, A f., b.VII), hakem kararlarına karşı açılan iptal davaları neticesinde verilen her tür kararın (kabul, ret, kısmi iptal) temyizi kabil olup temyiz incelemesinin mahiyeti ve icraya etkisi aşağıda⁴⁶³ açıklanmış olduğundan bu başlık altında yalnızca ilgili bölüme atıfla yetinilmiştir.

⁴⁶¹ <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/YatirimOrtamitasarimetni.pdf>, s.38. (Erişim:05.03.2018)

⁴⁶² Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 60. maddesiyle HMK'nın 439. maddesinin yedinci fıkrasına "(b)," ibaresinden sonra gelmek üzere "(c)," ibaresi eklenmiş ve böylece hakem kararın tahkim süresi içinde verilmemesi gerekçesiyle iptal edilmesinden sonra dahi aynı tahkim sözleşmesi kapsamından taraflarca aksi kararlaştırılmamışsan tahkim sürecinin yeniden başlatılmasına imkan tanınmıştır.

⁴⁶³ Bkz. aşağıda s.165 vd.

İptal davasının reddedilmesi HMK'dan ziyade MTK uyarınca verilen hakem kararları açısından önem arz eder. Çünkü, HMK'ya göre verilen hakem kararı hemen icra edilebilirken MTK uyarınca verilen bir hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için belirli aşamaların kat edilmesi gerekli olup iptal davasının reddedilmesi, MTK uyarınca verilen hakem kararını kendiliğinden icra edilebilir hale getirmez. İptal davasının reddine ilişkin karar temyizi kabil bir karar olduğundan, süresi içinde temyiz edilmez veya Yargıtay tarafından onanırsa kesinleşmiş olur ve ancak bu aşamadan sonra karar icra edilebilir hale gelir. Bu durumda, hakem kararının uygulanması yararına olan taraf, kararı veren mahkemeye başvurarak kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge verilmesini talep edebilir. Bu belgenin verilmesi harca tabi değildir. Hakem kararının icraya konulması halinde Harçlar Kanunu hükümleri uygulanır (MTK m. 15/B/1).

IV. İptal Davasının Açılmamış Olması

İptal davasının sonucuna ilişkin bir hal olmamakla birlikte, MTK'nın 15. maddesinin B fıkrasının son bendinde düzenlenen ve iptal davasının süresinde açılmaması ya da tarafların iptal davası açmaktan feragat etmeleri halinde⁴⁶⁴; hakem kararının nasıl icra edilebilir hale geldiği hususuna, MTK'daki sistematik de dikkate alınarak bu başlık altında değinmeyi uygun buluyoruz. Zira, anılan husus MTK'nın iptal davasını düzenleyen 15. maddesinin sonunda ele alınmıştır. Buna karşın HMK'da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

MTK'nın 15. maddesinin B fıkrasının son bendine göre, iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi veya tarafların iptal davası açmaktan feragat etmesi hâllerinde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususları

⁴⁶⁴ MTK'nın 15. maddesinin A fıkrasının V bendinde yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların iptal davası açma hakkından feragat edebilecekleri ifade edilmiştir. Ancak, yabancılik unsuru barındırmayan/iç tahkime ilişkin hükümleri içeren HMK'da, mezkur sebeplerden ötürü iptal davasından feragat ilişkili bir hükme yer verilmemiştir.

mahkemece re'sen dikkate alınır ve icra edilebilirlik belgesi buna göre düzenlenir (ya da düzenlenmez). Mahkeme bu iki nedenden birinin var olduğu kanaatine varırsa icra edilebilirlik belgesi düzenlemeyerek hakem kararını iptal edebilir⁴⁶⁵. Mahkeme, icra edilebilirlik belgesi verilmesine ilişkin incelemeyi kural olarak dosya üzerinden yapar (MTK m.15/B/II).

MTK hükümlerine göre yürütülmüş bir tahkim yargılaması neticesinde verilen hakem kararına karşı süresi içinde iptal davası açılmamış ve hatta iptal davası açma hakkından feragat edilmiş olsa bile, hakem kararı ancak mahkemenin hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgeyi vermesinden sonra icra edilebilir hale gelir. İptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra düzenlenen (hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair) belge gibi bu belge de harca tabi olmayıp hakem kararının icraya konulması halinde Harçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

V. İptal Davası Sonucunda Verilen Karara Karşı Kanun Yolları

İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Ancak, temyiz incelemesi 439. maddenin 2. fıkrasında yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılır. Temyiz incelemesi öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Temyiz kararın icrasını durdurmaz (m.439, 6). HMK'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu düzenlemeyle temyiz incelemesinin, iptal sebepleri ile sınırlı olması prensibi kesin bir şekilde belirtilerek, Yargıtay'daki incelemenin iptal sebeplerini genişletici şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenilmiş, tahkim kurumuna sürat kazandırmak ve bu suretle kurumun teşviki için temyiz aşamasında kararın icrasının durdurulmasının önüne geçilmiştir. Ayrıca gerekçede, hakem kararına ilişkin olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptal sebebi görmemiş ise artık temyiz aşamasında kararın icra edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ KALPSÜZ (Tahkim), s. 155.

⁴⁶⁶ BUDAK (Kanun), Hükümet Gerekçesi, s.612.

HMK'nın 439. maddesinin 6. fıkrasında yer alan düzenlemenin yanı sıra, Kanunun 361. maddesinin 1. fıkrasında da "*hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabileceği*" ayrıca ifade edilmiştir. Ancak, buradaki temyiz sınırlı (dar) bir temyizdir ve temyiz incelemesi iptal sebepleriyle (m.439, 2) sınırlı olarak yapılır⁴⁶⁷.

HMK'da olduğu gibi MTK'da da iptal davası hakkında verilen (kabul, ret ya da kısmi iptale dair) kararlara karşı temyiz yolu açıktır. Temyiz incelemesinin iptal sebepleriyle sınırlı olduğu ve öncelikle ve ivedilikle karara bağlanacağı hususları MTK'da da açıkça düzenlemiştir (m.15/A/VII, c.2). MTK'da ayrıca, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı HUMK hükümlerine göre karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği de açıkça hüküm altına alınmıştır (m.15/A/VII, c.1).

Yukarıda⁴⁶⁸ da belirttiğimiz üzere, 6545 sayılı Kanunun 45. maddesiyle, 5235 sayılı (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında) Kanunun *Hukuk mahkemelerinin kuruluşu* başlıklı 5. maddesinin mülga 3. fıkrası yeniden düzenlenmiş ve HMK ve MTK'ya göre yapılan tahkim yargılamalarına ilişkin iptal davalarına asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılacağı belirlenmiştir. Oysa, 5235 sayılı Kanunda yapılan bu düzenlemeden önceki dönemde ve özellikle HMK kapsamındaki hakem kararlarına karşı açılacak iptal davaları bakımından, HMK m. 410'da, *tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkemenin bölge adliye mahkemesi (m.410, 1/1) olduğu* yönündeki düzenlenin yer alması ve fakat bölge adliye mahkemelerinin henüz kurulmamış olması sebebiyle iptal davasının hangi mahkemede açılacağı hususu çokça tartışılmıştır. Peki, acaba 5235 sayılı Kanun'da yapılan bu düzenleme HMK'nın kanunlaştığı sırada öngörülen, iptal davasının bir ilk derece mahkemesi olmayan istinaf mahkemesinde görülmesi ve iptal davası hakkında istinaf mahkemesince verilecek olan karara karşı Yargıtay nezdinde temyiz yoluna başvurulması kurgusunu bozmuş mudur? Çünkü, HMK m. 410'un

⁴⁶⁷YILMAZ (Şerh), C. 3, s.3690; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 815.

⁴⁶⁸ Bkz. yukarıda s. 53-65.

Hükümet Gerekçesinde, tahkimin niteliği, gerektirdiği sürat ve uzmanlık göz önünde bulundurularak tahkim yeri bölge adliye mahkemesinin görevli ve yetkili mahkeme olarak belirlendiği ifade edilmiştir. Oysa, 5235 sayılı Kanun'da yapılan bu düzenleme ile iptal davasının istinaf mahkemesi yerine, ilk derece mahkemelerince görülmesi prensibi benimsenmiştir. Dolayısıyla, aslında 5235 sayılı Kanun'da yapılan bu düzenlemeyle HMK'nın kanunlaştığı sırada öngörülen, iptal davasının bir ilk derece mahkemesi olmayan istinaf mahkemesinde görülmesi ve iptal davası hakkında istinaf mahkemesince verilecek olan karara karşı Yargıtay nezdinde temyiz yoluna başvurulması kurgusu bozulmuştur. Ancak, İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısının, HMK'nın 439. maddesine ilişkin değişiklikleri içerir maddesinin mevcut haliyle kanunlaşması halinde HMK'nın ilk kurgusuna geri dönmüş olacaktır⁴⁶⁹.

Diğer taraftan, iptal davasına bakan ilk derece mahkemesince verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulmadan önce istinaf yoluna başvurulması gerekip gerekmediği hususu da tartışılmıştır⁴⁷⁰. Ancak, HMK'nın 439. maddesinin 6. fıkrasında yer alan, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceğine ilişkin düzenleme ile Kanununun 361. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “... *hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurulabileceği*” şeklindeki hüküm birlikte ele alındığında; iptal davasını gören ilk derece

⁴⁶⁹ 177, 178, 190, 192, 197, 198, 202, 203 no.lu dipnotlarda da belirttiğimiz üzere tasarı, tezin savunulmasından sonra, 7101 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” adıyla kanunlaşmış ve iptal davalarında görevli mahkeme bakımından HMK'nın ilk kurgusuna geri dönmüştür.

⁴⁷⁰ PEKCANITEZ/ATALAT/ÖZKES, s. 650; PEKCANITEZ Usul, C. III, s. 2794 ve 2795'de lafzi yorum ile iptal davası hakkında verilen karara karşı önce istinaf kanun yoluna başvurulabileceği söylenebileceği ve hatta (dipnot 540) Milletlerarası Tahkim Kanununa göre verilen hakem kararlara gidilen iptal davası sonunda verilen kararlara karşı da önce istinaf daha sonra temyiz yoluna başvurulacağı; Milletlerarası Tahkim Kanununun 15A, 7. fıkrasına göre iptal davasına karşı gidilecek olan temyiz yolundan söz ediliyorsa da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 341. maddesinin 5. fıkrasına göre buradaki temyiz terimi artık istinaf olarak anlaşılması gerektiği, bu durumda iptal davasından sonra istinaf, daha sonra temyiz yoluna, ardından mahkemeye başvurularak alınacak icra edilebilirlik şerhinde sonra ilâmlı icra takibine konulması mümkün olabileceği; bir mahkeme kararından daha fazla mahkemeye başvurularak hakem kararının icrasının sağlandığı, böyle bir tahkim usulü ise tercih edilecek bir tahkim usulü olmadığı ifade edilmektedir.

mahkemesince verilen karara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulması gerektiği kanaatimizce açıktır.

HMK'da olduğu gibi MTK'da da iptal davası neticesinde verilen kararlara karşı öngörülen kanun yolu temyiz olup, MTK'da HUMK hükümlerine atıf yapılarak HUMK'da öngörülen temyiz kanun yoluna başvurulabileceği ancak karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı belirtilmiştir. HMK m.447'de, 1086 sayılı HUMK'ya yapılan atıfların, HMK'nın bu hükümlerin karşılığı oluşturan maddelerine yapılmış sayılacağı belirtilmekte ise de HMK ile artık temyiz ve karar düzeltme olarak öngörülen kanun yolu sistematüğinden vazgeçildiği ve artık istinaf ve istinaf mahkemelerince verilen kararlara karşı temyiz kanun yolu öngörüldüğüne göre, MTK kapsamındaki hakem kararı bakımından önce istinaf mahkemesine mi gidilmesi gerekecektir⁴⁷¹? MTK sistematüğünde; iptal davası neticesinde verilen kararlara karşı iki kademeli bir kanun yolu öngörüsünde bulunulmadığı, iptal kararına karşı yalnızca tek kademe ve temyiz kanun yolunun öngörüldüğü, HMK m. 361'in birinci fıkrasında hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı süresi içinde temyiz yoluna başvurulabileceğinin düzenlenmiş olması hususları ile kanun koyucunun hakem kararlarının iptali davası bakımından ortaya koyduğu irade birlikte değerlendirildiğinde, MTK kapsamındaki hakem kararları bakımından da ilk derece mahkemesince verilen karara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulacağı anlaşılmaktadır. Nitekim, İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ile 4686 sayılı Kanunun 15. maddesi kapsamında yapılmak istenen “İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir.” şeklindeki değişiklik de bu görüşü destekler mahiyettedir⁴⁷².

⁴⁷¹ PEKCANITEZ, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan'da yer alan “Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası” isimli makalesinde istinaf yoluna başvurulup başvurulmaması durumları ile istinaf başvurusu neticesinde temyiz yoluna başvurulup başvurulmaması alternatiflerine göre değerlendirmeler yapmıştır. Ayrıca bkz. dipnot 470.

⁴⁷² Tezin savunulmasından sonra, 28.02.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 53. maddesiyle MTK'nın 15. maddesi; “MADDE 53- 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 15 inci maddesinin (A) fıkrasının birinci bendinin ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde, ikinci bendinin (2) numaralı alt bendinde yer

Gerek HMK gerekse MTK uyarınca verilen bir hakem kararına karşı açılan iptal davasının reddedilmesi halinde de bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. Ancak, MTK bağlamında HMK'dan farklı olarak, hakem kararının icrası halen durmaya devam eder. Zira, MTK uyarınca hakkında bir iptal davası açılmış hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesi ve mahkemenin de hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge tanzim etmiş olması gerekmektedir (m. 15/B, c. 1)⁴⁷³. Bu itibarla, iptal davasının reddedilmesi halinde kanun yoluna başvurulup başvurulmaması hali esasen MTK hükümlerine tabi hakem kararları için daha önemlidir. Nitekim, bu kararların icra edilebilir hale geldikleri an, bu kararlara karşı açılan iptal davalarının reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulup başvurulmadığına ve hatta iptal davası açılıp açılmadığına göre belirlenmektedir.

VI. Hakem Kararlarının İcrası

1. HMK Kapsamındaki Hakem Kararlarının İcrası

HMK kapsamında verilen hakem kararları verildiği anda icra edilebilir kararlar olup HMK'nın 439. maddesinin 4. fıkrası uyarınca hakem kararına karşı iptal davası açılmış olması kararın icrasını durdurmamaktadır. Bu düzenleme, HMK'nın gerekçesinde *“Tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde tahkimin, süratli bir şekilde gerçekleştirilmesi imkânı yaratılmış olmaktadır. Yetkili mahkemenin, itiraz eden tarafın iptale ilişkin*

alan “Mahkemece” ibaresi “Bölge adliye mahkemesince” şeklinde, altıncı bendinde yer alan “mahkeme” ibaresi “bölge adliye mahkemesi” şeklinde ve yedinci bendinin birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür.”

“İptal davası hakkında verilen kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir.”

şeklinde değiştirilmiş olup iptal davası hakkında verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulması gerektiği hususu açığa kavuşturulmuştur.

⁴⁷³ Uygulamada genellikle ayrı bir belge verilmemekte, icra edilebilirlik durumu iptal davasının reddine dair kararın altına şerh edilmektedir.

iddiasını ciddi görürse, talep üzerine, hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrasını durdurabileceği dördüncü fıkrada düzenlenmiştir.” şeklinde ifade edilmiştir.

İptal davasının açılması kural olarak kararın icrasını durdurmamakla birlikte, teminat karşılığında icranın durdurulabilmesi mümkündür.

HMK düzenlemesine göre hakem kararları verildikleri anda icra edilebilir kararlar olduklarından, süresi içinde iptal davası açılmaz ise hakem kararı ister kamu düzenine aykırı olsun, ister tahkime elverişsiz bir konuda karar verilmiş olsun, verildiği anda icra edilebilir bir karar olacaktır. Böyle bir karar herhangi bir suretle devlet mahkemelerinin denetiminden geçmeyecek ve fakat tıpkı bir ilam gibi icra edilebilecektir⁴⁷⁴. Oysa, MTK'ya göre (m 15/B/son) iptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi sırasında, hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığını mahkeme re'sen dikkate alır. Yani, HMK'da öngörülenin aksine, MTK'da iptal davası açılmamış olması halinde dahi hakem kararının tahkime elverişlilik ve kamu düzeni bakımından devlet mahkemelerinin denetiminden geçmesi öngörülmüştür.

İptal davasına konu edilen hakem kararının maddi bakımdan doğruluğunun kontrolü mümkün olmayıp hakem kararının kamu düzenine aykırı olmasına ilişkin sebep hariç tutulduğunda iptal sebepleri hep usule ilişkin ise de hemen hemen tüm Devletlerin egemenlik sınırları içinde verilmiş olup da belirli bazı kıstaslara uygun olmayan hakem kararlarının mahkemelerce iptalini mümkün kıldıkları⁴⁷⁵ dikkate alındığında, buradaki nihai ve ortak amacın hakem kararının denetimden geçirilmesi olduğu anlaşılmaktadır. MTK'da öngörülen icra edilebilirlik belgesinin verilmesi sırasındaki denetimin de bu nihai ve ortak amaca matuf bir düzenleme olduğu kabul edilebilir.

⁴⁷⁴ Baki KURU (El Kitabı), s. 894.

⁴⁷⁵ ATAMAN FİGANMEŞE, s. 41.

HMK'da böyle bir denetim mekanizmasının öngörülmemiş olmasının sebebi, HMK m. 439, 4'ün madde gerekçesinde yer aldığı üzere, tahkim kurumunu teşvik ve tahkimin süratle gerçekleştirilmesinin sağlaması olarak açıklanabilir. Ancak, özellikle uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve hakem kararının kamu düzenine aykırı olması hallerinde dahi hakem kararının icradan önce devlet mahkemeleri tarafından denetlenmemesi istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Örneğin, aralarında karz akdi bulunan A ile B'nin, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümleneceğini, A'nın B'ye verdiği ödünç paranın teminatı olarak da B'nin A lehine ipotek tesis etmesini kararlaştırdıklarını, ipoteğin tesis edildiğini, sonrasında ise B ödünçü tediye ettiği halde A'nın B'yi ibraya ve ipoteğin terkinine yanaşmaması üzerine, karz akdinde yer alan tahkim şartı uyarınca tahkime gidildiğini ve ipoteğin terkininde B lehine bir hakem kararı verildiğini varsayalım. Bu durumda, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin bulunan ve bu sebeple de esasen tahkime elverişli olamayan bir uyuşmazlık hakkında verildiği anda icra edilebilir bir hakem kararı tesis edilmiş olacaktır. Bu hakem kararına dayanarak tapu müdürlüğüne başvurulması halinde, hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı ya da kamu düzenine aykırı olduğunun denetimi tapu müdürlüğü tarafından mı yapılacaktır?

Yukarıda⁴⁷⁶ da belirttiğimiz üzere, *Umar'a* göre uyuşmazlık tahkime elverişli olmadığı halde bir şekilde çözümü için tahkim yoluna başvurulmuş ve hakkında bir hakem kararı tesis edilmişse var görünen bu karar aslında yok hükmündedir⁴⁷⁷. *Umar'*ın bu görüşüne katılmak kanaatimizce de olanaklı olup kamu düzenine aykırı olan hakem kararları için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Şöyle ki, tahkim kanununun bu yolla çözümlenmesine izin verdiği konularda gidilebilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olup taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülemeyeceği HMK ve MTK'nın amir hükümlerindedir. Bir başka anlatımla, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ancak devlet mahkemeleri eliyle çözümlenebilir. Buna rağmen, böyle bir uyuşmazlık mahkeme yerine tahkime

⁴⁷⁶ Bkz. yukarıda dipnot 402.

⁴⁷⁷ UMAR, s.1206.

götürülmüş ve hakemler de uyuşmazlık hakkında bir karar vermişlerse bu karar devlet mahkemesi olmayan bir merci tarafından verilmiş bir karar olur ve yok hüküm sayılabilir⁴⁷⁸. Yok hüküm/karar hiçbir etki doğurmaz ve re'sen dikkate alınır. Görünüşte bir karar bulunmasına rağmen bu karar ne mahkemeyi ne de tarafları bağlar. Gerçek anlamda yargılama henüz yapılmamış veya tamamlanmamıştır. Bu sebeple, aynı uyuşmazlık yeniden dava edilebilir. Çünkü, bu durumda gerçek manada bir yargılamanın varlığından ya da başladığından söz edilemez. Yok hükmün, ortaya konması bakımından tespit davası açılmaz ve ortadan kaldırılması için kanun yoluna başvurulması gerekmez. Yok hükmün icra edilebilmesi de mümkün olmayıp ne şekli ne de maddi anlamda kesin hüküm oluşturur. Bunun sonucu olarak, kesin hükmün diğer etkileri de doğmaz⁴⁷⁹. Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında verilen hakem kararı, mahkemenin veya hakimin kendi alanı ya da yetkisi dışında karar vermiş olması halinde, bu surette verilen kararın yok hüküm sayılması durumuna da benzetilebilir⁴⁸⁰.

Bu çerçevede, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında verilen hakem kararının, hakkında iptal davası açılmamış olsa bile yahut henüz iptaline karar verilmemiş olsa bile yok hüküm olarak kabul edilebileceği ve icra edilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Böyle bir hükmün iptal davasına konu edilmesi ve neticede iptal edilmesi halinde zaten sorun yoktur. Bu durumda hakem kararı, karara konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması sebebiyle iptal edilerek ortadan kalkacak ve artık hukuki etki ya da sonuç doğuramayacaktır. Sorun esasen iptal davası açılmaması durumunda baş gösterir. Ancak, böyle bir durumda da uyuşmazlığın görevli ve yetkili mahkeme eliyle görülmesi için yeniden dava açılabilirliğinden ve hatta uyuşmazlığın çözüme kavuşması bakımından bu gerekli olduğundan davayı gören mahkeme, davalının uyuşmazlığın daha önce tahkimde görüldüğü yönündeki savunmaları ya da uyuşmazlık hakkında bir kesin hüküm/hakem kararı bulunduğu yönündeki itirazları karşısında hakem kararının yok hüküm sayıldığı tespitinde bulunarak

⁴⁷⁸ Yok hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Muhammet ÖZEKES, s. 661 -669.

⁴⁷⁹ ÖZEKES, s. 685.

⁴⁸⁰ ÖZEKES, s. 677, 678.

konuyu çözüme kavuşturabilir ve bu durumda hakem kararının yok hüküm sayılmasını teminen bir tespit davası açılabilip açılmayacağı tartışmaları bir kenara bırakılarak, ayrı bir tespit dava ikamesinin gerekmeyeceği de söylenebilir⁴⁸¹. Ayrıca, tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olan bir kararın cebri icra marifetiyle icrasına tevessül edildiğinde de yok hüküm olduğu tespit edilebilir. Şöyle ki, tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olmakla birlikte, HMK gereği verildiği anda icra edilebilir olan bir hakem kararına dayanılarak ilamlı icra takibi başlatılması halinde, görünüşte var olan ancak aslında yok hüküm olan ilam niteliğindeki belgeyi alan icra müdürü, hakem kararının ilam niteliğinde belge olmadığı yönünde bir tespit yapamayacaksa da takibe dayanak hakem kararının yok hüküm olduğu ve dolayısıyla icra edilemeyeceği gerekçesiyle icra mahkemesi nezdinde şikayet yoluna başvurulabilir⁴⁸² ve icra mahkemesi de hakem kararının yok hüküm olduğunu, bu nedenle ilamlı icraya konu edilemeyeceğini tespit edebilir. Nitekim, borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatini korumak için konulmuş amir hükümlere aykırı olarak yapılmış olan işlemler, kamu düzenine aykırıdır. Kamu düzenine aykırı olan bu gibi işlemlere karşı her zaman (icra takibi sonuçlanana kadar) şikayet yoluna gidilebilir⁴⁸³. Buradan, icra mahkemesinin hakem kararının kontrolünü yapmaya yetkili ve bunu yapmakla görevli bir mahkeme olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira, var görünen hakem kararı aslında yoktur, bir yok hükümdür.

Peki, kamu düzenine aykırı bulunan bir hakem kararı yok hüküm sayılabilir mi? Özekes, yok hüküm hallerinin doktrinde genellikle iki başlık altında toplandığını ve bunların mahkeme olarak kabul edilmeyen bir organ tarafından karar verilmiş olması ve hükmün tefhim edilmemiş olması hali olduğunu belirtmektedir⁴⁸⁴. Bu tasnife göre, tahkime elverişli bir konuda tesis edilmiş olmakla ve diğer iptal sebeplerini bünyesinde barındırmamakla birlikte kamu düzenine aykırı olan bir

⁴⁸¹ *Hükmün yokluk veya etkisizliği durumunda da, çoğunlukla bu konudaki uyuşmazlık bir yargı organı önünde, farklı sebeplerle hukuki sorun olarak ortaya çıkacak, hükmün yokluğu veya etkisizliği ileri sürülerek ya da re'sen tartışılacaktır* (ÖZEKES, s. 695).

⁴⁸² Tahkime elverişli olmayan konularda verilen hakem kararının ilamlı icraya konu edilmesi halinde şikayet yoluna başvurulabileceği hakkında bkz. SÜRAL, s. 1383, 1384.

⁴⁸³ Baki KURU (İcra –İflas), s. 68.

⁴⁸⁴ ÖZEKES, s. 672.

hakem kararının yok hüküm sayılamayacağı ancak böyle bir hakem kararının etkisiz hüküm sayılabileceği kanaatindeyiz. Şu sebeplerle ki, yürürlükteki hukuka aykırı karar verilmiş olması etkisiz hüküm sayılma kriterlerinden biri olarak kabul görmekte ve bu durumun mevcut hukuka uygun olmayan, yürürlükten kalkmış hükümlerin uygulanması, eski hukuk hükümlerine göre karar verilmiş olması şeklinde tezahür edebileceği, yürürlükteki hukuka yabancı, mevcut hukuka göre geçerli olmayan ve tanınmayan karar verilmiş olmasının da hükmü etkisiz kılacağı, çünkü hukuk düzeninin tanımadığı bir sonucu uygulamanın, o hukuk düzeninin kuralları içinde mümkün olmayacağı, bu tür kararların hukuki güvenliği de zedeleyeceği ifade edilmektedir⁴⁸⁵. Kanaatimizce, kamu düzenine aykırı bulunan bir hakem kararı da yürürlükteki hukuka aykırı olarak verilmiş, yürürlükteki hukuka yabancı, mevcut hukuka göre geçerli olmayan ve tanınmayan karar olarak kabul edilebilir ve nasıl ki bu durum bir mahkeme kararını etkisiz kılmaktaysa hakem kararını da etkisiz kılması gerekir. Etkisiz hükümler normal bir hükmün doğurması gereken etkiyi ne yargılama hukuku bakımından ne de icra hukuku bakımından doğurmaz ve hükmün etkisizliği her zaman ileri sürülebilir. Yok hükümler bakımından gerçekte bir karar olmadığından, tamamlanmış bir yargılamadan da bahsedilemez. Ancak etkisiz kararlarda yargılama tamamlanmıştır ve mahkeme kendi verdiği kararla bağlıdır. Etkisiz kararlar şeklen kesinleşmeler dahi beklenen etkiyi göstermeleri mümkün olmadığından, gerçekte maddi anlamda kesin hüküm de oluşturmaz⁴⁸⁶.

Kamu düzenine aykırı bir hakem kararının etkisiz hüküm olduğu, hakem kararından memnun olmayan ve kamu düzenine aykırı olduğunu düşünen ve fakat bir nedenle iptal davası ikame etmemiş olan tarafın açacağı bir davada tartışılarak açığa kavuşturulabileceği gibi, kamu düzenine aykırı kararın cebri icra marifetiyle icrasına tevessül edildiğinde de takibe dayanak hakem kararının etkisiz hüküm olduğu ve dolayısıyla icra kabiliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle

⁴⁸⁵ ÖZEKES, s. 691. Yazar bu durumlara örnek olarak bir eşin tek taraflı boşanma beyanına dayanarak boşanma kararı verilmesini ya da ayrılık kararında yataktan ayrılma kararı verilmesini örnek olarak göstermektedir.

⁴⁸⁶ ÖZEKES, s. 692, 693.

icra mahkemesi nezdinde şikayet yoluna başvurulabilir⁴⁸⁷. Tekrarla hatırlatmak isteriz ki, buradan; icra mahkemesinin, hakem kararının kontrolünü yapmaya yetkili ve bunu yapmakla görevli bir mahkeme olduğu sonucu çıkarılmamalıdır, zira ilamlı icraya konu edilen ve kamu düzenine aykırı bulunan hakem kararı normal bir hakem kararı olmayıp, normal bir hakem kararının doğurması gereken etkiyi doğurmayacaktır ve icra mahkemesi de durumu bu yönüyle ele alacaktır. Nitekim aynı durum etkisiz bir mahkeme hükmü/ilamı içinde geçerli olmalıdır.

HMK'da hakem kararları yönünden icra edilebilirlik belgesi alınmasına ilişkin bir prosedür öngörülmemiş olması nedeniyle ortaya çıkabilecek bu hukuki sorunların çözümüne yönelik düşünceler, hep bir tarafın hakem kararının uygulanmasına karşı çıkan girişimlerde bulunması ihtimaline dayanmaktadır. Böyle bir durumun söz konusu olmadığı ve uyuşmazlığın her iki tarafının da tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş ya da kamu düzenine aykırı bulunan bir hakem kararının cebren ya da gönüllü olarak icrasına razı olmaları halinde, yok ya da etkisiz hüküm diyebileceğimiz hakem kararların icrasına engel olunamayacaktır. Uyuşmazlığın taraflarının u kararlara dayanarak idareler nezdindeki, karara göre işlem yapılması taleplerinin nasıl karşılanması gerektiği de ayrıca tartışılacak bir sorundur⁴⁸⁸. Böyle bir durumda, mevzuat ile bağlı olan idare, işlem tesisi için bir mahkeme kararının gerekli olduğunu bildirerek hakem kararı üzerine işlem yapılması talebini reddedebilir. Ret işlemine karşı idari yargı mercii nezdinde açılacak iptal davası marifetiyle hakem kararı dolaylı olarak denetlenebilir ya da en azında icra edilebilir bir karar olup olmadığı, bağlayıcılığı incelenerek karara bağlanır.

Tartışılacak diğer bir husus da iptal davasının kısmi iptal kararı ile ya da ret ile sonuçlanması halinde, HMK'nın 439. maddesinin 6. fıkrası uyarınca,

⁴⁸⁷ Kamu düzenine aykırı bir hakem kararının ilamlı icraya konu edilmesi halinde şikayet yoluna başvurulabileceği hakkında bkz. SÜRAL, s. 1383, 1384.

⁴⁸⁸ *Örneğin, anne babanın anlaşmasıyla hakem atanan bir kişinin çocuğun velayetini anne veya babaya vermesi veya babanın babalığına hükmetmesi gibi örneklerde hakem kararına dayanarak nüfus müdürlüğünde işlem yaptırmak mümkün olacak mıdır?* (SÜRAL, s. 1385)

herhangi bir istisnası olmaksızın hakem kararının icrasına devam olunup olunamayacağıdır? Davası reddedilen taraf HMK'nın 367. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde, İİK'nın icranın geri bırakılmasıyla ilgili 36. maddesi hükmünden yararlanabilir mi? *Ekşi*'ye göre, HMK'nın 444. maddesinde yer alan ve tahkime ilişkin onbirinci kısımda düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmadıkça HMK'nın diğer hükümlerinin uygulanmayacağını belirten düzenleme, Kanun 367. maddesinin birinci fıkrasının uygulanmasına engel değildir. *Ekşi* bu görüşünü şöyle açıklamaktadır:

“... HMK'nın 444. maddesi uyarınca, diğer hükümlerin tahkimde uygulanmaması için, onbirinci kısımdaki maddelerin o konuyu düzenlemiş olması gerekir. HMK'nın 439. maddesi, onbirinci kısım hükümleri arasında yer almaktadır ve bu madde açıkça, iptal davasında verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulmasının, hakem kararının icrasının durdurmayaacağı öngörülmüştür. HMK'nın 367 (1). maddesinde ise, İİK'nın 36. maddesi saklı tutulmuştur. Kanaatimizce, HMK'nın 444. maddesi, İİK'nın 36. maddesinin, hakem kararının iptal davasında verilen hükme karşı temyiz yoluna başvurulması halinde uygulamasının engellemeyecektir. Çünkü, HMK'daki hükümler yargılama aşamasıyla ilgilidir ve icra aşaması İİK'nın hakimiyeti altındadır. HMK'nın 439. maddesinde, temyiz yoluna başvurulmasının hakem kararının icrasını durdurmayaacağı düzenlenmesi karşısında HMK'nın 444. maddesi uyarınca HMK'nın 367(1). maddesinin ve dolayısıyla 367(1). maddesinin saklı tuttuğu İİK'nın 36. maddesinin uygulanmayacağı sonucuna varmak doğru değildir⁴⁸⁹.”

Ancak, *Ekşi*'nin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Öncelikle, HMK'nın 444. maddesinde yer alan ve onbirinci kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça HMK'nın diğer hükümlerinin uygulanmayacağını belirten düzenleme ile 439. maddenin 6. fıkrasının 3. cümlesinde yer alan “*temyiz kararın icrasını durdurmaz*” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun iradesinin açıkça; iptal kararının temyiz edilmesinin, hakem kararının

⁴⁸⁹ EKŞİ (Tahkim), s. 210.

icrasını durdurulmaması yönünde olduğu görülmektedir. Kaldı ki gerekçede de bu husus “...ilk derece mahkemesi de bir iptal sebebi görmemiş ise artık temyiz aşamasında kararın icra edilmelidir.” şeklinde ifade edilmiştir. Aksi düşünülse idi tıpkı 439. maddenin 4. fıkrasının son cümlesinde olduğu gibi, icranın teminat karşılığı durdurulabilmesine olanak sağlayacak şekilde bir düzenleme yapılırdı. Ancak gerekçeden bu düşüncede olunmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, İİK'nın 36. maddesinin hakem kararlarının iptali talebiyle ikame olunan davada verilen karar/ilam yönünden de uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Çünkü, hakem kararının iptali talebinin reddi yönündeki ilam, İİK'nın 36. maddesinin uygulanmasına imkan verecek mahiyette bir ilam değildir. Burada yalnızca hakem kararının iptali isteminin reddine karar verilmekte, borçlu aleyhine maddi karşılığı olabilecek bir şeye (para veya eşyaya, tazminata ... vb) hükmolünmemektedir. Oysa İİK m. 36'da *ilama karşı istinaf veya temyiz yoluna başvuran borçlunun, hükmolunan para veya eşyanın resmi bir mercie depo edildiğini ispat etmesi yahut hükmolunan para veya eşya kıymetinde icra mahkemesi tarafından kabul edilecek taşınır rehni veya esham veya tahvilât veya taşınmaz rehni veya muteber banka kefaleti göstermesi veya borçlunun hükmolunan para ve eşyayı karşılayacak malı mahcuz ise icranın geri bırakılması için bölge adliye mahkemesi veya Yargıtaydan karar alınmak üzere icra müdürü tarafından kendisine uygun bir süre verileceği* düzenlenmiştir. Borçlu aleyhine maddi karşılığı olabilecek bir şeye iptal davası neticesindeki karar ile değil, hakem kararı ile hükmedilmektedir. Ancak burada temyize konu edilen ilam/karar hakem kararı değil, hakem kararının iptali isteminin reddi yönündeki karardır. Dolayısıyla, iptal davasının kısmi iptal kararı verilmek ya da davanın reddine hükmedilmek suretiyle sonuçlanması ve bu karara karşı temyiz yoluna başvurulması halinde, İİK'nın 36. maddesinden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.

2. MTK Uyarınca Hakem Kararlarının İcrası

MTK'nın iptal davasını düzenleyen 15. maddesi *iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hâle gelmesi* başlığını havi olup yukarıda da MTK m. 15/B'de hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

MTK uyarınca, hakem kararlarının icrası için mahkemeden alınacak icra edilebilirlik belgesi gerekli ve yeterlidir⁴⁹⁰. Bu belgenin yokluğu halinde, hakem kararının icra organları marifetiyle ve ilamlı icra hükümlerine göre icra edilebilmesi mümkün değildir. Zira, hakem kararı bu belgenin tanzimiyle birlikte icra edilebilirlik kazanır. MTK kapsamında verilmiş olan bir hakem kararı hakkında iptal davası açılmış olup olmamasının da bu kararın icra edilebilirlik belgesine muhtaç olmasına herhangi bir etkisi yoktur. Zira, iptal davası açılmış olsa bile hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belgenin tanzimi gerekli olup bu belgenin verilmesi sırasında hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığı ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığı hususları mahkemece re'sen dikkate alınır. Mahkemece aksi yönde karar verilmedikçe inceleme dosya üzerinden yapılır. İptal davasının açılmamış olması halinde icra edilebilirlik kararını düzenleyecek olan mahkeme, kanaatimizce iptal davasını görmekle yetkili ve görevli olan mahkemedir.

MTK uyarınca verilen bir hakem kararına karşı açılan iptal davasının reddedilmesi halinde bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir. Ancak, burada HMK'dan farklı olarak, hakem kararının icrası halen durmaya devam etmektedir. Zira, MTK uyarınca hakkında bir iptal davası açılmış hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için, iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesi ve mahkemenin de hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge tanzim etmiş olması gerekir (m. 15, B cümle 1). Bu itibarla, iptal davasının reddedilmesi halinde kanun yoluna başvurulup başvurulmaması

⁴⁹⁰ NÖMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL, s. 66

esasen MTK hükümlerine tabi hakem kararları için önemlidir. Çünkü, bu kararların icra edilebilir hale geldikleri an, bunlara karşı açılan iptal davalarının reddine ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulup başvurulmadığına ya da iptal davası açılıp açılmadığına göre belirlenir.

Bu çerçevede, iptal davasının reddine ilişkin kararın temyiz edilmeksizin kesinleşmesi, iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi veya tarafların iptal davası açmaktan feragat etmesi hallerinde hakem kararları, ilgili tarafın müracaatı üzerine mahkeme tarafından hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesinden sonra icra edilebilir hale gelir ve İİK hükümleri uyarınca birer mahkeme ilamı gibi icraya konu edilebileceğinden, peşin harca tabi olmaksızın yalnızca icraya başvurma harcı yatırılmak suretiyle ilamlı icra takibine konu edilir.

SONUÇ

Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konulara ilişkin olan, kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların tarafların seçeceği hakem yahut hakem kurulu tarafından çözümlenmesini konu edinen bir hukuki müessesedir. Türk hukuk sisteminde hakem kararı ancak belirli sebeplere dayalı olarak, görevli ve yetkili mahkemede açılacak iptal davası ile ortadan kaldırılabilir. İptal davası bir kanun yolu değil, hakem kararının varlığı ve geçerliliğinin denetlenmesini temin etmek için öngörölmüş bir başvuru yoludur. İptal davasının hakem kararı kısmen ya da tamamen aleyhine olan taraf açısından karara karşı koyma, direnme yöntemi olduğu söylenebilir.

İptal davasına bakacak mahkeme ile tahkimde görevli mahkemenin hangisi olduğu, HMK'nın yürürlüğünden bu yana üzerinde tartışılan ve kanun değişikliği önerilerine konu edilen bir konudur. Mevcut duruma göre iptal davasına asliye ticaret mahkemeleri tarafından bakılır, tahkimde görevli mahkeme ise tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar bakımından asliye ticaret mahkemesi olmakla birlikte delil tespiti, hakemin görevi yerine getirememesi halinde yetkisinin sona erdirilmesine dair karar verilmesi, hakem kararının tevdi, yargılamanın iadesi talebinde bulunulması gibi konularda görevli mahkemeye ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından HMK m. 410'a göre görevli mahkeme Bölge Adliye Mahkemesi'dir. Yetkili mahkeme ise tahkim yeri mahkemesidir. Dava maktu harca tabi olup, basit yargılama usulüne göre görülerek öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır.

Kanunda sayılan iptal sebeplerinden birinin veya birkaçının var olduğunu düşünen taraf, iptal davasını hakem kararın kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde açmalıdır. İptal davası ancak kanunda sayılan nedenlere dayanılarak

açılabilir. Sınırlı sayıda olan bu nedenler; tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması; hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya kanunda öngörülen usule uyulmaması; kararın tahkim süresi içinde verilmemesi; hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi; hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması; tahkim yargılamasının, usulüne uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması; tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmemesi; hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olmasıdır.

HMK'da ve MTK'da yer alan iptal sebepleri birbirinin aynıdır. Ancak, bu iki kanun arasında iptal davası açılmasının hakem kararının icrasına etkisi, iptal davasında ispat yükü, yeniden tahkime müracaat, iptal davası açmaktan feragat gibi konularda farklılıklar bulunmaktadır.

HMK düzenlemesi ile MTK düzenlemesi arasındaki en önemli fark HMK kapsamındaki iptal davasının kararın icrasını durdurmamasıdır. Dolayısıyla, HMK hükümlerine göre yürütülen bir tahkim yargılaması neticesinde verilen karara karşı iptal davası açılması kararın icrasına etkili olmadığı halde, MTK hükümlerine göre verilen hakem kararları, iptal davası sonucunda tesis edilen hüküm kesinleşmeden icra edilemez. Hatta, MTK uyarınca iptal davasının açılmamış olduğu hallerde dahi, mahkemece hakem kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belge düzenlenmeden hakem kararlarının icrası mümkün değildir.

HMK m. 439 düzenlemesinde iptal sebepleri arasında tarafça ispat edilmesi gereken ve re'sen dikkate alınacak sebepler şeklinde bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Madde metninin lafzına göre iptal sebeplerinin hepsi re'sen dikkate alınmalıdır. Buna mukabil, MTK'da hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmamasına ve kararın kamu düzenine aykırı olmasına ilişkin iptal sebeplerinin mahkemece re'sen nazara alınacağı düzenlenmiş, diğer sebeplerin taraflarca ileri sürülmesi ve ispatı prensibi benimsenmiştir.

MTK m. 15'de yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların iptal davası açma hakkından kısmen ya da tamamen feragat edebilecekleri hükme bağlanmışken, HMK'da - HMK hükümlerinin milli tahkime ilişkin olduğu da gözetilerek - iptal davasından feragat ilişkine bir düzenleme yapılmamıştır.

HMK ve MTK hükümleri arasındaki bir diğer farklılık da hakem kararının iptal edilmesinden sonra yeniden tahkime müracaat ile ilgilidir. HMK m. 439'a göre hakem kararının; hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya Kanunda öngörülen usule uyulmaması; hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi; tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar verilmesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkinin aşılması; tahkim yargılamasının usul açısından sözleşmeye ya da Kanuna uygun olarak yürütülmemesi diğeri ve bu durumun kararın esasına etkili olması veya tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi nedeniyle iptal edilmesi halinde, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa yeniden tahkime başvurabilirler. Ancak, bir hakem kararının tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması ya da tahkim anlaşmasının (tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre) geçersiz olması; kararın tahkim süresi içinde verilmemesi; hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre

tahkime elverişli olmaması veya kararın kamu düzenine aykırı olması nedenlerinden biriyle iptal edilmesi halinde artık uyuşmazlığın yeniden tahkimde çözümlenmesi mümkün olmayacak, uyuşmazlık ancak görevli ve yetkili devlet mahkemeleri önünde görülebilecektir. MTK'ya göre de hakem kararının iptalinden sonra tahkime yeniden müracaat mümkün olup, HMK ile MTK arasındaki yeniden müracaata ilişkin farklılık, hakem kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi haline ilişkindir. HMK, hakem kararının kamu düzenine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi halinde tahkim prosedürünün yeniden başlatılmasına izin vermezken, MTK'da bu imkân mevcuttur.

Hem HMK'da hem de MTK'da iptal davası neticesinde verilen karara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulması öngörülmüştür. Buna göre, iptal davasının kabulüne, reddine ya da hakem kararının kısmen iptaline dair kararlara karşı genel hükümler çerçevesinde temyiz yoluna başvurulabilir.

HMK ve MTK hükümleri karşılaştırıldığında karşımıza çıkan başka bir farklılık HMK kapsamındaki hakem kararları yönünden olağanüstü bir kanun yolu öngörülmüş olmasıdır. Buna göre, HMK m. 443'de yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde tahkime de uygulanacağı belirtilmiş ve yargılamanın iadesine ilişkin sebeplerin varlığı halinde, yargılamanın iadesi istemini inceleyecek mahkemeye hakem kararını iptal etme imkânı verilmiştir.

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, iç tahkime ve milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler arasındaki farklılıkların giderilmesi amacıyla, MTK'da yer alan düzenlemeler ile mehz UNCITRAL Model Kanun ve tahkim hukukundaki gelişmeler esas alınarak düzenlemiş ise de HMK ve MTK arasındaki farklılıklar tam olarak giderilememiştir. Bu farklılıkların bazılarının nedeni anlaşılabilir olsa da (iptal davası açmaktan feragatin HMK kapsamında yer almamasının, HMK'da öngörülen tahkimin milli tahkim olmasından, yabancılık unsuru

içermemesinden kaynaklanması ya da iptal davası açılmasının hakem kararının icrasını durdurulmasına ilişkin düzenlemenin amacının tahkim kurumunun teşviki olduğu gibi) HMK m. 439'da yazılı iptal sebepleri arasında, MTK'da ya da UNCITRAL Model Kanunda olduğu gibi re'sen dikkate alınacak sebepler ve tarafça ispat edilmesi gereken sebepler şeklinde bir ayrıma gidilmemiş olmasının nedeni anlaşılabilir değildir. Böyle bir ayırım yapılmamış olması, iptal davasını gören mahkemenin tüm iptal sebepleri kapsamında re'sen araştırma yapması gerektiği anlamına gelebileceğinden, tahkim kurumunun teşviki ve iptal davasının süratle sonuçlandırılması amaçlarına uygun düşmemektedir. Öte yandan, HMK m. 443'de yer alan ve yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde tahkime de uygulanacağına ilişkin düzenleme de HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin düzenleniş amacına uygun düşmemektedir. Kaldı ki, HMK m. 443'de belirtilen yargılamanın iadesi sebeplerine bakıldığında bu sebeplerin iptal sebepleri kapsamında değerlendirilebilecek nitelikte olduğu da görülmektedir. Dolayısıyla bir taraftan hakem kararlarına karşı ancak iptal davası açılacağı prensibi benimsenirken bir taraftan da olağanüstü bir kanun yolu işletilerek hakem kararının iptaline olanak verilmesi, güncel tahkim anlayışına ve HMK'nın tahkime ilişkin düzenlemelerinin amacına uygun düşmemektedir.

İptal davasının açılmasının hakem kararının icrasını durdurulması prensibinin benimsenmiş olması HMK'nın amacına uygun olmakla birlikte, hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması veya kararın kamu düzenine aykırı olması ileri sürülerek iptal davası açılması halinde davaya bakacak mahkemenin bu iddiaları öncelikle ve ivedilikle incelemesine ve ciddi bulması halinde kararın icrasının durdurulabileceğine yönelik ya da hakem kararının icrasından önce MTK'da öngörüldüğü gibi icra edilebilirlik şerhi alınmasına yönelik düzenlemeler yapılması, hukuki güvenlik ilkesinin temini ve Türk hukuk sisteminin bütünlüğünün korunması bakımından daha yerinde olabilir.

HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri ile MTK hükümleri bir bütün olarak karşılaştırıldığında; HMK'da yer alan hükümlerin özellikle hakem kararlarına hemen icra kabiliyeti kazandırılması, hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararının cebri icrasına imkan tanınması, hakemlere mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararını kaldırma ya da değiştirme imkanı verilmiş olması bakımından oldukça tahkim yanlısı olduğu söylenebilir. Buna mukabil, MTK'da hakem kararlarının derhal icrası öngörülmemiş, kararların iptal davası ya da icra edilebilirlik belgesi alınması sırasında denetlendikten sonra icra edilmesine imkan tanınmıştır. Bu yönü itibariyle MTK'nın tahkim kurumunun yaygınlaşması ve teşviki açısından oldukça önemli bir kriter olan "hakem kararlarının derhal icra edilebilirliği" bağlamında HMK'dan daha geride olduğu söylenebilirse de aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yoluyla çözmek isteyen ve fakat hakem kararının lehinde mi aleyhinde mi olacağını öngöremeyen taraflar açısından, kararın icrasından önce denetimini öngören MTK hükümlerinin tercih edilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nda İç Tahkim (m.411-448) Paneli, Ankara, BTHAE, 2007

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, (Tahkim).

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, DEÜHF DÖSİM Yayınları, Ankara, 1994, (Tenfiz).

ALBAYRAK, Adem, ARSLAN, Cihat, Hukukta İstinaf Uygulaması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ARISTOTELES, Retorik, (Çeviren: Mehmet H. DOĞAN), YKY Yayınları, İstanbul, 1995.

ARMAOĞLU, Fahir, 19. Yüzyıl Siyasi Tarihi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1997.

ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

ARTUÇ, Mustafa, Spor Tahkim Kurulları, TAAD, Y.5, S.19, 2014, s. 867 – 901.

ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Ticarî Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tâbi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri, MHB, 2011, Y.31, S.2, s.35 – 81.

AYDOĞAN, Aykut, Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü, Beta, İstanbul, 2003.

AYDOĞDU, Aykut, Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

AYGÜN, Mesut, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu, MİHDER, Y. 2007, C.3, S. 8, s. 661 - 698.

BALCI, Muharrem, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları, İstanbul, 1999.

BAUS, Karl, BECK, Hans Georg, EWIG, Eugen, VOGT, Hermann, History Of The Church: The Imperial Church From Constantine To The Early Ages, (Çeviren: Anselm BIGGS), Burn & Oates Press, Londra, 1980.

BELBEZ, Hikmet, Hakemlerin Mesuliyeti, AÜHFD, Y. 1950, S. 1-2, s. 353 - 358

BERHARDT, Rudolf, (Directed by), Encyclopedia of Public International Law, C.8, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1985.

BERKİ, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982 (Mecelle).

BERKİ, Ali Himmet, İslam Şeriatında Kaza, Yargıcıoğlu Matbaası, İstanbul, 1967 (Kaza).

BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuki İslâmiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 8, Enes Sarmaşık Yayınları, İstanbul, 2010.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, UNCİTRAL ve UNCİTRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, TAAD, Y.2, C.2, S.4 (20 Ocak 2011), s. 135 - 172 (Model Kanununa Genel Bir Bakış).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları – Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin yayınları, Ankara, 2009 (Patent Uyuşmazlıkları)

BUDAK, Ali Cem, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m.5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 42 - 61 , (Yenilikler).

BUDAK, Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (Kanun).

BUDAK, Ali Cem, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkim Hükümleri, LEGAL Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, S.2012/1, s. 31 – 60, (Tahkim Hükümleri).

BUDAK, Ali Cem, KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, (Usul Hukuku).

BUZ, Vedat, Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÇELİKEL, Aysel, ERDEM, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

DAYINLARLI, Kemal, İç Tahkim, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 2004, (İç Tahkim).

DAYINLARLI, Kemal, Milli – Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 1994, (Kamu Düzeni).

DELİDUMAN, Seyithan, ORUÇ, Yakup, Ticari Davalar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu, 10-12 Mayıs 2012 İstanbul, s.99-109.

DEMİRCAN, Halime Ebru, UNCITRAL Tahkim Kuralları İle Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Ad Hoc Tahkim, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

DEMOSTHENES, Speeches, (Çeviren: Douglas M. MacDowell), University Of Texas Press, Austin, 2004.

DEREN YILDIRIM, Nevhis, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2004.

DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku, (Çeviren: Ziya UMUR), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954.

EKŞİ, Nuray, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanuna'na İlişkin Yargıtay Kararları, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2009 (Kararlar).

EKŞİ, Nuray, 6545 Sayılı Kanunun Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Görevli Mahkeme Üzerindeki Etkisi, UTTHD, 2017, C.6, S.2, s. 381 - 396 (Görevli Mahkeme).

EKŞİ, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, (Tahkim).

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Y.23, S.1-2, s. 295 – 338, (Genel Değerlendirme).

EKŞİ, Nuray, Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 1, 2009, s. 55 –74, (ICC Hakem Kararları)

EKŞİ, Nuray, Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2015 (Tahkim Öncesi).

ERCAN, İbrahim, ÖZBAY, İbrahim, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yollarından Feragat, EÜHFD, 2006, C. X, S. 3-4, s. 433 – 458.

ERCAN, İbrahim, Yeni TTTK Çerçevesinde Asliye Ticaret Mahkemeleri İle Asliye Hukuk Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü İtirazı İle İlgili Bazı Değerlendirmeler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken Sempozyumu, 10-12 Mayıs 2012 İstanbul, s. 111 - 118.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017/9.

ERGÖNEN, Onur, Milletlerarası Tahkim Kanunu Sonrası Hakem Kararlarının Milliyeti Meselesi: "Otorite Kanunu Kriteri"nin Sonu, UTTHD, C.3, S.1, İstanbul, 2014, s. 207 - 246.

ERTEKİN, Erol, KARATAŞ, İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

ESEN, Emre, Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, MHB, 2003, Y.23, S.1-2, Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 377 – 403, (Hakem Kararlarının Tenfizi veya İptali).

ESEN, Emre, Taraflardan Sadece Birine Tahkime Müracaat Hakkı Tanıyan Tahkim Anlaşmalarının ve Özellikle Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardım Sözleşmesi'nde Yer Alan Tahkim Şartının Geçerliliği, İKÜHFD, 2010, Y:9, C:9, S:2, s. 145 - 155, (Tahkim Şartının Geçerliliği)

GÖRGÜN, Lütfü Şanal, BÖRÜ, Levent, TORAMAN, Barış, KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

HASAN, Halil İbrahim, İslâm Tarihi, Kayıhan Yayınları, Cilt. 2, İstanbul, 1987.

HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davaların Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", 14 Şubat 2009, Konuşmalar – Tartışmalar – Bildiriler, s. 179-202.

HUYSAL, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü – Medeni Yargıda Alternatif Yöntemler, Ankara, 2003.

JONES, William Catron, Three Centuries of Commercial Arbitration in New York: A Brief Survey, Washington University Law Quarterly, 1956, s.193 – 223.

KALPSÜZ, Turgut, Hakem Kararlarının Milliyeti, BATİDER, C. IX, S.3, Ankara, 1978, s. 601 - 651, (Hakem Kararlarının Milliyeti).

KALPSÜZ, Turgut, Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, (Tahkim).

KALPSÜZ, Turgut, Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri, BATİDER, Ankara, Haziran 1997, C. XIX, S.1, s. 5 - 41 (Temyiz Sebepleri).

KAPLAN, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

KARADAŞ, İzzet, Ulusal (İç) Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

KARAHAN, Sami, SULUK, Cahit, SARAÇ, Tahir, NAL, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçki Yayınları, Ankara 2013.

KARAYALÇIN, Yaşar, Hakem Mahkemesi ve Yargıtay Denetimi “28.01.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XI, Bildiriler – Tartışmalar, Ankara, 13-14 Mayıs 1994, BTHAE Yayınları, s. 37 – 90, (Denetim).

KARAYALÇIN, Yaşar, Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, BATİDER, 1998, C. XIX, S. 3, s. 1 – 52, (Muhakeme Usulü).

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2012.

KAYALI, Didem, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

KESER BERBER, Leyla, Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz), Prof. Dr.İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001,

KONURALP, Cengiz Serhat, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

KORAL, Rabi, Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı Timur’a Armağan’dan Ayrı Bası, İstanbul, 1979, (Hakemliğin Milliyeti).

KORAL, Rabi, Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik Veya Yabancılık Vasıfları Hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun “Otorite Kanunu” Kriteri, İÜHFİM, C.XLII, S. 1-4, Y. 1976, s. 155 - 199 (Otorite Kanun).

KORAL, Rabi, Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İÜHF Mecmuası, C.13., S.1, s. 193 - 218, İstanbul, 1947, (Yeni ve Eski Hukuk).

KORUCU, Yavuz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KURT KONCA, Nesibe, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri, TAAD, Y. 4, Sayı: 15 (Ekim 2013), s.79 – 125.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usul).

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, (El Kitabı).

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazışmış İcra ve İflas Hukuku, Legal Yayınevi, İstanbul, 2016 (İcra – İflas).

KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, Roma Hukukunda Tahkim, BATİDER, C.XIX, S.3, s.137-150, Ankara, 1997.

LEW, Julian, MİSTELİS, Loukas, KRÖLL, Stefan, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, Lahey, 2003.

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi (I)? Bildiriler – Tartışmalar, 11 Nisan 1997, BTHAE Yayınları, Ankara 1997.

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi (II)? Taslaklar – Tartışmalar – Öneriler (Abant 25-28 Eylül 1997, Ankara 6 Haziran 1998), Sempozyum, BTHAE Yayınları, Ankara 1999.

Milletlerarası Tahkim Semineri (XI.), ICC Türkiye, Ankara, 14 Nisan 2014.

MUŞUL, Timuçin, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

NOUSSIA, Kyriaki, Confidentiality in International Commercial Arbitration, Springer Press, Heidelberg, 2010.

ÖZBAY, İbrahim, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi, Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 281-304, (Kesin Hüküm)

ÖZBAY, İbrahim, Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan. DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 779-811, (Zaman Bakımından Uygulama)

ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm, Yargıtay Dergisi, C. 26, 2000-Ekim, s. 661 – 669.

ÖZEL, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008.

ÖZSUNAY, Ergun, Uluslararası Ticari Tahkimde Hakem Kararı, İBD., C.78, S.1., Y.2004,. s. 3 - 32.

PEKCANITEZ, Hakan, ALTAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2016.

PEKCANITEZ, Hakan, TAŞ KORKMAZ, Hülya, AKKAN, Mine, ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (PEKCANITEZ Usul).

PEKCANITEZ, Hakan, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

PINAR, Burak Yargı ve İcra Harçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

RESPONDEK, Andreas, Arbitration in Germany, The American Review Of International Arbitration, Columbia Law School, C.25, S.2, s. 289 – 296.

SARGIN, Fügen, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre Hakem Kararlarının Kısmi İptali İmkani, BATİDER 2015, C. 31, S. 2, s.39 – 96.

SARISÖZEN, M. Serhat, Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2005.

SÜRAL, Ceyda, Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, İzmir, 2015, s. 1377 – 1411.

ŞANLI, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, BTHAE Yayınları, Ankara, 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk).

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta, İstanbul, 2016, (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları).

ŞENÖZ, Ebru, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Hakem Kararlarına Karşı Başvurulacak Kanun Yolları "Hakem Kararlarının İptali", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004,

ŞİT, Banu, Kurumsal Tahkim ve Hakem Karalarının Tanınması ve Tenfizi, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.

TANRIBİLİR, Feriha Bilge, ŞİT, Banu, Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, MHB (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan), Y. 22, S.2, İstanbul, 2002, s. 819 - 837 .

TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD., S. 2006/64, s. 151 - 177 (Arabuluculuk).

TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD, 2004, S.53, s. 191 – 215, (Adil Yargılanma)

TAŞKIN, Alim, Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD, Haziran-Aralık 1998, C.II, S.1-2, s. 115 - 125, (Yetki).

TAŞKIN, Alim, Hakem Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, (Hakem Sözleşmesi).

TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Asliye Ticaret Mahkemeleri Hakkında Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tahkimde Görevli Mahkeme, , DEÜHFD, C.16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, İzmir, 2015, s. 469 – 482, (Asliye Ticaret Mahkemeleri).

TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Zaman Bakımından Uygulanması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, (Zaman Bakımından Uygulama).

ULAŞ, Işıl, Sigortacılıkta Tahkim, BATİDER, 2007, C. XXIV, S. 21, s. 239 - 266.

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983.

VAN DEN BERG, Albert J., Annulment of Awards in International Arbitration, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity?, Twelfth Sokol Colloquium, Transnational Publishers, New York, 1994, s. 133 – 162.

VURALOĞLU, Mehmet Oğuz, HMK'nın Tahkim Hakkındaki Hükümleri, Yeditepe ÜHFD, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011/1-2012/1.

Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler – Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, BTHAE Yayınları, Ankara, 1983.

YAVUZ, Cevdet, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul, 2009.

YEĞENÇİL, Rasih, Tahkim (L'arbitrage), İstanbul, 1974.

YEŞİLİRMAK, Ali, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

YEŞİLOVA ARAS, Ecehan, YEŞİLOVA, Bilgehan, Sigortacılık Tahkimi - Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, 2014, C.8, S.8 (Armağan), s. 275 - 379, (Erişim) <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/9-Ecehan-Bilgehan-YE%C5%9E%C4%B0LOAVA.pdf>

YEŞİLOVA, Bilgehan, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun ve Tebliğe İlişkin Diğer Hükümlerin Tahkimde Uygulama Yeri, UTTHD, 2014, C.3, S.1, s. 97 - 128.

YILMAZ, Ejder, Hakem Kararlarının Temyizi ve İptali, Milletlerarası Tahkim Semineri, 3 Nisan 2009, Ankara, s.107 – 136, (Temyiz ve İptal).

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, (Şerh)

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, (Şerh - Birinci Baskı)

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, (Sözlük).

YILMAZ, Ejder, Olağanüstü Temyiz, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Olağanüstü Temyiz).

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Adı Soyadı : Şaziye Tuba ULUKUŞ BULUT
Doğum Yeri ve Tarihi : Merzifon – 06.11.1978

Eğitim Durumu

Lisans Öğrenimi : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi – 2002
Yüksek Lisans Öğrenimi : Ufuk Üniversitesi SBE Özel Hukuk – 2018
Bildiği Yabancı Diller : İngilizce

İş Deneyimi

Stajlar : Ankara Barosu Avukatlık Stajı
Çalıştığı Kurumlar : Serbest Avukat 2003 – 2008
BOTAŞ Genel Müdürlüğü I. Hukuk Müşavirliği
(Avukat, Hukuk Müşaviri)

İletişim

E-Posta Adresi : tubaulukus@hotmail.com

