

4999

İBRAHİM DURHAN

No: 124 ÖZEL HUKUK

HAKEM KARARLARININ MİLLİYETİ

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Tez Danışmanı:
Prof. Dr. Vedat Raşit SEVİÇ

İ.Ü. SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

İSTANBUL - 1987

İ Ç İ N D E K İ L E R

İçindekiler	I
Bibliyografya	III
Mecmua ve Dergiler	V
Kısaltmalar	VI
G İ R İ Ş	1
TERMİNOLOJİ HAKKINDA İZAHAT	5
I. HAKEM KARARLARININ MİLLİYETİNİN ÖNEMİ	7
A - Hakem Kararının Kesinleşmesi Veya İcra Ka- biliyeti Kazanması Bakımından	7
B - Hakem kararının Yerine Getirilmesinin Tabi Olacağı Hükümler Bakımından	8
C - Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Mü- tekabiliyet Esasını Benimseyen Memleket- lerde Bu Şartın Gerçekleşip Gerçekleşme- diğini Tesbit Bakımından	9
II. HAKEM KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE MİLLİYETİ- Nİ AÇIKLAMAK ÜZERE İLERİ SÜRÜLEN TEORİLER	10
A - Akit Teorisi	11
a) Saf Akit Teorisi	11
b) Akdî Hususi Kaza Teorisi	16
B - Kaza Teorisi	18
C - Muhtelit(Karma) Teori	28
D - Kanaatimiz	30

III. HAKEM KARARLARININ YABANCILIĞINI TESBİTTE KULLANILAN KISTASLAR	34
A - Hakem Kararının Verildiği Yer Kistası	36
B - Hakem Kararının "Otoritesi" Altında Verildiği Yer Kistası	41
a) İrade Muhtariyeti Esası	42
aa) MÖHUK.nun Kabul Edilmesinden Önce	42
bb) MÖHUK.nun Kabul Edilmesinden Sonra	44
IV. YABANCI HAKEM KARARLARI VE HAKEM KARARLARININ MİLLİYETİ	51
A - Genel Olarak	51
B - New York Sözleşmesine Göre Yabancı Hakem Kararı Ve Hakem Kararlarının Milliyeti	51
C - Türk Hukukuna Göre Yabancı Hakem Kararı Ve Hakem Kararlarının Milliyeti	53
a) Türk Hukukuna Göre Yabancı Hakem Kararı Ve Hakem Kararlarının Milliyeti	53
b) MÖHUK.nun Kabulünden Önce Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararı Ve Yabancı Hakem Kararlarının Milliyeti	59
c) MÖHUK.a Göre Yabancı Hakem Kararı Ve Hakem Kararlarının Milliyeti	64
V. TÜRK HAKEM KARARI	68
VI. MİLLETLERARASI HAKEM KARARI KAVRAMI	74

B İ B L İ Y O G R A F Y A

- ALANGOYA Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği Ve Denetlenmesi (Doçentlik Tezi).
- ALTUĞ Yılmaz, Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi 2. Bası 1979, İstanbul.
- ANSAY Tuğrul, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi Ve Yeni Türk Devletler Özel Hukuku Kanunu, II. Tahkim Haftası, 1983 Ankara .
- ÇELİKEL Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Kurallar), 1984, İstanbul.
- GÖĞER Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku, 1977,
- KALPSÜZ Turgut, Hakem Kararlarının Milliyeti, Batider.
- KALPSÜZ Turgut, Türk Hakem Kararı Kavramı, II. Tahkim Haftası, 1983, Ankara.
- KORAL Rabi, Yeni Ve Eski Hukukumuzda Tahkim, İHFM, C. XIII s. 1 .
- KORAL Rabi, Türk Devletler Hususi Hukukunda Hakemlik, Ord. Prof. M. R. Seviğ'e armağandan ayrı bası, 1956.
- KORAL Rabi, Yabancı Kanunlara Tebaen Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, İHFM, C. XVII, 1951.
- KORAL Rabi, Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası II, 1958.
- KORAL Rabi, Türk Hukukunda "Yabancı Hakem Kararı" Mefhumu Ve YHGK.nun "Otorite Kanunu" Kriteri, İHFM, C. XLII, s. 1-
- KORAL Rabi, Hakemliğin Milliyeti Ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi. Hıfzı Ti-

- KORAL Rabi, Milletlerarası Hakem Kararlarının Yeni Mevzuat Karşısında Tenfizi, II. Tahkim Haftası, 1983 Ankara.
- KORAL Rabi, Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler, İHFM, C.48-49 s.1-4 .
- KURU Baki, Tahkim. IV. Ticaret Ve Banka Hukuku Haftası 1966.
- NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 1982 İstanbul.
- NOMER Ergin, Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde İhtilâf, Tahkim Haftası, 1965 .
- SAKMAR Ata, Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları.
- SEViğ Muammer Raşit, Devletler Hususi Hukuku, C.1, 1947.
- SEViğ Vedat Raşit, 1985-86 Öğretim Yılına Ait Yüksek Lisans Ders Notları.
- SEViğ Vedat Raşit, Kanunlar İhtilâfı, 1974 İstanbul.
- ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Doktora Tezi).
- ŞANLI Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması Ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, II. Tahkim Haftası, 1983 Ankara.
- TEKİNALP Gülören, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi, Tahkim Haftası, 1965.
- TEKİNALP Ünal, Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler, Tahkim Haftası, 1965.
- UMUR Ziya, Roma Hukuku, 1974 İstanbul.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, Kanun Yolları Ve Tahkim, 3. Bası İstanbul.
- ÜSTÜNDAĞ Saim, Yabancı Hakem Kararı Kavramı, II. Tahkim Haftası, 1983 Ankara.

MECMUA VE DERGİLER

- Adliye Dergisi.
- Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
- İلمي ve Kazaf İçtihatlar Dergisi.
- İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası.
- Yargıtay Kararları Dergisi.
- Yasama ve Yargı Dergisi.

K I S A L T M A L A R

- age :Adı Geçen Eser.
- Batider :Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü
Dergisi.
- BK :Borçlar Kanunu.
- Bkz :Bakınız.
- C :Cilt.
- DK :Danıştay Kanunu.
- dip :Dipnot.
- E :Esas.
- HD :Hukuk Dairesi.
- HUMK :Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
- HGK :Hukuk Genel Kurulu.
- İHFM :İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası.
- İKİD :İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi.
- K :Karar.
- md :Madde.
- MK :Medeni Kanun.
- MÖHUK :Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında
Kanun.
- MTO :Milletlerarası Ticaret Odası.
- RG :Resmi Gazete.
- s :Sayı.

sh :Sayfa.
t :Tarih.
G TD :Ticaret Dairesi.
TK :Ticaret Kanunu.
vd :Ve Devamı.
YHGK :Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YKD :Yargıtay Kararları Dergisi.



GİRİŞ:

Uyuşmazlık, insanlık tarihi kadar eskidir. İnsan; sosyal bir varlık olması nedeniyle bir yandan hemcinslerinin oluşturduğu topluluk içinde yaşamak ister, diğer yandan onlarla sürekli uyuşmazlık halindedir. Bu uyuşmazlıklar, menfaat çatışmalarının bir sonucudur. Uyuşmazlıkların, gerek bireyin gerekse toplumun huzur ve varlığı için bir tehlike olduğunu gören insanlar, bunların çözümü için çeşitli yöntemler aramaya çalışmışlardır.

İnsanlar arasındaki ihtilaflar önceleri bireysel güçlerle izale edilmeye çalışılıyordu. Bu durumda, menfaat hirsıyla hareket eden bireylerin adaletli davranmaları, yani haklarını elde ederlerken ölçülü olmaları düşünülemezdi. Toplumun henüz teşkilatlanmamış olduğu bu ilk devirlerde bazen küçük bir haksızlığın izalesi için daha büyük haksızlıkların yapılması mümkündü.

Toplumlar teşkilâtlanıp devletler doğmaya başlayınca, yukarıda bahsettiğimiz ilkel yöntem terk edilmeye ve bunun yerine tarafların veya devletin seçtiği hakemlere başvurulmaya başlandı. Hakemliğe, bütün konularla başvurulabiliyordu.

Roma hukukunda, hakem dediğimiz "arbitr" müessesesinin krallık devrinden beri mâlûm olduğu söylenebilir. Meselâ bir hudut tansimi veyahut bir ihtilâf mevzuunun kıymetinin

V. C.

Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi

para olarak takdiri, gibi, rahiplik sıfatı ile ilgili olmayan teknik bir meselenin halledilmesi bahis konusu olduğu vakit, taraflardan birisinin talebi üzerine, kral, ihtilâfın hallini, o işte mütehassıs addettiği bir kimseye havale etmekte idi. Her halde, bir hakim veya hakem tayin edileceği düşüncesine varıldıktan sonra, magistra, ihtilâfın hukuki bakımından hudutlarını tesbit etmekle yetinerek, hadisenin mad - di bakımından tatbiki ve kendi direktifleri dahilinde bir karara varılması vazifelerini, o hakim veya hakeme bırakmaya başlamıştı(1).

Bu gelişme devam ederek kamu yargısı yanında hususi kaza dediğimiz hakemlik müessesesi de bugünkü seviyesine erişmiş ve önemli bir ihtiyacı karşılar duruma gelmiştir.

Teknolojik ilerlemeler, bugün, ülkeler arasındaki ulaşımı önemli ölçüde kolaylaştırmış, ulaşım süreleri kısalmış ve haberleşme daha rahat bir duruma gelmiştir. Bütün bu gelişmeler ülkeler arasındaki ticari ilişkileri de etkilemiş ve artık bir ülkedeki kişi ve kuruluşlar, diğer ülkedeki kişi ve kuruluşlarla daha rahat ve sür'atli ticari ilişkiye girebilmektedir. İşte bu ilişkiler sırasında veya neticesinde uyumsuzluklar çıkmakta veya uyumsuzluk çıkma ihtimali bulunmaktadır. Mevcut veya muhtemel bir uyumsuzluk halinde taraflar çoğu kez hakeme başvurmakta ve uyumsuzluğu hakemler marifetiyle halletmektedirler.

(1) Umur Z. Roma Hukuku sh. 524 .

Devletlerüstü bir yargı mercii bulunmadığından, milletlerarası ticari ilişki sahasında hakemlik müessesesi çok önemli bir ihtiyaca cevap vermektedir. Bu itibarla hakemlik müessesesinin gelişmesi ticari ilişkilerin de gelişmesinde büyük rol oynar.

Şunu da belirtmek gerekir ki; teşekkül etmiş bir yabancı hakem kararının tenfizi ne kadar kolay ise, bu yargı yolunun (dolayısıyla milletlerarası ticari ilişkilerin) gelişmesi de o kadar hızlı olacaktır.

Hakemlik bir özel yargı müessesesidir. Taraf iradeleri bu yargı üzerinde hakimdir. Hakemlerin güç kaynağı taraf iradeleridir. Ancak, ihtilâfı çözen bir karar olarak ortaya çıkan hakem kararının icra edilebilirliğini sağlamak ve tarafları bağlamasını temin için, yani bu kararın hukuken bir kıymet taşıması için hakem kararlarına netice itibarıyla bir kazailik vasfı vermek gerekir.

"Hakem kararlarının milliyeti" meselesini incelemeye çalışacağımız bu tezde, milliyet meselesini tartışırken üzerinde duracağımız başlıca esaslar şunlar olacaktır: Teşekkül etmiş olan bir hakem kararı hangi milliyeti taşımaktadır ve bu tesbit edilirken kullanılacak kıstaslar neler olacaktır? Bir hakem kararına milliyet izafe edilip edilememesinin önemi nedir? Hakem kararına bir milliyet izafesi gerekli midir? Eğer bir hakem kararına milliyet izafe edilemiyorsa ne olacaktır? 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk

ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ne gibi bir sistem getirmiştir?

Ayrıca milletlerarası nitelikteki hakem kararlarından bahsedeceğiz. Bu tür kararların mevzuatımız karşısındaki hukuki tesir ve değerini tesbite çalışacağız.

TERMİNOLOJİ HAKKINDA İZAHAT :

"Hakem kararlarının milliyeti" adını taşıyan tez çalışmalarımızın muhtelif yerlerinde ve muhtelif vesilelerle zikrettiğimiz bazı teknik terimlerin tariflerini vermek istiyoruz. Bu suretle bu terimlerin değişik manâlarda anlaşılmasından doğabilecek mahzurları bertaraf etmek istiyoruz.

HAKEMLİK: İhtilâfların hakem marifetiyle hallini sağlayan müessesenin adıdır. Eski hukukumuzda buna "tahkim" denilmiştir, bugün de aynı tabir kullanılmaktadır.

HAKEM MUKAVELESİ: Aralarında halen mevcut olan bir ihtilâfın hakem marifetiyle hallini temin etmek için tarafların birbirleriyle akdettikleri anlaşmadır. Eski hukukta bu münasebet nev'i mevcut değildi. Bugün bunun için "tahkimname" terimi kullanılmaktadır.

HAKEM ŞARTI: İki tarafın akdettikleri bir mukaveleye, bundan aralarında ileride doğması muhtemel ihtilâfların hakem marifetiyle hallini temin zımında dercettikleri şarttır. Eski hukukta bu nev'i münasebet mevcut değildi. Bugün buna "tahkim şartı" denilmektedir.

TAHKİM AKTİ: Tarafların ihtilâflarını hallettirmek üzere hakemle akdettikleri şifahi veya yazılı anlaşmadır. Eski hukukumuzda tahkim müessesesine esas teşkil eden münasebet nev'i bu idi. Bu ekseriya yazılı şekilde tanzim edilir ve adına yerinde olarak "tahkimname" denilirdi. Eskiden taraflar hakeme takdim ettikleri tahkimnamede aynı zamanda onun

hangi hususlarda hükmedeceğini yani hakemin selâhiyetlerini de tayin ederlerdi. Tahkim akti bugün normal olarak şifahi şekilde ahdolunur ve hakem mukavelelerine istinad eder. Bu itibarla "tahkimname" kelimesinin bugün hakem mukavelesi veya hakem şartı manâsında kullanılması doğru ve yerinde olmaz .

HAKEMLİK ANLAŞMASI:Hakemlik müessesesini teşkil eden bil'umum hukuki münasebetleri, büyük bir hususi hukuk anlaşması tipi altında ifade eden terimdir.

HAKEMLİK PROSEDÜRÜ:Bir ihtilâfın hakem mahkemesi önünde halli için hakemin ve tarafların takip etmeleri gereken usuldür(2).

(2)Koral R. Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem Kararlarının İcrası, 1958 sh.VII-VIII .

I - HAKEM KARARLARININ MİLLİYETİNİN ÖNEMİ:

Hakem kararlarının "yabancılığını" tesbit etmenin pratik önemi bunların icra şekli bakımından ortaya çıkmaktadır. Eğer tahkim bütün unsurları itibariyle tek bir devleti ilgilendiriyorsa, bu devletin iç hukukunda yer alan hükümler icra usulünü ve şartlarını gösterecektir.

New York sözleşmesi hakem kararlarının tenfizinde karşılıklı olma şartını kural olarak aramadığından bu sözleşmeye göre bir hakem kararının daha ziyade yerli veya yabancı olması önemlidir. Esasen sözleşme yerli olmayan bütün hakem kararlarına uygulanabilir bir biçimde hazırlanmıştır. Ancak sözleşmeye katılan ülkeler mütekabiliyet esasını kabul etmek imkânına sahiptirler. Bizde MÖHUK yabancı hakem kararlarının tenfizini açıkça karşılıklı olma şartına bağladığından hukukumuzda yabancı hakem kararının milliyeti ayrı önem kazanmaktadır(3).

Bir tahkim sözleşmesine veya şartına dayanarak taraflar arasındaki ihtilâfı çözen hakem kararının milliyeti birçok bakımlardan önemlidir.

A - Hakem Kararının Kesinleşmesi Veya İcra Kabiliyeti Kazanması Bakımından:

(3) Ansay T. II. Tahkim Haftası, sh.128 .

Bir hakem kararının kesinleşmiş veya icra kabiliyeti kazanmış olup olmadığı, onun milliyetine göre tayin edilecek hususlardandır. Hakem kararının uygulanabilmesi için, hangi ülkenin milliyetini taşıyorsa, o ülkenin iç hukukunda ca-ri kaidelere göre kesinleşmiş veya icra kabiliyetini kazanmış olması gerekir. Bizim iç hukukumuz bakımından bir Türk hakem kararının icra edilebilmesi için kesinleşmesi (HUMK.536) şarttır. Yabancı bir hakem kararının infaz edilebilmesi için ise, tabii olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmiş veya icra kabiliyetini kazanmış olmasına ihtiyaç vardır (2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 43. maddesinin I. fıkrası ve md. 45 (i) bendi).

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki 1958 tarihli New York sözleşmesinin V. maddesi I. fıkrası (e) bendi ise, yabancı bir hakem kararının tenfizi için sadece tarafları "bağlayıcı" olmasını yeterli saymıştır.

B - Hakem Kararının Yerine Getirilmesinin Tabii Olacağı Hükümler Bakımından:

Bir hakem kararının gereğinin yerine getirilmesini teminen tasdik veya tenfiz talebi ile kendisine başvuru mahkeme, herşeyden önce, bu kararın milliyetini tayin ile mükelleftir. Zira icrası veya tenfizi talep olunan karar, yerli ve yabancı olup olmamasına göre farklı hükümlere ve işleme tabii

olacaktır.Ezcümle, Türk hukukuna göre yerli hakem kararı ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 532.maddesinin prosedürüne tabi olacaktır.Eğer karar yabancı hakem kararı ise, MÖHUK.43 ve müteakip maddelerine göre işleme tabi tutulacaktır.

C - Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Mütakabiliyet Esasını Benimsyen Memleketlerde Bu Şartın Gerçekleşip Gerçekleşmediğini Tesbit Bakımından:

Yabancı hakem kararının tenfizi için mütakabiliyet esasını kabul etmiş olan ülkeler bakımından(ki Türkiye de bu esası kabul etmiştir) bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tesbiti için kararın milliyetinin bilinmesi gereklidir. Eğer hakem kararına milliyetini veren ülkede, tenfiz talebi ile başvuru yapılan ülkenin hakem kararlarının tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmü veya anlaşma veya fiili uygulama varsa bu takdirde mütakabiliyet şartı gerçekleşmiş sayılacaktır.

Hakem kararlarına milliyet izafe edebilmek için, önce hakem kararlarının hukuki niteliğini tesbit etmek gerekir(4). Zira, hakem kararını akdi ve kazai kategoriye dahil etmek, izafe edilecek milliyet hususuna da tesir edebilecektir.

(4)Üstündağ, irade muhtariyetini kabul ederken tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinden hareket etmeye gerek olmadığını, irade muhtariyetini kabul ettikten sonra usul hukuku kıstasını kabul ettiğini belirtmektedir.II.Tahkim Haftası, sh.226 .

A - Akit Teorisi:

19. yüzyılın sonunda Fransız doktrini tarafından ileri sürülen(6) bu teoriye göre, hakemler özel kişiler olduğu için gerçek anlamda bir hakim değildir ve görevlerini bir kamu kuvvetinden almamaktadırlar. Hakemler, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun iradelerinin birleşmesi ile ihtilâfa el koyarlar.

Kanaatimizce, bu teoriyi ikiye ayırarak incelemeye tabi tutmak daha yararlı olur.

a) Saf Akit Teorisi:

Bu teoriye göre, hakem kararları mutlak olarak akdi nitelik taşırlar. Tahkim mukavelesi bir sulh'tür. Yani bu mukavele ile onun konusunu teşkil eden hukuki münasebet üzerinde bir tesir icra edilmiş olur. Şu kadar ki, buradaki hukuki münasebete tesir icra eden bu sulhün bahis konusu tesirinin muhtevası hakemin kararı ile taayyün etmektedir. Yani bu, şartlı bir sulh'tür. Tahkim mukavelesi bu karakteri dolayısıyla bir maddi hukuk mukavelesi olarak kabul edilmelidir.

(6) Koral R. Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler, İHFM C.48-49, s.1-4'den.

Maddi hukuk görüşünün bir savunucusu olan Neuner'e göre, tarafların devlet mahkemesi önüne gitmemek hususunda anlaşmaları (tahkim mukavelesinin esas tesiri budur) artık sadece usulî mahiyette görülemez. Bu sadece hakkın elde edilmesi inkârı ile ilgilidir ve doğrudan doğruya maddi hukuka göre hükmedilecek bir haktan mukavelevî bir feragat mahiyetindedir. Bu mukaveleler esaslarını teşkil eden hukukî münasebetleri değiştirici olarak mütalâa edilmelidir. Görüleceği üzere bu mukavelelere sadece belirli hukukî münasebetler bakımından cevaz verilmiştir, bu husus bu mukavelelerin o hukukî münasebetlerle sıkı bağıllılığını ve onların esasını değiştirdiğini gösterir. Bundan başka Neuner'e göre, tahkim mukavelesini hakkın mahiyetini değiştiren bir maddi hukuk mukavelesi olarak görünce, onu esas mukavelenin mukadderatına tabi kılmak zarureti de vardır(7).

Bunsen, tahkim mukavelesini diğer bazı mukavelelerle birlikte usul hukuku işlemleri diye adlandırdığı bir grup içinde topluyor. Ona göre bunların tesirleri usul hukuku alanında bulunsada dahi, doğumları bakımından medeni hukuk kuralları tatbik edilecektir. Ve bu sebeple de bu hukukî muameleler maddi hukuka tabi olacaklardır. Tahkim mukavelesi de bundan dolayı esas mukavelenin akıbetine tabi olmak durumundadır(8).

(7) Alangoya Y. Doçentlik Tezi sh.43'den naklen.

(8) Alangoya Y. age., sh.43-44'den naklen.

K.Blomeyer'e göre, hakem mahkemesinin hükmü medeni hukukun inşa edici hukuki muamelelerindedir ve bu inşa etme kudreti tahkim mukavelesine istinat eder.Müellife göre, tahkim mukavelesinin usulî tesirleri diğer bir deyişle, usul kanunlarının ona bağlamış oldukları usulî neticeler onun ait olduğu hukuk sahasını tesbit edecek nitelikte değildir ve sadece tali bir manâları mevcuttur(9).

Nihayet Lorenz'in noktai nazarına göre de tahkim mukavelesi saf bir maddi hukuk mukavelesidir.Müellif, bir mukavelenin maddi hukuk mukavelesi mi, yoksa usul hukuku mukavelesi mi olduğu meselesinde Schiedermair'in eserinde vardığı sonuca iştirak etmektedir.Ona göre de, bu hususa karar vermek için mukavelenin esaslı hukuki tesirlerini hangi sahada icra ettiği tesbit edilmelidir.Ancak bu kriter açısından bakıldığı zaman dahi tahkim mukavelesinin usulî mahiyette olduğu kabul

(9)Alangoya Y. age.,sh.45'den naklen.Alangoya adı geçen eserinin 36 no'lu dipnotunda K.Blomeyer'i tenkit ederek "doğrusu yazarın bir yandan bir sözleşmenin usul kanununda yer almasının, ona usulî bir nitelik veremeyeceğini hassasiyetle belirtirken, bir sözleşmenin taallük ettiği alanı sırf sözleşme karakterine bakarak kolayca tayin etmesi tasvip edilecek bir metod değildir.Bu düşünce tarzı bütün sözleşmelerin borçlar hukuku sözleşmesi olduğu sonucunu kabule götürür" demektedir.

edilemez."Böyle bir anlaşmanın bir yandan(menfi) borçlar hukuku mükellefiyeti,adliye mahkemeleri önünde dava açmamak ve diğer yandan da hakem yargılanmasının sonuçlanması için teşriki mesaide bulunma(müsbet) mükellefiyetinden başka bir tesiri görülemez".Tahkim mukavelesine rağmen adliye mahkemesinde dava açılmış ise, mahkeme bunu bilse dahi yargılama muteber olarak başlamış demektir.Lorenz'e göre, def'i dermeyanı ile ilk olarak davanın reddi imkânı doğacaktır.Görüldüğü üzere, ona göre bu tesirin mukavelenin akti ile bir bağlantısı bulunmamaktadır.Fakat Lorenz'in, bu görüşü savunurken esasında gözönünde tuttuğu nokta, maddi hukuk görüşünün beynelmilel tahkime daha uygun düşmesidir(10).

Saf akit teorisine göre hakemliğin esas temeli hakem mukavelesi olduğu için, hakemin buna müsteniden vermiş olduğu hüküm de mukaveledir.Bu, sulh mahiyetinde bir borçlar hukuku mukavelesidir.

Bu görüşün mantıki sonucu, tahkim mukavelesinin,gerek meydana gelişi, gerek uygulanışı, gerekse hükümleri ile iptalinin hep borçlar hukuku prensiplerine, özellikle iradenin muhtariyeti esasına dayanacak olmasıdır; yani, tahkim mukavelesi bir maddi hukuk-borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edildiği takdirde, usul ve esas bakımlarından tarafların iradesinin hakim olacağını kabul etmek, diğer bir deyimle, tarafların iradesine göre karar vermek gerekir.Tahkim muka-

(10)Alangoya Y. age.,sh.46 .

velesinin icabını ifa için yapılan müferit muameleler ile aktin gayesinin gerçekleşmesini sağlayan hakem hükmü arasında sıkı dahili rabata, bunların tamamının müttehit bir kanuna tabi kılınmasını gerektirir(11).

Devletler hususi hukuku sahasında bir aktin tabi olduğu kanun hangisi ise, onun hüküm ve sonuçlarının da aynı kanuna göre tayin edilmesi gerektiği, genel olarak kabul edilen bir esastır.

Bundan başka tahkim mukavelesinin akdi mahiyeti itibarıyla hakem hükmü kaziyei muhkeme teşkil etmez, hakem kararı her zaman karşılıklı anlaşma ile ortadan kaldırılabilir.

Hakemlerin mes'uliyeti borçlar hukuku esaslarına göre taayyün eder.

Nihayet hakem kararının infazı bakımından akit teorisinin sonuçları, özel bir önem taşır. Tahkim mukavelesine uygun olarak taraflar arasında çıkan ihtilâfı çözümlen hakem kararı da akdi niteliktedir. O halde taraflar kararı kendiliklerinden yerine getirmedikleri takdirde, ifası tıpkı bir akit gibi, mahkeme tarafından verilecek bir kararla sağlanabilir. Akdi nitelik taşıyan hakem kararı, milletlerarası sahada da meselâ, bir satış akti gibi muteberdir ve yerli hakem kararları devlet ülkesinde ne şekilde infaz ediliyorsa, yabancı hakem kararının da aynı şekilde icra ve infaz edilmesi icap eder.

(11) Kalpsüz T. Batider, sh.603 .

Esasen bu teoriye göre, nasıl ki bir satış aktinin yerli veya yabancı olarak tavsifine imkân yoksa, akdi nitelik taşıyan hakem kararlarının da yabancı ve yerli kararlar olmak üzere bir tasnife tabi tutulması caiz değildir. O halde bilcümle hakem kararları aynı merci tarafından ve aynı ölçüde murakabeye tabi tutulmalı, hiçbir yabancı bir devlet mahkemesi kararı gibi muamele görmemelidir(12).

b) Akdi Hususi Kaza Teorisi:

Bu teoriye göre hakem kararları mahiyet itibariyle kazai, fakat kuvvet itibariyle akdi dir. Buradaki kazailik ile kastedilen, hakemliğin netice itibariyle kamu kazası müessesesine paralel olan bir özel kaza müessesesidir.

Bu görüşe göre tahkim tam manasiyle hususi hukuka ait bir tasarruftur. Tahkime müteallik hükümlerin Borçlar Kanununda değil de usul kanununda yer almış bulunmaları, haddizatında hususi hukukta yer almak üzere ihdas olunan tahkim müessesesinin mahiyetini değiştirmez. Tahkim selâhiyetinin fertlere âmme hukuku esaslarından bahsedilmiş olduğunu düşünürsek bile bu, vaziyette bir değişiklik husule getirmez, nitekim mülkiyet ve aile hakları gibi haklar fertlere esas teşkilat kanunları tarafından tanınmış bulunmakla beraber hu-

(12) Kalpsüz T. age., sh. 604 .

kuk sistemimize göre bunların hususi hukuka giren haklardan madut olduğu kabul edilir(13).

Hakemlik hususi hukuka giren bir müessesedir, řu mana- da ki onun esas temeli hakem mukavelesi olmakla beraber ha- kemın buna dayanarak verdiği hüküm bir mukavele sayılamaz. Hakemin vazifesi hem vekâlet ve hem de sulh akitlerinden ay- rılır, hakem, taraflar arasındaki ihtilâfı bertaraf etmek için kanun, doğruluk, hak veya nesafet gibi muayyen ölçüle- re dayanarak taraflar arasındaki ihtilâfı halletmeye, haklı- yı haksızdan, iyiyi kötüden ayırt etmeye çalışır.Bu itibarla hakemin ifa ettiği vazife hem vekilinkinden hem de muslihın- kinden ayrıdır(14).

Borçlar Kanunumuzun ikinci maddesinde, bir aktin husuli için -iki tarafın aktin esaslı noktalarında uyuşmuş- bulun- maları şarttır demektedir.Halbuki hakem kararını husule ge- tiren hükümler tarafların iradelerinin karşılıklı uyuşmasın- dan vücut bulmuş değildir.Bilâkis tarafların hakem hükmünün mevzuunu teşkil eden hususlar üzerindeki iradeleri ihtilâf halindedir.İhtilâfa nihayet veren, tarafların anlaşması ile hakeme verilen kaza selâhiyetidir.Fakat bu kaza selâhiyeti kuvvetini milletin iradesinden ve binnetice devletin otori- tesinden almaz, hakemin ifa ettiği vazife bir âmme hukuku

(13)Koral R. Türk Devletler Hususi Hukukunda Hakemlik,sh.447,
Ayrıca bkz.Tekinalp U. Tahkim Haftası, 1965,ayrı bası sh.29.

(14)Koral R. age.,sh.447 vd.

tasarrufu mahiyetinde değildir. Hakem hükmü kuvvetini, tarafların bu hükme boyun eğeceklerine dair akdettikleri hususi hukuk anlaşmasından alır. Bu itibarla hakem hükmü hem kazai ve hem de akdîdir, mahiyet itibariyle kazai kuvvet itibariyle akdîdir.

Bu teoriyi savunanlardan Pallieri'ye göre(15), "Bir uyuşmazlığın hakemlik yolu ile halledilmesinden meydana gelen hukuki mahiyetine mezkûr ihtilâfın mahkemelerin rüyet sahasından hariç kalması keyfiyeti hiçbir tesir ika etmez. Yani böyle bir mülâhaza aslında hususi hukuka ait bulunan tahkimi bir âmme hukuku tasarrufu mahiyetine kalbetmeye kâfi gelemez. Çünkü bir ihtilâf hakeme tevdi edilmekle devletin ve adliyenin selâhiyetinden bir şey nez'edilmiş olmaz. İhtilâf hususi yollarla izaa edilmek suretiyle bunun adli mercilere intikali önlenmiş bulunur".

B - Kaza Teorisi:

Akdî nitelik tezinin karşısında yer alan ve hemen hemen aynı zamanda buna bir tepki olarak ileri sürülmüş bulunan diğer tez ise kazai nitelik tezidir. Bu teoriyi savunan müellifler, taraflar arasında akdedilen tahkim sözleşmesi veya hakem şartının hukuki tesir ve niteliğinden hareketle hakem kararlarının kazai niteliğine ulaşmaktadırlar. Bunlara göre, taraflar arasında akdedilen tahkim sözleşmesinin en önemli tesiri, taraflar arasındaki ihtilâfın çözümü açısından

(15)Koral R. age., sh.447 vd.

dan devlet mahkemelerine giden yolun kapatılarak özel bir yargının yaratılmış olmasıdır. Tahkim sözleşmesinin bu tesiri sebebiyledir ki, bu sözleşme nitelik olarak usul hukuku sözleşmesi, tahkim de usuli(kazai) mahiyettedir.

Hakem kararlarını kazai mahiyette sayan görüşe göre, tahkim şartı ile tahkim sözleşmesini ve hakem kararını birbirine karıştırmamak lâzımdır. Tarafların sözleşmesi ihtilâfın hakemlere verilmesini emreder, buna daırdır. Bu aynen istenerek seçilen bir ikametgâh hakiminin ileride bir ihtilâfta davaya bakmasına benzetilebilir.

Kazai teoriye göre, hakem adeta bir hakimdir. Zira adaletin bu şeklini de kanun emretmektedir. Yetkisini imperium'dan, kanundan alır. Nitekim kanun bazı hallerde hakeme gidilmesini yasaklar, hakimle hakem arasındaki fark; sadece tarafların hakemleri seçmesidir. Hakimleri ise; âmme otoritesi, devlet kudreti tayin eder.

Hakem kararı kuvveti hakemlerden almaz, bu karar ancak devlet kudreti tarafından onaylanınca kıymet kazanır. Hakem tarafların halledemediği bir ihtilâfı çözer. Hakemlerin tarafların mukaveleye göre yapabilecekleri ve verebilecekleri şekilde karar vermekte olduğunu iddia eden görüş de isabetsizdir. Zira; hakemler tarafların yapamadıklarını, halledemedikleri bir ihtilâfı halletmektedirler. Ve bunu yaparken de katiyen onların temsilcisi gibi hareket etmezler. Tarafların menfaatlerine hizmet etmezler, tarafsızdırlar, onlar tara-

findan azlolunamazlar, kararları maddi ve hukuki gerekçeye dayanacaktır. Ve kararlarını mahkeme kalemine tevdi mecburdurlar.

Belgesay, hakem kararlarının hukuki mahiyeti hakkında bir ayırım yapmakta ve "Hakem kararlarının mukavelevi mahiyeti haiz olması kararların bir mukaveleye istinat etmesi, yani tahkimin rızai olması halindedir, mahkeme kararı ile mecburi tayin edilen hakemlerin verdikleri kararların kazai mahiyette olduğu şüphesizdir" demektedir(16).

Kazai teoriye göre, tahkim sözleşmesinin en önemli tesiri normal mahkemelere giden yolun kapanmasında kendisini gösterecektir. Bu sözleşme ile devlet mahkemesinin ihtilâf hakkında karar verme yetkisi kaldırılmıştır. Tahkim sözleşmesi def'i usulüne uygun olarak dermeyan adıldığı takdirde, adliye mahkemesi ihtilâfın esası hakkında bir karar vermezsiniz davayı usul noktasından reddedecektir. Böyle olunca tahkim sözleşmesinden doğan bu tesirin usul hukukuna taallük ettiği hususunda da şüphe etmemek gerekir. Bu suretle tahkim sözleşmesi def'inin usuli mahiyette bir müdafaa ol-

(16) Belgesay M.R. Devletler Hususi Hukukunda Adliye, 1938, sh.

244. Belgesay, 29 Kasım 1965 te Ankara'da IV. Ticaret ve Banka Hukuku haftasında okunan "Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti" adlı bildirisi ile de aynı görüşü savunmuştur. Bkz. Dördüncü Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1966, sh. 41-60 .

duğu sonucuna varılmış olunur(17).

Yabancı hakem kararlarının tenfizi açısından kazai teorinin en önemli sonucu, hakem kararlarının mahkeme kararlarına benzetilmesi ve onlar gibi tenfiz prosedürüne tabi tutulmasıdır. Hakem kararlarının tanınması ve tenfizini, özel olarak düzenleyen hükümlerden yoksun ülke mevzuatları açısından özellikle bu teoriler önem taşır. Kazai teoride, hakem kararları da bir yargı sonucu verildiklerinden, iç hukuktaki "yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi" konusundaki hükümlerin kıyasen uygulanması ile tenfiz edileceklerdir(18).

Üstündağ, tahkim mukavelesinin bir borçlar hukuku akti mi, yoksa usul hukuku akti mi olduğu hususunda doktrinde hakim fikrin "usul hukuku akti" olduğunu söylemektedir. Zira muhakeme etme yetkisini elinde tutan devlet taraflara hake-me müracaat etmek imkânı tanımalarına rağmen, yine de konulan bazı hükümler(HUMK.md.519,527,536 gibi) ile bu yetki ve monopolünü tamamen kaybetmek de istememiştir. Bu sebeple mukavelevi bir temele dayanmasına rağmen hakemlerin verdiği kararlar, yine de mahkeme kararlarına eş ve aynı mahiyette olmak gerekir. Bundan ötürü de yabancı hakem kararları dahi, yabancı mahkeme kararları gibi, tenfiz yönünden aynı esaslara tabi olmak gerekecektir(19).

(17) Alangoya Y. age., sh.64-65 .

(18) Altuğ Y. Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi sh.167.

(19) Üstündağ S. Medeni Yargılama Hukuku C.II Kanun Yolları ve Tahkim, sh.134 .

Üstündağ'a göre, "tahkim anlaşması esas itibariyle bir usul hukuku sözleşmesi ise de gerek in'ikadı ve gerekse mutaberiyeti bakımından borçlar hukukunun genel hükümlerine tabi olmak gerekir".

Hakem kararları da, tıpkı mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil eder. Kesin hüküm bilindiği üzere âmme intizamından sayılır ve bunun sonucu olarak da mahkemece re'sen nazarı itibare alınır(20). Hatta taraflar mevcut bir kesin hükümden feragat da edemezler. Bununla beraber, taraflar gerek mahkemenin ve gerekse hakemin vermiş olduğu kararları tamamen değiştirebilecek bir sözleşme yapabilirler.

Tahkim anlaşması ile devletin mahkemelerine ait olan yargılama yetkisi hakem mahkemelerine havale edilmek gerekir. Bu sebeple, adli yargı yolunu kapamayan bir tahkim anlaşması hükümsüzdür. Ayrıca, hakem mahkemesinin kararlarına karşı devlet mahkemelerine müracaata imkân veren anlaşmalar ile, devlet mahkemelerinin kararlarına karşı hakem mahkemesine müracaata imkân veren anlaşmalar da hükümsüzdür(21). Bununla beraber, Temyiz mahkemesine göre, taraflar tahkimnamede hakem kararını kabul etmedikleri takdirde mahkemeye gidilebileceğini kararlaştırabileceklerdir(22).

(20)Üstündağ, bu fikrin teoride tam bir ittifakla kabul edilmediğini belirtmektedir. age., sh.135, dip.19a.

(21)Üstündağ S. age.,sh.135, dip.19b .

(22)TD. 4.3.1963, E.1313, K.1295, İKİD.39, s.2864 .

Yine Üstündağ'a göre, hakemler evvelce vermiş oldukları kararı, sonradan değiştirerek yeni bir karar veremezler. Yargıtay'a göre de, "Hakem kararları kazai karar niteliğini taşıdığından böyle bir kararın sonradan değiştirilmesi söz konusu olamaz"(23).

Tahkim, Usul Kanunumuzun 516 vd. eden maddelerinde düzenlenmiş olup, burada yer alan hükümler genellikle emredici niteliktedir(24).

Hakeme hukuk mahkemelerinin yetkisine giren ihtilâflar hakkında başvurulabilir. Ancak tatbikatta idari mukavelelerde de tahkim şartı vaz'edilmektedir. Bu duruma göre, Danıştaya intikal etmesi gereken bir ihtilâf için(DK.m.30/C) tahkim şartı konulmuş olmaktadır(25). Bu takdirde Usul Kanununun hükümleri kıyasen uygulanmak gerekir. Zira, Danıştay Kanununun 88.maddesine göre, kanunda hüküm bulunmayan hallerde Usul Kanununun umumi hükümleri uygulanmak gerekecektir. O halde tahkim konusunda idari yargıda teferruatlı hükümler bulunmadığı sürece, bu genel atıf sebebiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin hükümleri kıyasen uygulanmak gerekecektir(26).

(23)Üstündağ S. age., sh.136 .

(24)4HD. 30:12.1975, YKD. 1976/12, s.1661 .

(25)24.11.1961 tarihli Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararı, Yasama ve Yargı Dergisi, 1962/8, s.93-96 .

(26)Üstündağ S. age., sh.140 .

Usul Kanunumuzun 518.maddesine göre tahkim, iki tarafın arzularına tabi olmayan hukuki ihtilâflarda cereyan etmez.

İhtilâf taraf iradelerine tabi olmakla beraber, mutlak yetki kaidesine göre muayyen bir yer mahkemesinde rüyet edilmek gerekiyorsa, bu ihtilâflar hakkında da tahkime gidilebilir mi? Kanunumuz bunları istisna etmiş değildir. Fakat mesele, İsviçre'de kantonların ve Federal hukukun tarafların serbest tasarruflarına giren hukuki münasebetlerde dahi tahkim mukavelesini men'etmek yetkisi mevcuttur. Buna dayanarak bazı kantonların, bu yetkilerini münhasır yetki kaidelerine tabi işlerde tahkimi yasaklamak şeklinde kullandıkları görülmektedir(27).

Türk hukukunda ise, HUMK.m.518'deki serbesti, tatbikat tarafından sınırlanmaktadır(28).

Nizasız kazaya tabi ihtilâflar hakkında tahkime müracaat edilemez.

(27)Üstündağ S. age., sh.142 .

(28)YHGK. 10-11-1965 gün, E.9/643, K.405 RKD. Bu karara göre, işçi sendikası ile işveren arasında yapılan toplu iş sözleşmesiyle kabul edilen tahkim şartı, çalışması karşılığı bulunan kişisel hakkını işverenden isteyen işçiyi bağlamaz.Yargıtay bu kararında kamu düzenine dayanarak bu sonuca ulaşmaktadır.

Bundan başka tahkim, takip hukukuna ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilâflar bakımından da caiz değildir(29).

Tahkim sözleşmesi ile taraflar arasındaki esas sözleşmenin hukuki mahiyeti farklıdır. Tahkim sözleşmesi esas itibarıyla usul hukuku sözleşmesi, esas mukavele ise maddi hukuk aktidir. Bu her iki sözleşme birbirinden müstakildir. Bu yüzden, tahkim sözleşmesinin kaderi hukuki bakımdan esas sözleşmenin kaderine bağlı olmadığı gibi; esas mukavele dahi, tahkim sözleşmesinin kaderine bağlı değildir. Bu bakımdan sözleşmelerin butlanı her iki sözleşme bakımından ayrı ayrı araştırılmak gerekecektir(30).

Hakem aktine mevzu teşkil eden bir ihtilâfın o akde konu olabilme ehliyeti, her şeyden evvel aktin muteberiyeti ile ilgili bir meseledir. Ve buna uygun olarak akde hakim olan kanuna tabi olmak icabeder(31).

Bir işin hakemler vasıtasıyla halledilip, halledilemeyeceği konusunda çıkan ihtilâflar, mahkemece, seri usulü muhakeme ile çözümlenir(HUMK.m.519). Bu hükümden çıkan manâ, hakemlerin kendilerinin selâhiyetini tayin bakımından bir yetkiye sahip olmadıkları hususudur.

(29)Üstündağ S. age., sh.144 .

(30)Üstündağ S. age., sh.145 .

(31)Nomer E. Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde İhtilâf, Tahkim Haftası,1965 sh.514 .

Acaba taraflar yapacakları bir anlaşma ile, hakem mahkemesine, kendi yetkileri hakkında devlet mahkemelerini de bağlayacak şekilde kesin olarak hüküm verme yetkisini tanıyabilirler mi? Bir başka deyişle, HUMK.m.519'daki hükme rağmen taraflar, anlaşma ile devlet mahkemelerinin bu konudaki yetkisini acaba kaldırabilecekler midir? Bu suale Üstündağ şöyle cevap vermektedir; "Usul hukukunda hususi hukukun aksine olarak esas prensip, hükümlerin emredici mahiyette olmalarıdır. Bu nedenle, usul hukukunda, hususi hukukta olduğu gibi, taraf iradelerine serbesti veren genel bir norm yoktur. Bu esas, usul hukukunun fonksiyonuna ilişkin bulunduğu gibi; bu hukuk dalının Âmme hukukuna dahil olması ile de izah olunabilir".

Ancak, usul hukukundaki sözleşme serbestisi, sadece kanunun bu konularda tanıdığı açık müsaadelerle de sınırlı değildir.

Muhakeme etmek yetkisini elinde tutan devlet, taraflara hakeme müracaat etmek imkânı tanımalarına rağmen, yine de HUMK.'da yer alan bazı hükümler ile bu yetki ve tekeli tamamen kaybetmek de istememiştir. Bu hükümlerden birisi de HUMK.m.519'dur. Kanunun hakem muhakemesine koymuş olduğu sınırların aşılmış olup olmadığının tayini yetkisi, HUMK.m.519 ile devlet mahkemelerine verildiğinden, taraflar anlaşma ile devlet mahkemelerine tanınan bu kontrol yetkisini bertaraf edememelidirler. Aksine bir kayıt Âmme intizamına aykırı o-

lur(32).

Hakemlerin ihtilâfı çözerken Usul Kanununun hükümleri ile mukayyet olup olmadıkları hususu doktrinde tartışmalıdır? Bir görüşe göre, hakem yargılamasında prensip olarak Usul Kanununun uygulanması gerekir. Zira kanun usuli hükümler hakkında tarafların irade serbestisinin ne zaman mevcut olabileceği hakkında 520 ve 525. maddelerde hükümler vaz'etmiştir. Bunun dışındaki hallerde aslolan hakemlerin usul kaideleri ile bağlı olmalarıdır. Bir diğer görüşe göre ise, hakemler kendi önlerine gelen davada uygulanacak prosedürü tayin hususunda tam bir serbestiye sahiptirler. Meğer ki taraflar hilâfına mukavele yapmış olsunlar. Eğer böyle bir anlaşma yoksa, Usul Kanununun 527. maddesindeki durumlar hariç, hakemler serbesttirler. Ancak bu arada 526. madde dikkate alınması gerekir. Bir başka görüşe göre, taraflar anlaşarak Usul Kanununun ancak yedek hukuk kaidelerini bertaraf edebilirler. Emredici hukuk kaidelerine hakemler riayet zorundadırlar.

Hakemlerin esas itibariyle maddi hukuk hükümlerine uyararak karar vermeleri mecburiyeti yoktur. Zira hakem kararlarına karşı temyiz yolu açılmakla beraber, temyiz sebepleri arasında kanuna aykırılık zikredilmemiştir. Bununla beraber, bir görüşe göre, uyumsuzluğun esasını halletmek için uygulanacak kaideler hakkında tarafların herhangi bir esas ta-

yin etmemiş olduğu hallerde(hakkaniyet ve nesafet esasları gibi) esas itibariyle hakemlerin pozitif hukuka(MK. TK.vb. gibi) uygun karar vermeleri gerekir.Halbuki bir diğer fikre göre, taraflar maddi hukuk kaidelerine göre karar verilmesi şartını vaz'etmiş olsalar bile, hakemler bu şart ile bağılı olmaksızın karar verebilirler.Ancak hakemlerin kararları adalet ve nesafet esaslarına aykırı olmamak gerekir.

C - Muhtelit(karma) Teori:

Akdî ve kazafî teori görüşlerinden başka, tahkim mukavelesinin muhtelit, karışık tabiatlı bir sözleşme olduğunu, bir akit olarak tarafların serbest iradelerinin birleşmesi ile vücuda geldikten sonra usul hukukunun böyle bir mukaveleye terettüp ettirdiği sonuçları husule getirdiğini, bu sonuçların ise, tamamen kazafî nitelikte olduğunu ileri süren uzlaştırıcı bir görüş de mevcuttur.

Bu görüş, hem akdî, hem de kazafî teorinin bazı unsurlarını birleştirerek ortaya çıkmıştır.Buna göre, tahkimin hem akdî yönü, hem de kazafî yönü vardır.Yani tahkim kendine özgü bir niteliğe sahiptir.

Türk doktrininde bu teori Sakmar tarafından savunulmaktadır.Bu hukukçuya göre, tahkimin karma bir nitelik taşıdığında şüphe yoktur.Hakemlerin yetkilerini taraflar arasında yapılan bir anlaşmadan almaları ve kararın hukuki te-

melini bu anlaşmanın teşkil etmesi akdî niteliği ortaya çıkarmakta kararın yargı fonksiyonu görmesi ve hakimin tasdi-kiyle yargı alanına giren sonuçlar hasıl etmesi ise kazaf niteliği belirgin hale getirmektedir.

Tahkimde taraf iradelerinin oynadığı büyük rol, özellikle belirli bir ihtilâfın adli mahkemelerde değil özel kişiler önünde halledilmesinin buna bağlı olması, hakemlerin seçiminde takip edilecek usulde ve uygulanacak kanunun tayininde tarafların serbest olmaları, muhakkak ki akit niteliğini ön plana çıkarmaktadır.

Diğer taraftan tahkimin bir usul hukuku sözleşmesi olduğu kabul edilse bile, bunun akdî niteliğin üstünlüğünü kaldıracığını söylemek mümkün değildir. Gerçekten her usul hukuku sözleşmesi mutlaka kamu hukukunu ilgilendirmediği gibi, usul hukuku alanında sonuç doğuran bütün sözleşmeleri de kamu hukukuna ait kabul etmek doğru değildir.

Ancak bu teoriye, bütün bunların yanında hakem kararlarının özel nitelikte olsa bile bir yargı fonksiyonu gördükleri ve bir ölçüde devletin yargı alanı ile irtibat halinde oldukları hususunu unutmak imkânsızdır. Bu itibarla asıl üzerinde durulması gereken nokta, hakem kararlarının akdî ve kazaf niteliklerinden hangisinin üstün tutulmasının doğru olacağını gösterecek teorik delilleri aramaktan çok, tahkimin karma niteliğinin göz önünde bulundurularak buna uygun pratik sonuçların neler olması gerektiğini tesbit etmektir.

Meseleye bu açıdan bakıldığında, özellikle milletlerarası alanda önem taşıyan konunun, hangi hakem kararlarının yabancı olduğunu ve yabancı hakem kararlarının nasıl icra edileceğini tayin etmek olduğu ortaya çıkacaktır. Bu soruların cevabı gerçi büyük ölçüde, tahkimin hukuki ~~ki~~ niteliği hakkında varılacak sonuca bağlıdır. Nitekim, gerek yabancılık vasfının tesbiti, gerekse tenfiz konusunda izlenecek yolu, tahkim konusunda sanip olunan fikirlerden ayrı düşünme imkânı yoktur. Ancak tahkimin karma niteliği ister istemez bu konuda da eklektik çözümlere götürecektir ve bazı bakımlardan akdi, bazı bakımlardan ise kazaf niteliğe öncelik verilmesini gerektirebilecektir. Bu itibarla esas sorunların hallinde, değişik bakımlardan bu iki niteliğin ayrı ayrı göz önünde bulundurulmasını bir çelişki olarak görmemek lâzımdır(33).

D - Kanaatimiz:

Hakem kararlarının hukuki niteliği konusundaki görüşler ve tartışmalar daha çok MÖHUK'un kabul edilmesinden önce ehemmiyet arz etmekte idi. Bugün konuya yasal düzenlemeler getirilmiştir. Denilebilir ki kanunumuz, hakem kararlarının akdi niteliğine öncelik vermiştir. Bunu MÖHUK.md.43 fık.2, md.45 f ve g bentlerinden anlıyoruz. Kanunumuzda mahal kriteri ikinci derecede kabul edilmiştir. Doktrinde de hakim

(33) Sakmar A. Yabancı İlamların Türkiye'deki Sonuçları, sh.

fikrin hakem kararlarının akdi nitelikte olduğu yolundadır(34). Yargıtayın görüşü de umumiyetle bu merkezdedir.

Milletlerarası ticari ilişkilerde taraflar çoğu kez hiç tanımadıkları, bilmedikleri bir hukuka tabi olmayı istememektedirler. Bu nedenle hukuki ihtilâflarını hakemlik yoluyla hallini tercih etmektedirler.

Hakemlik müessesesi devletlerüstü bir yargı organının eksikliğinden doğan boşluğu dolduran ve bu nedenle önemli bir ihtiyaca cevap veren bir yargı yoludur. Devletlerüstü bir yargı organının ihdası ve faaliyeti için ülkelerin ittifak etmeleri(ülkeler arasındaki ekonomik, siyasal, kültürel ve hatta coğrafi dengesizlikler ve farklılıklar nedeniyle) imkânsız görülmektedir. Herşeyden önce devletlerüstü bir yargının ihdası demek, bir neşze egemenlik hakkından feragat demek olacağından ülkeler bunu kabul etmeyeceklerdir. Bu nedenle hakemlik müessesesi, milletlerarası alanda bu ihtiyaç var olduğu sürece önemini sürdürecektir ve önemli bir boşluğu dolduracaktır.

Evrensel bir hüviyeti haiz olan bu müesseseyi bir milli hukuk içine sokmaya çalışmak, kanaatimizce doğru olmaz. Hakemlik hususi bir yargı yoludur. Taraf iradeleri bu yargı yolunun kaynağıdır. Hakemlik bir akittir; bu itibarla taraflar isterlerse hakemlik aktini hiçbir ülkenin milli hukuku-

(34) Belgesay, Ansay, Koral, Nomer, Tekinalp Ü., Kuru, Kalpsüz gibi müellifler bu fikirdedir.

ma dahil etmeyebilirler. Böyle bir hakemlik sonucu verilen kararın da hukuken bir değeri olmalı ve tenfiz ülkesince nazarı itibare alınmalıdır.

Hakem kararlarının hukuki niteliği konusundaki görüşlere gelince; akdi hususi kaza teorisindeki görüşlere iştirakle şunları söyleyebiliriz; tahkim akti tarafların serbest iradelerinin birleşmesi ile vücut bulan bir borçlar hukuku aktidir. Hakemler tahkim aktine dayanarak karar vermektedirler. Yani hakemler güçlerini tahkim aktinden alırlar. Bu itibarla hakem kararları kuvvet itibariyle akdîdir.

Saf akit teorisinde ileri sürülen görüşlere katılmıyoruz. Çünkü bu teoriye göre, hakem hükmü de sulh mahiyetinde bir mukaveledir. Biz hakem kararlarının mahiyet itibariyle kazaf olduğunu kabul ediyoruz. Burada kastedilen hususi kazadır. Bunu niçin kabul ediyoruz? Bilindiği gibi hakemlik, taraflar arasındaki ihtilâfı (veya doğabilecek ihtilâfı) izale etmek için meydana gelmiş bir özel yargı müessesesidir. Yani neticede bir mahkeme gibi ihtilâfın halli sözkonusudur. Böyle olunca hakem kararının tarafların çatışan iradelerinin (ihtilâfın halli hususunda) üzerinde bir tesiri ve saygınlığı olmalıdır. İşte bunu sağlayabilmek için, yani hakem kararlarına bu gücü vermek için, hakem kararlarını mahiyet itibariyle kazaf addetmek gerekir.

Diğer teorileri değerlendirmek (tez konumuzun sınırlarını aşar düşüncesiyle) istemiyoruz. Ancak şu kadarını belir-

telim ki; kazaf teoriiyi savunanların, görüşlerini desteklemek için ileri sürdükleri gerekçelerden biri de " tarafların sözleşmesi ihtilâfın hakemlere verilmesini emreder, buna dairdir. Bu aynen istenerek seçilen bir ikâmetgah hakiminin ileride bir ihtilâfta davaya bakmasına benzetilebilir" (35) şeklindedir. Bu gerekçe de hakem kararlarına kazaf nitelik kazandırması bakımından zayıftır. Burada ikâmetgah seçimiyle adeta (hakem seçimi gibi) hakimlerin de seçilebileceği iddia edilmektedir. Böyle bir sonuca ulaşmak fazla zorlama olur kanısındayız. Taraflar ihtilâfı hakeme vermekle doğrudan doğruya ihtilâfın hallini istemektedirler. Yani iki taraf da aralarındaki ihtilâfın halli hususunda anlaşmışlar, ancak bu ihtilâfın ne şekilde halledileceği hususunda anlaşamadıkları için hakeme başvurmuşlardır. Halbuki ikâmetgah seçimiyle davaya bakacak hakimin seçiminde böyle bir durum yoktur. İkâmetgah seçimi ile taraflar bir ihtilâfın halli hususunda anlaşmış değildirler. Ayrıca taraflar şu hakim yerine bu hakimi seçmek hususunda da anlaşmış değildirler. Bir an için anlaşmış olduklarını düşünsek bile bunun nedeni başka hakime gitmek değil (36), olsa olsa ekonomik çıkarlarıdır. Kaldıkı ülkenin bir yerindeki hakim ile diğer bir yerindeki hakimin (davaya bakması açısından) taraflar bakımından bir

(35) Bkz. Altuğ Y. Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi sh. 167.

(36) Taraflar hakeme, başka hakim istedikleri için değil, başka usulî kanun (bazan da maddî kanun) istedikleri için giderler. Yoksa ihtilâfı şu veya bu kişinin çözmesi önemli değildir.

farkı olmamak gerekir. Meğer ki, reddi hakim sebepleri olsun.

Tahkim sözleşmesine devletin müdahalesi (HUMK.da gösterilen hükümler dairesinde) bu müesseseyi korumak ve işlemlerini sağlamak içindir. Sırf hakemliğin kendisi akdi niteliktedir. Yani hakem kararı doğuşuna kadar bu müesseseye ~~akdi~~ akdi nitelik hakimdir. Kazalık niteliği sonradan gelir. Karar doğduktan sonra, hüküm ve icrası bakımından bu niteliği kazanır.

III - HAKEM KARARLARININ YABANCILIĞINI TESBİTTE KULLANILAN KİSTASLAR:

Hakem kararlarının belirli bir açıdan yabancılik unsuru taşımaları halinde, yabancı bir karar karşısında bulunulup bulunulmadığını araştırmak ve ortada bu nitelikte bir karar olduğu sonucuna varıldığı takdirde icra bakımından nasıl bir usul izleneceğini tesbit etmek gerekmektedir.

Burada izaha çalışacağımız konu şudur:Ne zaman bir hakem kararının yabancı olduğundan bahsedilebilecektir?Hemen şunu belirtelim ki, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 43.maddesinin bu konuya ilişkin düzenlemesinden önce, bu kavram hakkında mevzuatımızda herhangi bir hüküm bulunmadığı görülmektedir.Bu nedenle yabancı bir hakem kararının nasıl icra edileceği sorunu ortaya çıkmış ve Yargıtay o zaman bunların da yabancı mahkeme kararı gibi ve o şartlar altında icra edilebileceğine ilişkin içti-hatlar vermiştir(37).

Hakem kararlarına yabancılık vasfını verebilmek için devletlerarası bir kaide yoktur(38).Bu nedenle çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.Bunların başlıcaları, tarafların, hakemlerin veya üçüncü hakemin vatandaşlığı, uygulanan usul hukuku kuralları, kararın verildiği yer ve birde kararın "otoritesi" altında verildiği kanun kıstaslarıdır.Bu kıstas-lardan ilk ikisinin (yani tarafların vatandaşlığı kıstası ile hakemlerin vatandaşlığı kıstası) yetersizliği ve yol açabilecekleri tereddütler doktrinde belirtildiği gibi, Yargıtayımız da bunları benimsememiştir.Bu nedenle bu kıs-

(37)Üstündağ S.Kanun Yolları ve Tahkim,3.bası,sh.177,dip.70a.

(38)Nomer E. age.,sh.502.Nomer,"Hakem mahkemesinin tatbik ettiği usul hukuku nisbeten kat'i bir kıstas teşkil edebilir" demektedir.

taşlar üzerinde durmak istemiyoruz. Buna mukabil diğer iki kıstası gerek taşıdıkları önem ve gerekse uygulamamızda yer alması bakımından izah etmeyi gerekli görüyoruz.

A - Hakem Kararının Verildiği Yer Kıstası:

Tahkimin niteliği itibariyle kazaf olduğu veya hiç değilse bu niteliğinin hakim bulunduğu yönündeki görüşler, yabancılığın kararın verildiği yer göz önünde bulundurularak tesbit edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Hakem kararlarının usul hukukuna ait olduğu ve bir kamu fonksiyonu ifa ettiği fikri, sonuç olarak toprak esasına götürmekte ve yabancılık vasfının bu esasa göre tesbitini gerekli kılmaktadır.

Hakem kararlarının hukuki niteliğini tesbit ederken varacağımız sonuç, hakem kararının yabancı olup olmadığını tesbit için başvuracağımız kıstas üzerinde de etkili olacaktır. Eğer hakem kararı usuli mahiyette yani kazaf nitelikte bir karar kabul edilirse onun yabancılığını tesbit için başvurulacak kıstas mahal kanunu (kararın verildiği yer kanunu kıstası) olacaktır. Bu takdirde hakem kararına mahal kanunu ülkesine göre milliyet izafe edilecektir.

Buna karşılık hakem kararı akdî nitelikte olduğu kabul edilirse, kararın yabancılığı "otorite kanunu" kıstasına göre tesbit edilecek ve milliyet de buna göre izafe edi-

lecektir(39).

Koral, "Kararın verildiği yerin o kararın yabancılığını tayin edememelidir" dedikten sonra "hakemin, hükmünü verirken hangi memleketin kanununu tatbik ediyor veya tatbik etmesi gerektiğine inanıyorsa, hüküm o kanunun otoritesi altında verilmiş sayılır ve hakem kararı o memleketin milliyet vasfını ihraz eder" demektedir.YHGK. da 1951 tarihinde vermiş olduğu bir kararla "otorite kanunu" kıstasını ve dolayısıyla akdilik tezini benimsemiştir(40).

Buna karşılık Yargıtay 15.HD. 1976 yılında YHGK. kararı-

(39)Buna karşılık, Üstündağ S. II.Tahkim Haftası Tebliği sh. 6-7 dip.3'de,"Bugün tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinden hareket ederek, bir hakem kararının milliyetini saptamak mümkün değildir.Bugün artık, gerek ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve gerekse MÖHUK.karşısında(md.43 vd) yabancı hakem kararının icrası problemi, bir hukuki temelle oturtulduğuna göre, bunların nasıl icra edileceğinin henüz düzenlenmemiş olduğu dönemlerde yapılan hukuki nitelik değerlendirmeleri yolu ile, bu konuda elverişli bir sonuca varma çabalarına artık gerek kalmamaktadır.Denilebilir ki, uluslararası tahkime, maddi hukuk görüşünün daha uygun düştüğü tezi artık aşılmıştır" demektedir.

(40)YHGK.'nun 7.11.1951 t.ve E/126 K/109 sayılı kararının metni tezimizin sonuna ilave edilmiştir.

na zıt bir karar vermiştir(40a).Bu kararda hakem kararlarının yabancılık vasfı mahal kanunu kriterine bağlanmak istenmiştir(41).

1958 tarihli New York sözleşmesinin ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un bu konudaki düzenlemesine gelince;

New York sözleşmesinin tenfizi ile ilgili V.maddesinin birinci bendinin a,b ve(düzeltilerek okunması gereken) i bendi hükümleri hakemlik anlaşmasının, hakem mahkemesinin teşkilinin hakemlik prosedürünün ve hakemliğin taraflar için bağlayıcı bir vasıf alıp almadığının en evvel tarafların serbest iradesi mahsülü olan irade muhtariyeti kanununa göre belirleneceğini bildirmiş, ancak taraflar hakemliğe hükümler olacak kanunu belirtmemişler ise o zaman ve ikinci planda olmak üzere mahal kanununa itibar edileceğini ifade etmiştir.Bu ise anlaşmanın akdi temelini teyid eder(42).

(40a)Yargıtay 15.HD.'nin 1976 tarihli kararının metni tezin sonuna ilave edilmiştir.

(41)15.Hukuk Dairesinin bu kararı Koral'ın ayrıntılı bir eleştirisiyle karşılaşmıştır.Koral makalesinde,"otorite kanunu" kıstasıyla karşılaştırmalı olarak bu eleştirisini yapmıştır.Koral R. age.,Hıfzı Timur'a armağandan ayrı bası, 1979 .

(42)Koral R. II.Tahkim Haftası, sh.87 .

New York sözleşmesinin uygulama alanı, sadece belirli ihtilâflarda tayin edilen geçici hakemlerin verdikleri hakem kararlarını değil, aynı zamanda daimi hakem kurumlarına tarafların kendi istekleri ile başvurmaları halinde verilen kararları da kapsar(md.1/II).

Bu fıkradan anlaşılın tarafların kendi istekleri ile daimi hakem kurumlarına gitme yolunu seçmeleri sonucu verilen hakem kararları ile kendi seçtikleri geçici hakemlerin verdikleri kararlar, aynı anlamda hakem kararı olarak adlandırılacaklardır.Yoksa devlet otoritelerince teşkil edilmiş devamlı hakem mahkemelerinin verdikleri kararlar anlaşmanın uygulama alanına girmemektedir(43).

Sözleşmenin ilk maddesine bakarak mülkilik teorisinin temel olduğunu kabul etmek doğru olmaz.Bu prensip, ikinci planda olarak kabul edilmiştir.

MÖHUK.'da yabancı hakem kararlarının tanımı veya hangi hakem kararlarının yabancı olacağı hususunda açıklık bulunmamaktadır.Fakat MÖHUK. büyük ölçüde New York sözleşmesinden mülhem olduğu için(44) esas itibariyle akdî esaslardan esinlenen bir tenfiz sistemi getirmiştir.Yani tarafların anlaşarak tahkimi tabi kıldıkları kanuna öncelik verilmiştir.

(43)Tekinalp G. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Tahkim Haftası, 1965, sh.544 .

(44)New York sözleşmesine Türkiye katılmamıştır.

MÖHUK. md.43 fıkra2, md.45/f ve g bendleri bu fikri desteklemektedir.Buradan çıkan sonuç, "otorite kanunu" kıstasının MÖHUK.'un sistemine uygun olduğudur.

Eğer taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa ancak bu takdirde ve ikinci derecede olmak üzere "mahal kıstası"na yer verilmiştir.Kararın verildiği yer kıstası, hakem kararlarını milliyetsiz olmaktan kurtarmak için ve tamamlayıcı bir kıstas olarak kabul edilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, MÖHUK., New York sözleşmesinin esasına tam anlamıyla sadık kalmamıştır.MÖHUK.md.44/son cümlesinin md.38/a'ya yaptığı atıf sebebiyle(New York sözleşmesinden farklı olarak) yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrası için mütekabiliyet esasının gerçekleşmesini aramıştır. Bunun için ise hakem kararlarının bir milliyetinin bulunması gerekmektedir.İşte bu nedendir ki, kanunumuz hakem kararlarının milliyetsiz kalmasını istememiş; yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi için, "irade kanunu" kıstasını benimsedikten sonra,"mahal kanunu" kıstasına da yer vermiştir.

Kanunumuzun aradığı mütekabiliyetin akdi olması şart değildir.Yeni kanuna göre fiili ve hukuki mütekabiliyetin bulunması da, tenfizde aranan şartın gerçekleşmesi için yeterli olmaktadır.

Kanunumuzun mütekabiliyetle ilgili bu hükümlerine, tezimizin sonlarında yer alan "milletlerarası hakem kararı kavramı" bahsinde tekrar değineceğiz.

Yine MÖHUK., New York sözleşmesinden farklı olarak, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfiz edilebilmeleri için tabi oldukları veya verildikleri yer kanununa göre hem kesinleşmeleri hem de icra kabiliyeti kazanmaları (md.44/b, md.45/i) şart kılınmıştır. Halbuki New York sözleşmesinde tenfiz için, yabancı hakem kararının tarafları bağlayıcı olması yeterli görülmüştür.

B - Hakem Kararının "Otoritesi" Altında Verildiği Yer
Kıstası:

Akit teorisine taraftar olan görüşün hakem kararlarına yabancılık niteliği tanımak için başvurduğu kıstas ise, kararın otoritesi altında verildiği kanundur. Tahkimin tabi olacağı kanunu taraflar serbest iradeleriyle seçerler ve hakemler yetkilerini bu kanundan alırlar. Hakem kararları tarafların seçtikleri bu kanunun otoritesi altında verilir. Şu halde bir hakem kararına yabancılık niteliği veren kıstas, kararın tabi olduğu kanundur.

Tarafların aralarında yaptıkları akdi belirli bir hukuka tabi tutabilme yetkilerine "irade muhtariyeti" esası denir. Acaba taraflar, akitlerini tabi tutacakları hukuku gösteren bir kanunlar ihtilâfı kaidelerini kendi iradeleriyle tesis edebilirler mi, yoksa bu konuda taraflar ancak yetkili kanunun tanıdığı ölçüde mi hareket serbestisine sahip-

tirler?

İrade muhtariyetini ancak -yetkili kanunun- tanıdığı ölçüde kabul eden anlayış, bu "yetkili" kanunun hangisi olduğu hususunda fikir birliğine sahip değildir. Hem doktrin hem de uygulama çeşitli "yetkili" kanunlar teklif etmiştir.

Bir görüşe göre akit statüsü, aktin yapıldığı yer hukukudur. Fakat aktin yapılma yeri tesadüflere bağlıdır ve bazan tesbiti çok zordur. Çeşitli ülkelerde bulunan tarafların mektup, telgraf ve telefon ile yaptıkları akitlerde veya bir nakil vasıtasında, meselâ özellikle uçakta yapılan akitlerde aktin yapıldığı yeri tesbit etmek hemen hemen mümkün değildir.

Diğer bir görüş, akit statüsü olarak ifa yeri hukukunu kabul eder. Ancak bu görüş, ifa yerleri farklı olan iki taraflı akitlerde yetersiz kalmaktadır.

Bu yetersizlik, bağlanma noktası olarak ikâmetgâh ve mutad meskeni teklif eden görüş için de sözkonusudur.

Zamanımızda irade muhtariyeti esaslı çok önem kazanmıştır. Diğer taraftan teknil akitleri tek bir kanuna tabi tutmak yerine, kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından akitleri belirli akit tiplerine ayırarak her tip için yetkili bir kanun tesbit etmek eğilimi çok kuvvetlenmiştir.

aa) İrade Muhtariyeti Esası:

aa) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un kabulünden önce Türk hukukunda irade muhtariyeti esaslı doktrin tarafından iki hükme istinat ettirilerek izah edilmekte idi: Muvakkat Kanununun 4 üncü maddesi ve Borçlar Ka-

nununun 19 ve 20 nci maddeleri hükümleri. Türk doktrini her iki kanun hükmünü bir arada mütalaa ederek 19 uncu maddenin iç hukuk bakımından çizdiği akit serbestisinin hudutlarını milletlerarası alana çıkarmakta ve Muvakkat Kanununun 4 üncü maddesi hükmünü ("bilumum hukuk davalarının Türk kanunlarına göre rüyeti") de mutlak manasında anlayıp Türk kanunlarının tatbikini Türkiye ile ilgili bir unsurun varlığına bağlamaktaydı. Neticede, Türk kanunlarının tanıdığı sınırlar içerisinde, yani emredici kaideler dışında, irade muhtariyeti prensibi kabul edilmiş oluyordu.

Bilindiği üzere iç hukukta özellikle borçlar hukuku ve ticaret hukukunda mukavele serbestisi esastır. Emredici hükümlere aykırı düşmemesi şartıyla taraflar akitlerine diledikleri hükümleri ithal edebilirler.

Milletlerarası ticaret alanında ilişkilerde bir güvenlik sağlanması için taraflara mukavelelerini diledikleri kanuna tabi kılma yetkisi devletler hususi hukuku tarafından genellikle tanınmaktadır. Doktrin bu usulü iki bakımdan reddetmektedir: a) Her kanunda mevcut olan emredici hükümleri bertaraf imkânı sağlaması bakımından, b) Yetkili kanunu seçen mukavelenin sıhhat şartlarının hangi kanuna tabi olacağına belli olmaması bakımından.

Seviğ, milletlerarası akitlerde tarafların akitlerine uygulanacak hukuku serbestçe seçebileceklerini belirterek, akit hangi ülkenin akti ise o ülkenin emredici kaidelerine

tabi olmalıdır ve ancak o emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla taraflar diledikleri bir yabancı kanunun hükümlerini mukavele hükmü sıfatıyla akitlerine ithal edebilmelidirler demektir(45).

Nomer, "MÖHUK.un kabulünden önce de Türk devletler hususi hukukunda taraflar hiç bir sınırlamaya tabi olmaksızın akitlerinin tabi olacağı hukuku seçmede serbesttiler.Bu serbesti, akit tarafların iradelerine bir kanunlar ihtilâfı kaidesi niteliği verme anlamına geldiğini" belirtmektedir(46).

bb) Bugünkü hukukumuzda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'a göre, taraflar aralarında yaptıkları akte tatbik edilecek hukuku bizzat seçebilirler (md.24/I).Seçtikleri hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı hukuk da olabilir.Yabancı bir hukukun seçimi için, aktin bir yabancılık unsuru taşıması şart değildir.Ve böylece seçilen hukuk o aktin(ehliyet ve şekil meseleleri hariç) bütünü ile tabi olduğu "yetkili hukuk", yani "akit statüsü" olur.

Kanunumuza göre, tarafların hukuk seçimi açık(sarih) olmalıdır(md.24/I).Tarafların hukuk seçimi hakkında açık irade beyanları mevcut değilse, onların zımnî veya farazi irade beyanlarına dayanılarak bir hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılamıyacaktır.Taraflar herhangi bir hukuk seçi-

(45)Seviğ V.R. Kanunlar İhtilâfı 1974, sh.128 .

(46)Nomer E. Devletler Hususi Hukuku 1982, sh.268 .Ayrıca

bkz.Tahkim Haftası 1965, sh.523 .Akitler hukuku alanında aktin tabi olduğu kanun seçilmişse, atfin uygulanmaması gerekir,bkz.Nomer E.Devletler Hususi Hukuku,1982,sh.169.Çelikel A.Milletlerarası Özel Hukuk(Genel Kurallar),1984,sh.140.

mi yapmamışlarsa, aralarındaki akte uygulanacak hukuku tayin zarureti ortaya çıkar.

Milletlerarası doktrinde, zımnî irade beyanlarının da tesbit edilememesi halinde, tarafların farazi veya muhtemel iradelerinin aranmasını teklif edenler vardır(47).

Türk hukukunda taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa borcun ifa yeri objektif bir bağlanma noktası olarak tatbik edilecek hukuku tayin eder(MÖHUK.md.24/II)(48).Kanunumuza göre, eğer ifa yeri de tesbit edilemiyorsa, Ebu takdirde sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır(md.24/II son cümle).

Tarafların serbest iradeleri ile seçtikleri kanunun veya tarafların iradeleri ile seçtikleri kanunun açık olarak tesbit edilemediği durumlarda, akitlere uygulanacak kanunu gösteren kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurularak tesbit edilen kanunun yabancı bir kanun olması halinde hakem kararının yabancılığını kabul etmek gerekir.

Hakemlik münasebetine "yabancılık" izafesi konusunda

(47)Bkz.Nomer E. Devletler Hususi Hukuku 1982,sh.270.Tekin-
alp G. Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları 1981
sh.241 vd.

(48)YHGK.nun 3.7.1981 tarih E.1979/1775, K.1981/563 sayılı
kararı, YKD.,C.7/2, sh.1389-1395 .

YHGK.muz(ve Yargıtay ticaret daireleri) akit teorisi taraftarlarının kriterini benimsemiştir.Gerçekten 7.11.1951 tarihli Arjantin kararında Genel Kurulumuz "bir hakem kararı yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş ise o kararın yabancı bir hakem kararı sayılabileceğine"(49) hükmetmiştir. Otorite kanunu kıstası, Yargıtayın bu kararından sonra uzun zaman uygulamamızın da temelini oluşturmuş ve bundan sonraki birçok karara da emsal teşkil etmiştir.

Hakemliğin akdî mahiyette olduğu görüşünü kabul edenler için hakemlik münasebetine milliyet izafe eden unsur, o münasebetin vukubulduğu ve bilfarz hakemlik prosedürünün cereyan ettiği yer olamaz.Zira hakemliğin akdî mahiyette olduğunu düşünenler için hakemlik münasebeti mahal ve hudut tanımaz.Akitler hangi memlekette in'ikad ederlerse etsinler her yerde hüküm ifade ederler.Bunun için hakemlik münasebetine, bunun cereyan ettiği veya bilfarz hakem hükmünün verildiği mahal kanununun milliyetini izafe etmek anlamsızdır.

Bu sebepledir ki akit tezi taraftarları, hakemliğin cereyan ettiği yer kıstasına karşı hakemliğin otoritesi altında verildiği kanun hükmünü hakemliğe milliyet izafesi için destek almışlardır.Bunun neticesinde hakemlik bir memlekette cereyan ettiği halde akdîlik icabı(aynı memlekette) "yabancı" bir hakem kararı sayılabilmiş, aksine yabancı bir

(49)Bkz. 40 no'lu dip.

memlekette cereyan eylediği, hükme bağlandığı halde bir memleket kaza mercileri tarafından milli bir hakem kararı addolunabilmiş ve bu konuda mahkeme kararları sadır olmuştur(50).

Hukuk Genel Kurulumuzun, hakem kararlarına millilik veya yabancılık izafesi bahsinde memleketimiz müellifleri arasında çok taraftarı olan(51) "akdilik" tezinin kriterini benimsemiş bulunması bir tesadüf eseri değildir. Gerçekten Yargıtayımız Genel Kurul kararında, bir taraftan "otorite" kıstasını benimserken öte yandan hakem kararlarına milliyet izafesi yönünden bilerek ve isteyerek "mahal" kıstasını reddetmiş, bu suretle bu yönden olan Türk tezini açıklığa kavuşturmuştur.

7.11.1951 tarihli Genel Kurul kararının bu baktaki ifadesi aynen "...hakemlerin tabiyeti ve hakem kararlarının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilemezse de tahkimnamenin ve esas mukavelenin tabi olduğu kanun bakımından hakem kararının yabancılık vasfı minakaşa olunabileceği ve bir hakem kararı yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş ise, o kararın yabancı hakem kararı sayılabileceği" şeklindedir.

Yüksek mahkememizin, bu kararında kabul ettiği görüş,

(50)Koral R. Türk Hukukunda "Yabancı Hakem Kararı" Mefhumu ve YHGK.nun "Otorite Kanunu" Kriteri, sh.5 .

(51)Bkz.34 no'lu dip.

yani yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş olma kıstası, hakemlerin yabancı bir devlet usul kanununun tahkim için koymuş olduğu âmir hükümlere uyarak vermiş oldukları kararların yabancı olacağını ifade etmektedir.

Diğer taraftan, Yargıtayımız hakem kararlarına verdikleri yer bakımından yabancılık izafe edilemeyeceğini belirttikten sonra; tarafların seçtikleri ve kararın otoritesi altında verildiği kanunun, yabancılık vasfını tayin edeceğini belirtmekle yetinmemiş, tahkimnamenin ve esas mukavelenin tabi olduğu kanunun da bu konuda oynayabileceği tamamlayıcı role işaret etmiştir. Şöyle ki, taraflar tahkimin tabi olacağı kanunu serbest iradeleriyle seçerek açıkça tesbit etmemişlerse, ana sözleşmenin yani ihtilâfın sebebini ve konusunu teşkil eden aktin tabi olduğu kanun araştırılacak ve hakem kararının yabancı olup olmadığı buna göre ortaya çıkacaktır. Bu munzam kriter "otorite" kriterini teyid ve takviye etmekle Yargıtayın görüşünü daha belirli ve seçkin bir hale getirmektedir.

Hakem kararlarına yabancılık ve milliyet izafesi yönünden "otorite kanunu" kıstasını kabul ettikten sonra, şöyle bir soru akla gelebilir; acaba "otorite" ile ne kastedilir? Bir kanunun otoritesine tabi olmak, o kanunun tüm hükümlerinin uygulanmasını mı, yoksa sadece âmir hükümlerine bağlı kalınmasını mı, ifade eder? "Otorite" kelimesi, Fransızca "autorite" kelimesinden dilimize girmiş olup, "meşru kudret,

emretme yetkisi"ni ifade etmektedir. Türk hukuk lûgatı da otoriteyi, "hakimiyeti kullanma, emretme kudreti" olarak tanımlamaktadır. O halde, bir kanunun otoritesi altında karar vermek, o kanunun âmir, emredici hükümlerine uyularak karar vermek demektir. O kanunun tüm hükümlerine, özellikle tarafların serbest iradeleriyle aksini kararlaştırabilecekleri, vazgeçebilecekleri hükümlere uymak mecburiyeti yoktur; emredici hükümlerine uymak zorunludur.

Burada hemen akla şöyle bir soru daha gelebilir; acaba sadece usul kanunu veya bu kanunun tahkime ilişkin emredici hükümlerine uymak yeterli midir? Yoksa maddi hukukun emredici hükümlerine de uymak gerekli midir? ~~Yoksa maddi hukukun emredici hükümlerine de uymak gerekli midir?~~ Tahkimin tabii olduğu kanunun hem usul hukukunun hem de maddi hukukun emredici hükümlerine uygunluğunun araştırılması gerekir. Örneğin, Borçlar Kanununun 20. maddesine aykırı bir sözleşme geçersiz olacağı cihetle, bu sözleşmedeki tahkim şartı da geçersiz olacak ve bu şarta dayanan hakem kararının Yargıtayca bu yönden de incelemeye tabii tutulması gerekecektir.

Burada bir hususa da değinmekte yarar görüyoruz; taraflar aktin esaslı noktalarında anlaşmışlar fakat ikinci derecedeki noktalara bir açıklık getirmemişlerse ve bu sözleşmede tahkim şartı da bulunuyorsa, bu takdirde tahkim şartının akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce, tahkim şartını geçerli addetmek gerekir. Çünkü Borçlar Kanunumuzun 2. maddesine göre

bu tür akitler geçerlidir, geçerli bir akte dayanan tahkim şartı da geçerli olmak gerekir. Fakat taraflar, aktin ikinci derecedeki noktaları üzerinde ihtilâf halinde olurlarsa ne olacaktır? Yani bu sözleşmedeki tahkim şartına göre oluşum (veya oluşacak) hakem mahkemesi bu ihtilâfı da çözmeye yetkili midir? Burada şunu söyleyebiliriz; eğer taraflar sözleşmenin bu ikinci derecedeki kısmı (veya kısımları) olmasaydı sözleşmeyi yine yapacak idi iseler, bu takdirde bu sözleşmeyi bir bütün olarak ele almak gerekir. Yani aktin esaslı noktalarında anlaşan taraflar, bu noktada ihtilâfa düştüklerinde başvuracakları hakem, aktin ikinci derecedeki hususlarında çıkan (veya çıkacak) ihtilâfları da halledebilme lidir.

Taraflar, aralarında yaptıkları sözleşmeye bir de şart koymuşlar ve bu şart geçersiz ise, örneğin; 100 ton buğday satmayı kabul eden taraf, karşı tarafın 40 yaşından önce evlenmemesini şart koşuyorsa, bu sözleşmeye dayanan tahkim akti geçerli midir? Aktin geçerliliği aktin esasına uygulanacak hukuka göre tesbit edilecektir. Eğer akit geçerli ise tahkim şartı da geçerli olacaktır. Sözleşme geçerli olmakla birlikte sözleşmeye ilave edilen şart geçersiz ise, yani bu şartın geçersizliği sözleşmeyi tamamen geçersiz kılmıyorsa tahkim şartını yine geçerli addetmek gerekir.

Burada şöyle bir soru daha akla gelebilir; acaba hakem (veya hakemler) yetkilerini aldıkları hakem sözleşmesinin ve-

ya tahkim şartının geçerli olup olmadığını murakabe edebilirler mi? Buna olumlu cevap vermek gerekir. Hakem, önüne gelen bir ihtilâfı hallederken önce tarafların bunun için kendisine yetki verip vermediğini araştırmalıdır.

IV - YABANCI HAKEM KARARLARI VE HAKEM KARARLARININ MİLLİYETİ:

A - Genel Olarak:

Bir hakem kararının yerli, yani Türk veya yabancı olması niteliği ile onun milliyetini birbirlerinden ayırmak gerekir. Yerli olmayan karar yabancı karardır. Ancak çeşitli yabancı kararlar arasında bir ayırım yapmak gerektiğinde kararın milliyetini tesbit etmek sorunu ortaya çıkmaktadır.

B - New York Sözleşmesine Göre Yabancı Hakem Kararı:

New York sözleşmesinin I. maddesinin 1. bendine göre, kural olarak yabancı bir ülkede verilen kararlar yabancı hakem kararlarıdır. Ancak bu maddeye dayanılarak sözleşmenin "mahal kanunu" kriterini benimsediği sonucuna varılmamalıdır. Sözleşmenin V. maddesi irade serbestisi esasına öncelik vermiştir. Yani sözleşmenin temelinde irade serbestisi yatmaktadır. Burada akla şöyle bir soru gelebilir; sözleşme, tarafların irade-

sine ağırlık veriyse neden bunu I. maddede değil de V. maddede düzenlemiştir? Başka bir deyişle, I. madde neden "mahal kriteri" esasına tahsis edilmiştir? Bunu şöyle izah edebiliriz: Sözleşme taslak olarak ilk kaleme alındığında "mahal kriteri" benimsenerek hazırlanmıştır. Fakat sonradan Fransız ve Alman delegelerinin önerisi ile irade serbestisine özel ağırlık veren hüküm antlaşmaya girmiştir. Sonradan girmiş olan bu hüküm, I. madde olması için sözleşme metninin baştan sona yeniden kaleme alınması gerekli görülmemiş ve V. madde olarak düzenlenmiştir. Kaldı ki, sözleşmenin benimsediği esası madde numaralarından hareketle değil, sözleşmenin genel muhtevasından hareketle tesbit etmek gerekir.

Sözleşme, yabancı hakem kararının milliyetini düzenlememiştir, bunun sonucu olarak mütekabiliyet esası da sözleşmede yer almamıştır. Buna karşılık sözleşme, hakem kararı ile bir ülke arasında bağlantı aramaktadır(52). Bu bağlantı önce tarafların iradelerine göre kurulmuş olabilir. Taraflar belli bir ülkenin usul hükümlerinin uygulanmasını veya öngörülen özel usul hükümlerinin boşluk arzetmesi halinde belli bir ülkenin usul hükümlerinin uygulanmasını istemiş olabilirler. Yahut da hakem sözleşmesinde bir açıklık bulunmadığından hakemler kendiliklerinden belli bir ülkenin usul hükümlerini

(52)Çünkü New York sözleşmesi anasayonul ve suprnasyonul hakem kararlarını kabul etmemiştir.

uygulamış olabilirler. Bir ülke ile bağlantıyı taraflar uygulanacak usul hükümlerine göre sarahaten veya zımnen tayin etmemişlerse kararın verildiği yer ülkesi önem kazanmaktadır. Hiçbir ülke ile bağlantının taraflarca istenmediği hallerde ise doktrinde anasyonal denilen kararlar ortaya çıkmaktadır ki bunlar New York sözleşmesinin kapsamı dışında kalmaktadırlar(53).

C - Türk Hukukuna Göre Yabancı Hakem Kararı Ve Hakem Kararlarının Milliyeti:

Taraflar, hakem kararının milliyetini seçmede serbest midirler? Yoksa milliyeti, tarafların iradesinden başka etkileyen unsurlar var mıdır?

a) Prof. Dr. V. R. Seviğ, ilişkideki yabancılık unsurundan hareket ederek konuya yaklaşmaktadır. Seviğ'e göre, Türk hukukunda yabancılık unsuru (MÖHUK. md. 31 anlamındaki yabancılık unsuru), mahkemelerin yetkilerini tesis eden ikâmetgah, ifa, in'ikad ve ika mahallerinden birinin yabancı bir ülkede olması ve tarafların aralarındaki ihtilâf nedeniyle bu yer mahkemesine başvurmaları halinde sözkonusu olur. Taraflara böyle bir serbesti tanındığına göre, yani yabancı bir mahkemeye müracaat imkânı verildiğine göre, aynı şekilde yabancı bir hukuka tabi olan tahkime neden gidilmesin. Diğer bir deyişle, taraflar yabancı bir mahkemeye müracaat etmekle yabancı bir hukukun uygulanmasını sağlayabilmektedirler. Aynı yolu tahkim-

de niçin kapayalım. Seviğ'e göre, ikametgâh, ifa, in'ikad ve ika mahallerinden birinin yabancı bir ülkede olması halinde yabancılık unsuru kabul edilmeli ve tahkim yolu ile yabancı bir hukuk ihtilâfa uygulanabilmelidir. Yani tahkim bu halde yabancı bir hukuka tabi kılınabilmelidir(54).

Yabancılık unsuru niçin akla geldi? Türkiye'de bulunan taraflar yabancı bir hakem kararının verilmesini sağlayacak bir tahkim şartını kabul edebilirler mi?

Türk mevzuatında bu soruya açık bir cevap olacak bir hüküm ilk bakışta ortaya çıkmamaktadır. Kıyas yoluyla MÖHUK. md.31 uygulanabilir. Bu madde, tarafların yabancı bir mahkemeye yetki verebilmenin şartlarını gösterir. 31.maddede aranan şartlar; yer itibariyle yetkinin kamu düzeni ve münhasır yetkiye girmemesi, ilişkinin yabancılık unsuru taşıması ve uyumsuzluğun borç ilişkisinden doğmasıdır.

Burada akla hemen şöyle bir soru gelebilir; 31.maddede bahsedilen "yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluk" ile ne kastedilir? MÖHUK.1.maddede yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkiden sözedilmektedir. Bu iki kavram aynı mıdır?

İşte V.R.Seviğ'e göre, bu iki kavram aynı değildir. MÖHUK.1.maddede uygulanacak maddi hukuk bakımından yabancılık unsuru aranmaktadır(kişinin tabiyeti, malın bulunma yeri, zarar verici hareketin gerçekleştiği yer gibi). 31.madde-

(54)Seviğ V.R. 1985-86 öğretim yılına ait yüksek lisans(özel hukuk bölümü) ders notları.

de ise yetkili olacak mahkeme ve uygulayacağı usul hukuku bakımından yabancılık unsuru aranmaktadır.

Bir ilişkide yabancılık unsuru yoksa, hakemlik yine bir yabancı hukuka tabi kılınabilir mi? Bu soruya müsbet cevap vermek gerekir. Bu konuda MÖHUK.md.38 ile md.45 arasındaki farklara bakmak gerekir. 38.maddede yabancı mahkeme ilamının tenfizine engel olarak yetkinin bir Türk mahkemesine hasredilmiş olması durumundan sözedilmektedir. Buna karşılık 45.madde yabancı hakem kararlarının reddedilmesi konusunda böyle bir sınırlamaya temas etmemektedir. Bu nedenle md.45/c bendine göre hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün ise, yabancılık unsuru taşımasa bile hakemlik yabancı bir hukuka tabi kılınabilmelidir.

İç hukukta mahkemelerin yetkisi HUMK.md.9 vd.eden maddelerinde düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle, bu maddeler dairesinde yetkili Türk yargıcı vardır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ise, MÖHUK.md.27'nin iç hukuka yaptığı atıf gereğince yine aynı esaslara tabidir. MÖHUK.md.27'ye göre, "Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder".

Şimdi şöyle bir soru sorulabilir; hangi durumlarda Türk yargıcının yetkisi kaldırılabilir? Bu sorunun cevabı önemlidir. Zira, Türk yargıcının yetkisinin kaldırılabileceği hallerde tahkime gidilebilecektir.

HUMK.md.22 yetki sözleşmelerinden bahsetmektedir. Bu maddeye göre, âme intizamına girmeyen hususlarda, taraflar anlaşarak bir başka mahal mahkemesini yetkili kılabilirler.

HUMK.md.22'ye rağmen MÖHUK.md.31 hükmü niçin konmuştur? Her iki madde de yetki anlaşmasından bahsetmektedir. Fakat aralarında bir fark vardır. Şöyle ki, MÖHUK.md.31 "yabancılık unsuru"ndan ve "borç ilişkileri"nden söz etmektedir. Bu maddeye göre yetki anlaşmaları, sadece yabancılık unsuru taşıyan borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda yapılabilir. Buradan şu sonuca varılabilir; MÖHUK.md.31'e göre yetki anlaşmasının yapılabildiği hallerde tahkimde gidilebilir. Yani, yer itibarıyla yetkinin kamu düzeni ve münhasır yetki~~me~~ esasına göre tayin edilmediği hallerde tahkime gidilebilir.

Burada bir hususa işaret etmek gerekmektedir; acaba MÖHUK.38. maddesi (b) bendindeki münhasır yetki sınırlaması, yabancı hakem kararlarının tenfizinde de uygulanacak mıdır? 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un II. bölümü "yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi ve tanınması"na ayrılmıştır. Her ne kadar yabancı mahkeme ve hakem kararları aynı ana başlık altında yer alıyor ise de, kanunda bunlar ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

MÖHUK.md.38 (b) bendine göre, bir yabancı mahkeme ilâmının tenfiz edilebilmesi için bu ilâmın, Türk mahkemeleri-

nin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekir.

38/b 'deki bu sınırlama kanaatimizce, yabancı hakem kararlarının tenfizinde uygulanmamalıdır.Çünkü, yabancı hakem kararlarının tenfizi isteminin red sebepleri md.45'de dokuz bend halinde sayılmıştır.Bunlar arasında münhasır yetki sınırlaması bulunmamaktadır.Burada, "yabancı hakem kararlarının tenfizine" münhasır yetki sınırlamasını, kanun koyucunun, bilerek getirmediği kabul edilmelidir.Yani burada bir kanun boşluğu bulunmamaktadır.Bunun böyle olduğu MÖHUK.md.44 son fıkradan da anlaşılmaktadır.Anılan hükmün yaptığı atıf gereğince; yabancı ilâmların tenfiz prosedürünü düzenleyen hükümlerden 38/a,39,40,41.maddeler kıyasen yabancı hakem kararlarının tenfizinde de uygulanır.Görüldüğü üzere 38/b'deki münhasır yetki sınırlaması 44/son'da yapılan atıf hükümleri içinde bulunmamaktadır.

Eğer kanun koyucu münhasır yetki sınırlamasını yabancı hakem kararlarının tenfizine de getirmek isteseydi, ya md.45'de sayılan red sebepleri arasında bunu da zikrederdi,ya da md.44/son'da yapılan atıf nedeniyle, kıyas yoluyla uygulanacak hükümler arasında md.38/b hükmünü de sayardı.

Yabancı hakem kararlarının tenfizinin sözkonusu olduğu hallerde MÖHUK.md.45'de sayılan dokuz bend ile, md.44/son'daki atıf hükümleri yeterli kontrolü sağlamaktadır.Ayrıca münhasır yetki sınırlamasının uygulanması gereksizdir.MÖHUK.md.

38 (b) bendinin nazara alınmamasından dolayı doğabilecek sakinçalar, md.45/b'deki kamu düzeni sınırlaması ile bertaraf edilebilir(55).

2675 sayılı kanunun kabulüne kadar Türk mevzuatında yabancı hakem kararlarını düzenleyen özel hükümler mevcut olmadığından, hakem kararlarının milliyetini tayin ettiği kabul olunan bağlama kaidelerini, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce ve sonra olmak üzere iki safhada incelemek uygun olur.

(55)Kamu düzeni kavramı, münhasır yetki kavramından daha geniş bir kavramdır.Münhasır yetki kamu düzenindedir.Fakat kamu düzeni münhasır yetki olmayabilir.Bir örnek verecek olursak;T.T.K.nun 119. maddesinin son fıkrasına göre, acentenin müşterilerle yapmış olduğu akitler konusunda davanın acenteye karşı açılmayacağını tazammun eden şart hükümsüzdür(yetki şartı olsa bile).Bu bir kamu düzenidir.Münhasır yetki değildir.Çünkü davanın açılacağı mahkemeyi tesbit için yetki anlaşması yapılabilmektedir.

Benzer bir hüküm de iş mahkemeleri kanunu md.5'de bulunmaktadır.

2) Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un(56) Kabulünden Önce Türk Hukukunda Yabancı Hakem Kararı Ve Hakem Kararının Milliyeti:

2675 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce de,halen olduğu gibi, hakem kararlarının milliyetini tayinde aslolan bağlama kaidesini tesbit eden bir kanun hükmü bulunmuyordu.

1949 yılına kadar, Türk kazaf içtihatlarında, ilmi içtihatlarda benimsenen görüşlere uygun olarak hakem kararlarının akdi nitelik taşıdığı, bu bakımdan tıpkı sözleşmeler gibi geçerliliklerinin mahal ve sınır tanımadığı, her yerde hüküm ifade edecekleri kabul olunmuştur.

Türk kanunlarında sözleşmeler hakkında tatbik edilmek üzere irade muhtariyeti prensibi kabul edilmiştir. Borçlar Kanununa göre, "bir aktin mevzuu kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir"(md.19). Bu maddenin verdiği selahiyet üzerine taraflar Türk hudutları içinde bir sözleşme akdetseler, Türk kanunlarının emredici hükümlerine riayet etmek şartıyla, akitlerini istedikleri kanun hükümlerine tabi olacağını serbestçe kararlaştırabilirler. Böyle bir sözleşmeden, taraflar arasında herhangi bir ihtilâf doğacak olursa Türk mahkemeleri yukarıdaki şartlar dairesinde taraf-

(56)MÖHUK.(RG. 22 Mayıs 1982 - 17701) 20.Mayıs.1982 tarihinde kabul edilmiş ve 47.md. gereğince de yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.

ların serbest iradelerine göre yabancı bir kanun hükümlerini tatbik etmek kanuni vecibesi ile karşılaşır(57).

Hakemliği hususi ve akdi mahiyette kabul ettikten sonra acaba Borçlar Kanunumuzun 19.maddesi hükmü, memleketimizde yabancı kanun ve usullere teb'an bir hakemliğin cereyanına mani olur mu?Hemen belirtelim ki, hakemlerin bir ihtilâfı hallederken, yabancı bir prosedür takip etmeleri hali hariç esas bakımından yabancı bir kanunun hükümlerini tatbik etmeleri ve yabancı hükümlerden faydalanarak tarafların uyumsuzluğunu hal ve bertaraf etmeleri keyfiyetine Türk mevzuatı ve özellikle 19.madde hükmü bakımından bir mani görmüyoruz.Çünkü Türk hukukuna göre taraflar tahkime başvurmakla sadece başka bir hakim değil adeta başka bir adaletle de başvurmuş sayılırlar.Türk hakimi herşeyden evvel Türk kanunu tatbikle mükelleftir.Hakim, kanaatine aykırı olsa bile kanunu daima nazara alması ve ona göre hükmetmesi lâzımdır.Halbuki Usul Kanunumuz hakemlere, kanuna aykırı olsa dahi vicdanlarına ve hakkaniyete teb'an hükmetmek yetkisini tanır.Şu hale nazaran Türkiye'de cereyan eden bir hakem prosedüründe hakemlerin kendilerine tevdi olunan bir ihtilâfı esas bakımından yabancı bir kanunun emredici ve tamamlayıcı hükümlerini tatbik etmek suretiyle halletmeleri Türk mevzuatına aykırı sayılmamak lâzımdır.

(57)Koral R. Türk Devletler Hususi Hukukunda Hakemlik, sh.467-

1949 yılına kadar Türk kazâf içtihatlarında, ilmî içtihatlarda benimsenen görüşlere uygun olarak hakem kararlarının akdî nitelik taşıdığı, bu bakımdan tıpkı sözleşmeler gibi geçerliliklerinin mahal ve sınır tanımadığı her yerde hüküm ifade edeceklerinin kabul olunduğunu daha önce belirtmiştik. Bu içtihat açısından hakem kararlarının yerli ve yabancı olarak tefrikine ve kararın bu vasfının tesbitine imkân veren bir bağlama kaidesinin vaz'edilmesine ihtiyaç olmadığı aşikârdır. Nitekim bu devrede yabancı unsuru ihtiva etsin veya etmesin, bütün hakem kararlarının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 536. maddesine göre infaz olunacağına içtihat edildiği görülür(58).

Buna mukabil 1949 yılından itibaren Yargıtay, infazları bakımından yerli hakem kararları ile yabancı hakem kararları arasında bir tefrik yaparak yabancı hakem kararlarının, yabancı mahkeme ilamlarının icrasına mahsus hükümler dairesinde tenfiz olunabileceğine hükmetmiştir. Bu içtihat değişikliğinden itibaren Türk hukukunda yabancı hakem kararlarını,

(58)Konuyla ilgili Yargıtay kararlarından bazıları şunlardır:

Yargıtay icra iflas dairesinin 28.6.1948 tarih ve E.2614 ve K.2931 sayılı kararı. Yine Yargıtay ticaret dairesinin 27.IV.1948 tarih E.4777 ve K.2020 sayılı kararı. Keza Yargıtay ticaret dairesinin 13.IV.1944 tarih ve 1604/42 sayılı kararı (Kalpsüz T., Batider sh.610 vd.).

yerli hakem kararlarından ayıran kriterin tesbiti önem kazanmış ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.XI.1951 tarihli kararında, hakem kararlarının milliyetini tayinde aslolan bağlama kaidesi, "kararın otoritesi altında verilmiş olduğu kanun" olarak belirlenmiştir. Hakem kararının yabancılığını tesis eden unsur hakkında akit teorisinin vasıl olduğu sonuca uygun olan bu esas, "hakem önündeki usulün, iradenin muhtariyeti prensibine istinaden taraflarca belli bir kanuna tabi tutulmasını" ifade eder.

Hakem önündeki usulün kendisine ittibaen cereyan edeceği kanun yani usul hukuku, tahkime konu teşkil eden ihtilâfın hallinde esas alınan kanundan yani maddi hukuktan farklıdır. Maddi hukuk hakem kararının milliyetini tayinde rol oynamaz. Buna göre hakem kararının bir kanunun otoritesi altında verilmiş olmasından maksat, hakem kararının bir devlet usul kanununun uygulanması suretiyle verilmiş olmasıdır.

1976 yılına kadar Yargıtay hakem kararlarının milliyetini tayinde "kararın otoritesi altında verilmiş olduğu kanun" kriterine sadık kalmıştır.

Bu esas, Yargıtay 15.Hukuk Dairesinin 10.3.1976 tarih E.75/1617 ve K.76/1052 sayılı kararıyla terkedilmiştir. Hakem sözleşmesinin hukuki niteliğini açıklamak üzere ileri sürülen kaza teorisinin, hakem kararlarının tenfizi konusunda vasıl olduğu "mülklik prensibine" uygun olarak, anılan kararda, hakem kararlarının yargısal nitelikte olduğu, onların

denetlenmesinin Yargıtayın yargısal tasarrufu alanına girdiği, yargısal tasarrufun ise ülke sınırları ile tahdit edilmiş olduğu, İsviçre'de toplanan orada yargılama ve inceleme yapan hakemlerin verdikleri kararın Yargıtayın devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetimine tabi tutulamayacağı ileri sürülerek "toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararı yabancı hakem kararı olarak nitелеmek gerektiği" tesbit olunmuştur(59).

Üzerine tepkiler çeken ve birçok müellifin eleştirilerine yol açan bu karar ile Yargıtay, hakem kararlarının milliyetini tayinde, "kararın verildiği yer kanunu"nu esas almış bulunmaktadır. Bu bağlama kaidesi, daha önce benimsenmiş ve uzun yıllar uygulanmış olan bağlama kaidesinin zıddını teşkil eder.

Ancak anılan kararın verilmesini müteakip bu kez Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 28.12.1978 tarihinde oy birliği ile ittihaz ettiği E.78/5258 ve K.78/5916 bir kararında, "kararın otoritesi altında verilmiş olduğu kanun" esasını teyit edilmiştir. Bu kararın hüküm fıkrasında aynen:

"2-Sözleşmedeki(tahkim şartı) uyarınca hakem kurulu

Londra'da oluşturulmuştur ve hakemler de yabancıdır.

Kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre hakemlerin tabi-

(59)Kalpsüz T. II.Tahkim Haftası, sh.44 .

yeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilemez ise de, davada dayanılan hakem kararı, yabancı bir kanunun (İngiliz kanunu) otoritesi altında verilmiş ve Türk kanunlarına atıf yapılmamış bulunduğundan yabancı bir hakem kararı olduğunu kabul zorunludur" denilmektedir.

Bu suretle 11.Hukuk Dairesi ile 15.Hukuk Dairesi arasında bir karar farklılığı ortaya çıkmıştır. Fakat 1976 tarihli 15.HD'nin kararı istisna edilecek olursa, genel olarak Yargıtayımızın akit teorisinden kaynaklanan "irade muhtariyeti prensibi"ni kabul ettiğini ve bunun sonucu olarak da hakem kararının milliyetini tayinde "otorite kanunu" esasını benimsediğini söyleyebiliriz.

ca) Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre, Yabancı Hakem Kararı Ve Hakem Kararının Milliyeti:

2675 sayılı kanun bir hakem kararının ne zaman yabancı karar sayılarak yabancı hakem kararlarının tenfizi hakkındaki hükümlere tabi olacağını açıklığa kavuşturmamıştır. Yabancı hakem kararlarının milliyetini belirlemeye yarayan bir tarif de kanunda yoktur. Aynı şekilde Cenevre ve New York sözleşmelerinde de yabancı hakem kararının tarifi yoktur. New York sözleşmesindeki "kararın verildiği yer" kıstası sadece

sözleşmenin uygulama alanını tesbit bakımından benimsenmiştir.

2675 sayılı kanun genel olarak "yabancı hakem kararı"ni değil, sadece onların "tenfizi"ni düzenlemiştir. Diğer bir ifade ile yalnız tenfiz bakımından yabancı hakem kararları ile meşgul olmuştur. Kanun, yabancı hakem kararlarının tenfizi şartlarını düzenlerken "45/i, g, f" bentlerinde New York sözleşmesindeki benzer bazı yardımcı kıstaslar vermektedir. Fakat kanunun sistematik tefsirinden elde edilen bu ip uçları sadece tenfizde yabancı hakem kararlarının ifade ettiği manaya inhisar eder. Bu bakımdan 2675 sayılı kanunun konumuz açısından incelenmesine ihtiyaç olduğu kanısındayız. Çünkü sonuçta 2675 sayılı kanunun hakem kararlarının milliyetini tayinde iradenin muhtariyeti prensibine dayanan bağlama kaidesine ağırlık verdiği tesbit edilirse, devletler hususi hukuku sahasında benimsenen, bir aktin tabi olduğu kanun hangisi ise, onun hüküm ve sonuçlarının da aynı kanuna göre tayin edileceği esasına - tek kanun sistemi - tevfikan bu bağlama kaidesinin, tenfiz dışında kalan meselelerde de, yani umumi olarak hakem kararının milliyetini tayin edeceği ortaya çıkar.

MÖHUK.44.maddesinin son fıkrasının aynı kanunun 38.maddesinin (a) fıkrasına yaptığı atıf dolayısıyla hakem kararlarının tenfizinde de (mankeme kararlarında olduğu gibi) müteakabiliyet esası benimsenmiştir.

Bilindiği üzere mütakabiliyet şartı, hakem kararlarının infazında kaza teorisinin vasıl olduğu sonuca uygundur. Zira akitler her yerde geçerli ve kabili icra olduğundan akit teorisi noktai nazarından mütakabiliyet şartının aranmasına lüzum ve mesâğ yoktur(60).Koral, hakem kararlarının tenfizinde mütakabiliyet şartının aranmasının doğru olmadığını belirterek şöyle demektedir; "Hatta hakemlik akte dayanan bir müessese olduğuna göre, aslında bunun 'milli' veya 'yabancı' diye vasıflandırılmasının bile tamamiyle isabetli olmadığını hatırlatmak isteriz.Anlaşmaların her memlekette mer'i ve muteber oldukları ve hudut tanımadıkları cihetle aslında bunların milliyetinin bahis konusu olamayacağını daima tekrarlamak isteriz"(61).

Aynı şekilde F.E.Klein şöyle demektedir; "alelade kimselerin iradelerinin mahsulü olarak tahkimin tanınması mütakabiliyet esasına tabi kılınamaz.Bu işin mahiyetinden neş'et eden bir husustur"(62).

2675 sayılı kanunun mahkemenin tenfiz talebini reddi ile ilgili 45.maddesinde, tahkim sözleşmesi veya şartının hükümsüzlüğüne, hakemlerin seçimi veya uyguladıkları usulün

(60)Kalpsüz T. age.,sh.46-47 .

(61)Koral R. Hakemliğin Milliyeti, Hıfzı Timur'a armağandan ayrı bası, sh.446-447 .

(62)Kalpsüz T. age.,sh.47, dip.23'ten naklen .

hukuka aykırılığına ve hakem kararının kesinleşmemiş yahut icra kabiliyetini kazanmamış olduğuna dair itirazların, mahkemece "tahkimin tabi bulunduğu kanun"a, bu konuda bir anlaşma yoksa "hakem kararının verildiği yer hukuku"na göre değerlendirileceği hükme bağlanmıştır. Demek oluyor ki, 2675 sayılı kanuna göre tenfiz talebinin kabul veya reddinde rol oynayan unsur, öncelikle "tahkimin tabi kılındığı kanun"dur. O halde bu konuda kanun, akit teorisini kaza teorisine tercih etmiş bulunmaktadır. Hakem kararının kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış olduğuna dair itirazlarda dahi hakem kararının tabi olduğu kanun ile verildiği yer hukuku, azami yek diğerinin alternatifi olarak nazara alınacaktır. 45.maddenin (f) ve (g) bentlerinin kaleme alınış tarzından, hükmün verildiği yer hukukunun iradenin serbestisi prensibine göre kararın milliyetini tayin etmenin mümkün olmadığı ahvalde, kararı tabiyetsiz olmaktan kurtararak belli bir mahalle bağlamak endişesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak denilebilir ki, 2675 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"da yabancı hakem kararı tarif edilmemiş olmakla beraber kanun hükümlerinin sistematik tefsirinden, hakem kararının milliyetini tayinde akit teorisinin sonucu olan iradenin muhtariyeti prensibine ağırlık verildiği kabul edilmektedir. Bu açıdan tenfiz şartları arasında "mütekabiliyet" esasına yer verilmiş olması isabetli değildir.

Konumuz bakımından önemli olan bir hususu daha belirtmek gerekir; bildiğimiz gibi bizim MÖHUK. 1958 tarihli New-York sözleşmesine tam olarak sadık kalmamıştır. Müttekabiliyet şartının aranmasından bahsederken buna değinmiştik. MÖHUK. ile New York sözleşmesi arasındaki önemli farklardan birisi de yabancı hakem kararının "kesin hüküm" olma niteliğine ilişkindir. MÖHUK. md. 43 "kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış" yabancı hakem kararlarından bahsetmek suretiyle kesinleşmeyi tenfiz için tek başına yeterli görmemekte, ayrıca yabancı hakem kararının icra kabiliyetini de aramaktadır. Oysa New York sözleşmesi "icra kabiliyeti"nden veya "kesinleşme"den söz etmemekte, sadece yabancı hakem kararının tarafları bağlayıcı olmasını veya yetkili merci tarafından iptal edilmemiş, yahut askıya alınmamış olmasını aramaktadır (md. V/1-e).

V - TÜRK HAKEM KARARI:

Yukarıdaki açıklamalarımızda, "Türk hukukuna göre yabancı hakem kararı ve hakem kararlarının milliyeti"ni tesbitte çalışırken ikili bir ayırımı gitmiştik ve 2675 sayılı kandan önce ve sonra Türk hukukundaki durum hakkında bilgi vermeye çalışmıştık. Ve buradan şu sonuca varmıştık; hakem kararlarının milliyeti "tarafların serbest iradeleri ile tahkim usulünü tabi kıldıkları kanun"a göre tesbit olunur. Bu esastan hareketle "Türk hakem kararı" tahkim usulüne Türk ka-

nununun uygulanması suretiyle verilmiş olan kararlardır şeklinde tarif olunabilir.

Bununla kastedilen husus, tahkim usulünün taraflarca Türk kanununa tabi kılınmış olması veya tarafların tatbik olunacak usul hukukunu tayin yetkisini hakemlere bırakmaları yahut bu hususta aralarında herhangi bir anlaşma bulunmaması halinde hakemlerce tahkim usulüne Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırılması ve fiilen Türk usul hukukuna göre karar verilmiş olmasıdır.

1951 tarihli YHGK. kararında, hakem kararlarının milliyetinin tayininde benimsenen "bir kanunun otoritesi altında verilmiş olma" kıstasından hareketle Türk hukukunda uzun süre "Türk kanununun amir hükümlerine uyulmak suretiyle verilmiş kararlar"ın "Türk hakem kararları" olduğu ifade edilmiştir.

Başlangıçta bir hakem kararının Türk hakem kararı sayılabilmesi için sadece "Türk usul hukuku"nun değil, aynı zamanda "Türk maddi hukuku"nun amir hükümlerine de uygun olması gerektiği fikri müdafaa olunmuştur(63).

Daha sonra bir kararın Türk hakem kararı vasfını iktisap edebilmesi için tahkim usulünün Türk kanununa tabi olması gerektiği göz önüne alınmış ve "Türk usul hukukunun amir

(63)Kuru B.Tahkim, IV.Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1966, sh.482 .Okçuoğlu Y. 1976 tarihli kararın muhalefet şerhi, no:5 .

hükümlerine riayet etmek suretiyle karar verilmesi" yeterli görülmüştür(64).

Nihayet bütün usul hukuku sahasına şamil olan bu ölçü dahi bazı yazarlarca geniş bulunarak,"usul kanununun tahkim için koymuş olduğu amir hükümler"e veya diğer bir ifade ile "Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin amir hükümlerine uygunluk" şeklinde daraltılmıştır.

Diğer yandan kararın Türk kanununun otoritesi altında ittihaz edilmiş sayılabilmesi için, mutlaka amir hükümlere uyularak verilmiş olması gerekip gerekmediği meselesini Koral şöyle açıklamaktadır: "...bir hakem kararının şu veya bu sebeple kamu nizamına aykırı oluşu veya bu nizamın aykırı bir unsuru kapsayışı o hakem kararının yabancı sayılması için bir sebep değildir. Eğer şartları mevcutsa, o karar yine Türk hakem kararı gibi icra edilmek üzere kabul edilir; ancak şu veya bu sebeple kamu nizamına aykırı olduğu için tasdik talebi reddedilir. Hülasa kamu düzenine aykırılık düşüncesi, aslında milli sayılan bir hakem kararının yabancı sayılması için bir sebep teşkil etmez"(65).

Türk usul hukukunun tefsiri hükümlerinden ayrılmış olması, kararın Türk hakem kararı sayılmasına engel teşkil etmez.

(64)Kalpsüz T. Batider, sh.619 vd.Göğür E. Devletler Hususi Hukuku 1977, sh.392 .

(65)Koral R. age.,sh.469 .

Yine Koral'a göre, "sırf tevdi veya tasdik hakemliğe milliyet veya yabancılik izafe eden bir unsur değildir"(66).Türk usul hukukunun tefsiri hükümlerinden, taraflar arasındaki anlaşmada özel düzenlemelere yer verilerek ayrılmış olmakla, daha önceden hazırlanmış olan bir metne atıfta bulunmak suretiyle ayrılmak arasında bir fark yoktur.Bu yüzden taraflar arasında akdedilmiş tahkim mukavelesinde bilfarz milletlerarası ticaret odasının uzlaştırma ve tahkim hükümlerine atıfta bulunulması ve filvaki Türk hukukuna göre düzenlemeleri tarafların serbest iradesine bırakılmış olan hususlarda anılan hükümlerin uygulanması hakem kararını, Türk hakem kararı olmaktan çıkaramaz(67).

Türk hukukunda hakem kararının Türk hakem kararı sayılabilmesi için tahkim usulünün tarafların iradesi ile Türk usul hukukuna tabi kılınması ve gerçekten buna göre karar verilmesi yeterli olup, tarafların veya hakemlerin yahut üçüncü hakemin tabiiyeti, tahkim mukavelesinin akdedildiği veya hakemlerin toplandığı yahut hakem kararının tefhim, tebliğ veya tevdi olunduğu yer kararın vasfı üzerinde herhangi bir rol oynamaz(68).

(66)Koral R. age.,sh.468 .

(67)Kalpsüz T. II.Tahkim Haftası, sh.51 .

(68)YHGK.1951 tarihli kararında;"Hakemin tabiiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılik vasfı izafe edilemezse de..."demektedir.

Keza taraflar arasındaki ihtilâfa konu teşkil eden hukuki münasebete uygulanan maddi hukuk da, hakem heyeti, tıpkı devlet mahkemeleri gibi, ihtilâfı usuli bir muamele olarak kararın tabi olacağı hukuktan başka bir hukuka göre halletmeye mezun olduğundan, önemi haiz değildir. Bu yüzden taraflar arasındaki ihtilâf, bir yabancı devlet maddi hukukuna göre çözümlenmiş olsa dahi, tahkim usulü Türk kanununa tabi kılınmış ise verilen karar, Türk hakem kararıdır.

Bunun gibi bir Türk mahkemesinin herhangi bir sebepten ihtilâfı görmeye yetkili bulunması da, hakem kararının Türk hakem kararı sayılmasını icap ettirmez. Ezcümle ihtilâfın tarafları Türkiye dışında mukim oldukları ve yabancı usul hukuku veya maddi hukukunun uygulanmasını kararlaştırdıkları halde, muvazaalı şeylerin veya mal varlığının Türkiye'de bulunması sebebiyle Türk mahkemelerinin yetkili olması, kararın Türk hakem kararı vasfını iktisap etmesi için yeterli değildir.

Bir hakem kararı hem Türk usul hukukunun, hem yabancı bir usul hukukunun âmir hükümlerine uygun düşecek bir tarafa ittihaz olunmuşsa, bu takdirde yine ortada bir Türk hakem kararının varlığından söz edilecek midir? Kalpsüz'e göre (69), "ihtilâfa Türk hukukunun uygulanmasının kararlaştırılmış olup olmadığını veya Türk kanunlarına atıf yapılmış bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. İradenin muhtariyeti prensibine göre ta-

raflar, hakem önündeki usulün Türk kanunlarına tabi olacağını kararlaştırmışlar veya organize tahkimde hakemlerin hazırlayıp tarafların imzaladıkları-görev belgesi-nde Türk hukukuna atıf yapılmış yahut ad hoc tahkimde kendilerine hakem huzurunda uygulanacak usulü tayin yetkisi verilen hakemler, Türk hukuk muhakemeleri usulünün uygulanacağını tensip etmiş iseler, izlenen usul aynı zamanda bir yabancı usul hukukunun icaplarına uygun olsa dahi, karar "Türk hakem kararı" vasfını taşır.

Yabancı bir unsuru havi tahkimde ittihaz olunan karar, hangi devlet usul hukukunun uygulanması suretiyle verildiği açıklanmamış olmakla beraber, Türk usul hukuku hükümlerine uygun ise, onun doğrudan doğruya bir "Türk hakem kararı" vasfını taşıdığı söylenemez. Böyle bir halde kararın, tarafların serbest iradeleri ile Türk kanununun otoritesine tabi kılınmış olup olmadığını araştırmak gerekir. Tarafların iradesi ile, uygulanan hukuk arasında bir bağ kurulamıyorsa, akit teorisinden hareketle karara "Türk hakem kararı" vasfının izafe edilmesi mümkün değildir(70).

Bu takdirde 2675 sayılı kanunun getirdiği yeni düzen nazara alınarak Türk mevzuatı açısından kararın milliyetinin, verildiği yer esasına göre taayyün edeceği kabul olunabilir.

Türkiye'de icra veya tenfiz olunması talep edilen bir karar, ya Türk kanununa tebaen verilmiştir veya başka bir ka-

(70) Kalpsüz T. age., sh.53 .

nuna tebaen verilmiştir. Aslında yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmiş bir kararın Türkiye'de usulü dairesinde tenfizine hükmedilmesi, o kararı "yabancı hakem kararı" olmaktan çıkarıp "Türk hakem kararı" haline getirmez. Diğer bir ifade ile hakem kararlarının tasdik olunarak veya tenfiz kararı verilerek bir devlet ülkesinde icra yahut infaz edilebilir hale gelmesinin, onların milliyeti üzerine bir tesiri olmadığı tahkim hukukunda kabul edilmektedir.

Tarafların sarih veya zımni iradelerinden hangi devlet usul hukukuna göre ittihaz oldukları tesbit edilemeyen ~~Yüksek~~ Türkiye'de verilmiş kararlar, iradenin muhtariyeti prensibinden hareketle tabi kılındıkları usul hükümlerinin tesbiti mümkün olmadığından, 2675 sayılı kanunun benimsediği sisteme göre "verildikleri yer" esasına nazaran Türk kanunlarına tabi olurlar. Daha açık bir ifade ile böyle bir halde hakem kararının kesinleşip kesinleşmediği veya icra kabiliyetini kazanıp kazanmadığı, hakemlerin seçiminin, tahkim sözleşmesi veya şartının geçerli ve hakemlerin uyguladıkları hukukun âmir hükümlere aykırı olup olmadığı, Türk kanunlarına göre tayyün eder(71).

VI - MİLLETLERARASI HAKEM KARARI KAVRAMI:

Hakemlikte dikkatlerden uzakta tutulmaması gereken cihet

(71) Kalpsüz T. age., sh.53 .

bunun menşe itibariyle ister maddi ister usulî mahiyette telâk-ki edilsin akâf bir münasebete dayandığı, iki tarafa akdî esaslar dairesinde haklar ve vecibeler yüklediği, netice olarak da hakemliğe ilmen "milliyet" izafe edilmesinin doğru olmadığı keyfiyettir. Bu cihet her vesile ile tekrar edilmiş, nasıl ki diğer milletlerarası hukuka tabi akitler için, "bu bir Fransız alım satımıdır veya İtalyan yahut da Türk nakliye mukavelesi veya Alman sigorta aktidir" denmemiş ise aynı şekilde hakemlikle ilgili mukaveleler ve bu mukavelelere dayanılarak verilen hakem kararları için, "bunlar şu veya bu millete mensup hukuki muamelelerdir" denmesinin doğru olmadığı, çünkü bunların tarafsız hukuki işlemler olduğu öne sürülmüştür(72).

Hakem kararlarına milliyet izafesi , ikinci bir bakımdan doğru görülmemiştir. Meselâ, Türk kanununun otoritesi altında verilen bir hakem kararının Türkiye'ye göre "milli" olduğu söylenebilir. Bu aynı karar diğer bütün memleketlere göre "yabancı"dır. Tersine Fransız kanununun otoritesi altında verilmiş bir hakem kararı bize göre "yabancı" fakat Fransa'ya göre "milli" bir hakem kararıdır. Şu hale göre bu yönden de millilik ve yabancılık terimleri izafi terimler olduğu ve mutlak hakikati belirtmekten uzak kaldıkları öne sürülmektedir(73).

(72)Koral R. Yabancı Kanunlara Tebaen Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası, İHFM., C.XVII, 1951 sh.185 .

(73)Koral R. age., sh.35 .

Hakemliğin irade kanununa değil mahal kanununa tabi olduğunu kabul eden kritere göre de, aynı şekilde, hakem kararı (yabancı) teriminden, şahıslar için olduğu gibi yabancı bir milletin vatandaşı anlamına gelen bir hakem kararı değil, yabancı bir memleket arazisinde verilen hakem kararı mefhumunun ifade edildiğini açıklamak neticede bu teorinin de hakem kararına milliyet izafesine yönelik bir teori olmadığı ortaya çıkar(74).

Bugünkü cereyanlar hakemliği milli-yabancı kriter yerine milli-milletlerarası kritere göre ayırmayı daha doğru bulmaktadır. Gerçekten konu derinleştikçe milli-yabancı kritere göre ayırım yapmanın sakıncaları daha kolaylıkla gözlenebilir.

Hakem kararlarının milliyetini tayin hususunda öne sürülen düşünceler, her memlekette aynı kriterin mevcut olduğu esassından hareket edilerek yapılmış bulunmaktadır. Bazen her hukuk sistemine göre yabancı hakem kararlarını teşhis için kullanılan kriterler farklı olabilir, meselâ bir memlekette iradenin muhtariyeti kriterinin tatbiki neticesi milli telâkki edilen (bilfarz Türk hakem kararı sayılan) bir hakem kararının, diğer memlekette mahal kriterinin tatbiki neticesi o memleketin (bilfarz İsviçre'nin) hakem kararı telâkki olunabilir. Şu hale göre yani farklı kriterlerin tatbiki dolayısıyla aynı hakemlik bir memlekette bir, diğer memlekette başka bir milliyete tabi sayılabilir. Hatta işi birden fazla (çeşitli) memleketlerin hukuk

(74)Koral R. II.Tahkim Haftası, sh.23-24 .

sistemine göre telâkki ettiğimiz takdirde aynı hakem kararının birden fazla milliyete tabi tutulduğuna ve bazen tersine, aynı hakem kararının hiçbir millete izafe edilmemesi dolayısıyla adeta vatansız olduğuna rastlayabiliriz.

Hakemliğin milli-yabancı kritere göre ayırma tabi tutulmasına karşı ileri sürülebilen son bir sakınca da yabancı tabiri esas alınarak ayırdedilen hakem kararlarının yabancı-milli kararlar mı, yoksa yabancı-milletlerarası kararlar mı olduğu hususunun ayrıca açıklanmaya muhtaç bulunduğu keyfiyetidir.

Gerçekten eğer bir hakemliğin bütün unsurları tek bir hukuk nizamına tabi ise meselâ, Fransada ikametgâhı bulunan iki Fransız arasında, Fransa'da akdedilen bir alım satımdan dolayı Fransız hakem mahkemesinin Fransız usul hükümlerine göre verdiği bir kararın Türkiye'de tenfizi bahis konusu olursa bu durumda yabancı-milli bir hakem kararı karşısında bulunduğumuz söylenmektedir.

Bunun aksine eğer bir hakemlikte o hakemliği husule getiren unsurlar kısmen veya tamamen ayrı ayrı hukuk nizamlarına tabi iseler bu takdirde yabancı-milli bir hakemlik münasebeti değil, yabancı-milletlerarası bir hakemlik karşısında olduğumuzu söyleyebiliriz.

Meselâ bu görüşü müdafaa edenlere göre İtalya'da akdedilen bir alım satım akti dolayısıyla Türkiye'de bir İsviçre'li tacir ile bir Fransız taciri arasında cereyan eden ve

esas mukavelesi İtalyan kanununa tabi, başkanı İsveç'li olan bir hakem mahkemesi huzurunda cereyan eden bir hakemlik için bunun muayyen bir millete tabi bir hakemlik olduğu söylenemediği cihetle bu hakemlik neticesinde verilen hakem kararının yabancı bir hakem kararı değil milletlerarası bir hakem kararı olduğu neticesine varmak gerekir.

Bu ve buna benzer sebeplerden dolayı milli-yabancı hakem kararı ayırımı sakıncalı bulunmuş, bunun yerine milli-milletlerarası hakemlik veya hakem kararları ayırımının kullanılması daha uygun görülmüştür.

"Milletlerarası hakemlik" tabiri, ilk kez Paris'teki MTO. tarafından kullanılarak hakemliğe yeni bir istikamet verilmiş ve Rene David, Philippe Fouchard, Berthold Goldman gibi değerli hukukçuların çalışmaları(75) ile büyük mesafeler kat edilmiştir.

Bu konudaki kanaatimiz; biz, milli olmayan hakem kararlarının milletlerarası hakem kararları olarak kabul edilmesinin hakemliğin bünyesine daha uygun düşeceği kanısındayız. Hakem kararlarını bir milliyete bağlama yolundaki çabalar, bu hukuk dalının gelişmesini önleyecek veya en azından yavaşlatacaktır. Bugün, gelişmekte olan ticari ilişkiler sonucunda, milletlerarası camiaya teşkil eden tüccarlar, sanayiciler ve sair milletlerarası ticaretle meşgul olanların yarattıkları ve hiç bir

(75)Bkz. Koral R. age.,sh.25 vd .

ülkenin kanununa tabi olmayan bir hukuk doğmaktadır. Bu hukuka göre hakem kararları verilmektedir. Bu tür hakem kararlarını sırf milliyetsiz olduğu için tenfizden kaçınmak, ticari ilişkileri menfi yönde etkileyecektir. Bu durumdan, özellikle gelişmekte olan ülkeler (ve keza Türkiye) daha çok zarar görecektir.

Bir ticari münasebet kurulurken, taraflar en evvel bir ihtilâf halinde verilecek olan hakem kararının tenfizini düşüneceklerdir. Hakem kararına rağmen -eğer bu karar tenfiz edilemiyorsa - ihtilâf halledilmiş olmayacaktır. Bu nedenle hukuk sisteminde, "milletlerarası hakem kararları"nın tenfizini mümkün kılacak hükümler bulunmayan ülkelerin tüccar, sanayici veya kamu kuruluşları ile diğer ülkelerin tüccar, sanayici veya kamu kuruluşları ticari münasebete girmekte çekingen davranacaklardır.

Meseleye kendi hukukumuz açısından bakacak olursak; bilindiği üzere MÖHUK., hakem kararlarının yabancılığından söz etmektedir ve yabancı hakem kararlarının tenfizinde mütekabiliyet esasını kabul etmiştir. Bunun anlamı şudur: Yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için, kararın yabancı bir kanuna tabi olması, diğer bir deyişle hakem kararının bir milliyetinin olması gerekir ki mütekabiliyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tesbit edilebilsin. Bu duruma göre eğer, bir hakem kararı yabancı bir milliyeti taşımakla beraber mütekabiliyet şartı gerçekleşmemişse bu hakem kararı yine tenfiz edilmeyecektir(76).

(76)MÖHUK.md.45(f) bendindeki düzenlemeye göre tahkim sözleşme-

Hakem kararlarına milliyet izafesinin, bu müessesenin mahiyetine uymadığı fikrine iştirak eden Şanlı; milletlerarası nitelikteki hakem kararlarının milletlerarası alanda tenfiz edildiğini(77) ve MÖHUK.karşısında da bu tür kararların tenfiz edilebileceğini belirtmektedir.

sinin veya şartının hükümsüzlüğü, Türk devletler hususi hukuku sistemine göre hangi kanun yetkili ise o kanuna göre tesbit edilecektir.(g) bendinde ise eğer taraflar, hakemlerin seçimi ve uygulanacak usul hususunda Türk hukukunu seçmişlerse, bu takdirde HUMK.516-536.maddelerden yararlanmak gerekmektedir.(i) bendinin sarahatine göre de, bir hakem kararı buna nezaret eden müesseseca geçersiz sayılıyorsa tenfiz istemi reddedilecektir.Hakem akti bu takdirde ex contractu davası olarak nazara alınmayacaktır.

Eğer bir hakem kararı mütekabiliyet şartının gerçekleşmemesi nedeniyle tenfiz edilemiyorsa bu takdirde(hakemliğin bir akit olması sebebiyle) ex contractu ifa davasına dayandırılmak suretiyle icra edilmesini sağlamak mümkündür. Bu durumda hakem kararının kesinleşme ve icra kabiliyetini kazanmış olmasını aramayacağız.Çünkü bu vasıfları bizim mahkeme kararı ile kazanacaktır.

Hakim bu halde HUMK.533.maddesini de nazara alacaktır.

(77)Bkz.Şanlı C. Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk(doktora tezi),sh.161-162 dip.446 ve sh.83 dip.229.

Şanlı, bu sonuca ulaşırken şu gerekçelerden hareket etmektedir; yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde mütekabiliyet şartı doğrudan hüküm altına alınmamıştır. MÖHUK. md.44/son fıkranın md.38/a bendine yaptığı atıf gereğince bu şart(mütekabiliyet) aranacaktır.Yani mütekabiliyet hükmü kıyasen uygulanacaktır.Kıyas ise benzer konularda yapılabilir.Yani mahkeme kararlarına benzeyen hakem kararlarında bu kıyas yapılacaktır.Dolayısıyla mahkeme kararına benzemeyen yani bir milliyet taşımayan hakem kararlarında kıyas yapılmaması gerekir.Bunun sonucu olarak milletlerarası nitelikteki hakem kararları MÖHUK. karşısında da (yasal bir engelle karşılaşmadan) tenfiz edilmelidir(78).

Biz, hakem kararlarına milliyet izafesini doğru bulmuyoruz.Fakat mevzuatımızın, "milletlerarası hakem kararı"nın tenfizine müsait olduğunu kolaylıkla söyleyemiyoruz.Çünkü atıf yoluyla da olsa, bir mütekabiliyet hükmü bulunmaktadır.Hukuk güvenliğinin sağlanması için, bunu nazara almalıyız.

SONUÇ:

"Hakem kararlarının milliyeti", bunların tenfizi meselesinde önem kazanmaktadır.Eğer bir hukuk sistemi, yabancı hakem kararlarını tenfiz için mütekabiliyet şartını arıyorsa bu takdirde bu kararın bir milliyetinin bulunması lâzımdır.Yani yabancı hakem kararı, bir ülke hukukuna bağlanabilmelidir ki mü-

(78)Şanlı C. II.Tahkim Haftası, sh.181 vd.

tekabiliyet şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tesbit edilebilsin. Bizim MÖHUK. sisteminde de bu böyledir.

Taraflar, devlet yargısına gitmek istemedikleri için özel yargı(hususi kaza) yoluna başvururlar. Bu nedenle özel yargı sonunda ittihaz olunan kararı bir devlet mahkemesi kararı ile eş tutmak ve aynı murakabeye tabi tutmak, sanırız taraf iradelerini hiçe saymak olur.

Hakem kararlarının akdî hususi kaza niteliğini kabul ettiğimizi bir kez daha belirtelim. Bunun bir sonucu olarak, tarafların serbest iradeleri ile otoritesine tabi kıldıkları kammun hakemliğe milliyet izafe eder.

MÖHUK. sisteminde ise, tam bir açıklık bulunmamakla beraber bu esasın kabul edilmiş olduğunu söyleyebiliriz. § 45. maddenin (f), (g) ve (i) bentleri görüşümüzü desteklemektedir.

Diğer yandan bir hususu daha belirtmekte yarar görüyoruz, bugün "milletlerarası hakem kararı" diye anılan ve hiçbir ülkenin milliyetini taşımayan bir hakem kararı türü ortaya çıkmış(79) bulunmaktadır. Bu modern görüş hakemliğin bünyesine uygundur. Bu yeni görüşe göre, hakemlik tarafların serbest iradelerine bağlı olduğuna göre bunu bir hukuk sistemi içine sokmak doğru olmaz. Taraflar hakemliği hiçbir ülke hukukuna tabi kılmamış, uluslararası bir anlaşma hükümlerine de atıfda bulunmamış olabilirler. Hatta taraflar, hakemliğe uyguladıkları hukuku hakemlik sözleşmesi ile getirmiş de olabilirler. Bu takdirde "milletlerarası hakem kararı"ndan sözedilir.

(79) Bkz. 77 no'lu dip.

EKLER :

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.XI.1951 t. ve E/126 K/109 sayılı kararının metni:

"Arjantin'de mahalli mevzuata göre seçilen hakemler tarafından verilmiş olan, kararın onanmasına dair İstanbul Asliye Mahkemesi 4ncü Ticaret Dairesi Başkanlığınca verilen 4.X.1947 tarihli kararın Temyizen incelenmesi İçişleri Bakanlığı adına vekilleri tarafından verilen dilekçe ile istenilmesine mebni Yargıtay Ticaret Dairesince: hakem kararının icra safhasını geçirmiş olması takip hukukuna taallük edip İcra Yargıçlığınca verilen kararın Yargıtay İcra ve İflas Dairesince onanmış bulunması olayın mahkemece tetkikine mani bulunamayacağına mebni hakem kararı Arjantin'de seçilmiş hakemler tarafından Arjantin kanunları hükümleri dairesinde verilmiş bir karar olması bakımından alâkadarların kıyasen ecnebi mahkemeleri ilâmları hakkındaki usul hükümleri veçhile selahiyetli Türk mahkemesinden tenfiz kararı istihsâl edilmedikçe bu hakem kararının icrasına kanunen imkân bulunmadığı göz önünde tutularak o yolda işlem yapılmaksızın sözü geçen hakem kararının Türk mevzuatına uygun şekilde verilmiş bir hakem kararı gibi ad ve telakkisi ile taraflara tebliğ edildiğinden ve temyiz müddetinin geçirildiğinden bahisle tasdikine karar verilmesi yolsuz beyanıyla bozulmuş olmakla; yeniden yapılan yargılama sonunda bazı sebep ve düşüncelerle evvelki hükümde ısrara karar verilmiştir. HUMK.nun 536 ncı maddesinde bahis konusu olan hakem kararının tasdiki keyfiyeti; kararın taraflara tebliğ olunup olunmadığı temyiz yoluna gidilip gidilmediği gibi alelâde fiili durumu tesbit eden bir şerh mahiyetinde olmayıp; hakem kararının usule, şekle ve âmme intizamına uygunluğu bakımından karara muhkem kazıye vasfını veren ve onu icra kabiliyetini haiz bir ilâm haline getiren kazaf bir tasarruf olduğuna ve HUMK.da aksine bir sarahat ve delalet bulunmadığına göre mahkeme başkanının tasdik kararı aleyhine usule, şekle ve âmme intizamına aykırılık bakımından temyiz yoluna gidilebileceğine ve Yargıtay özel dairesininbozma ilâmı üzerine mahkeme başkanının tasdik kararı özel dairece şekil ve âmme intizamı bakımından incelenerek bozulmuş olduğuna ve ısrar kararında gösterilen gerekçelerin davacıyı ayrıca tenfiz kararı almaya mecbur etmesi ve bu suretle davacı aleyhine bulunması bakımından davacının dahi temyiz hakkı olduğuna ve hakem kararının icra safhasına intikal etmiş olması takip hukukuna taallük edip icra yargıçlığınca verilen kararın Yargıtay İcra ve İflas Dairesince onanmış bulunması tasdik kararına vaki itirazları mahkeme başkanını önünde muhkem kazıye olarak ileri sürülemeyeceğine ve tasdik kararı hakem kararına cebri icra kabiliyeti vermiş olacağından bu karar merciince kaldırılmadıkça icra safhasındaki şikayetlerin semeresiz kalması tabii bulunduğu ve bu itibarla icracaya verilen kararın tasdik kararının temyizen incelenmesine engel olamayacağına ve hakemlerin tabiiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından hakem kararına yabancılık vasfı izafe edilemezse de tahkimnamenin ve esas mukavelenin tabii olduğu kanun

bakımından hakem kararının yabancılık vasfı münakaşa olunabileceğine ve bir hakem kararı yabancı bir kamu otoritesi altında verilmiş ise o karar yabancı hakem kararı sayılabileceğine, icra mahalli Arjantin olan ve orada tanzim edilen ve Türk kanunlarına atıf yapmayan ve tahkim şartına muhtevi mukaveleden doğan ihtilâfın halline dair olan hakem kararının yabancı bir hakem kararı olduğu muhakkak olduğuna ve HUMK.nun tahkime ait hükümleri şekle taallûku hasebiyle Türk kanunlarının otoritesi altında verilmiş hakem kararlarına münhasır olduğuna ve yabancı hakem kararları, tenfiz usulüne tevfikân Türk kazâ mercilerince incelemeye tenfizi lüzumuna karar verilmedikçe Türkiye'de icra olunamayacağına ve davacının takip ettiği usul karşısında davacıdan teminat aranmamasında bir yolsuzluk bulunmadığına ve davalının sair temyiz itirazları tenfiz usulü uyarınca yapılacak incelemede tartışma konusu olabileceğine ve bu itibarla davalının sair temyiz itirazları yerinde olmadığı gibi ısrar kararının mahiyeti bakımından davacının temyiz itirazı da yerinde bulunmadığına göre özel dairesinin bozma ilâmı doğru ve uymak gerekli iken ilâmda yazılı sebep ve düşüncelerle ısrara karar verilmesi yolsuz ve davalının bu noktaya yöneltilen temyiz itirazları yerinde olduğundan ısrar kararının dahi bozulmasına oyçokluğu ile karar verildi"

Yargıtay XV.Hukuk Dairesinin 10.3.1976 t. ve E.75/1617 K.76/1052 sayılı kararının metni:

1-Yanlar arasında düzenlenen eser sözleşmesiyle ilgili olarak çıkacak uyuşmazlığın hakemde çözüleceği kararlaştırılmış; "Hakem heyetinin teşkil ve çalışma şekil ve usulleri;...Beynelmillel Ticaret Odasının bu baktaki usul ve kaidelerine" bağlı olacağı öngörülmüştür.(Sözleşme;md.34)Üstelik; uyuşmazlık doğduktan, hakemler işe el koyduktan sonra düzenlenen 3.2.1972 günlü "Tensip kararı ve görev belgesi" kural olarak; "Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Hükümlerinin" uygulanması, tahkimin Lozan'da yapılması ve öte yandan hakem kararının "Paris'teki Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı Sekreterliğine tevdi" edileceği de kararlaştırılmıştır.İşte; üstenci bu hükümler uyarınca; hazırlandığı 26.2.1970 günlü dava dilekçesini Milletlerarası Ticaret Odası Genel Sekreterliğine verilmiş; 1.ve 2. cevap dilekçesinde de belirtildiği gibi; bazı yazışmalar bu sekreterlikle yapılmış; davalı tarafından gerekli cevaplar sunulmuştur.Genel Sekreterliğin 17.XI.1970 günlü yazısı ile de, "talep olunan meblâğın tamamı elimize geçince; hakem mahkemesince bahis konusu iş ile ilgili dosyanın tevdi" edileceği ilgililere duyurulmuştur.(Uzlaştırıcı Tahkim Hükümleri md.8.dv.md.14). Lozan'da toplanan hakemler orada yargılama ve inceleme yapıp yine orada kararlarını vermişlerdir.Anlaşma uyarınca bu karar; yukarda sözü edilen Genel Sekreterliğe "tevdi" ve Milletlerarası Ticaret Odası Hakem Divanınca "tasdik" edilmiştir.

2-Dosyanın incelenmesiyle saptanan ve yukarıda belirtilen gerçekler göz önünde tutularak öncelikle bu hakem kararına karşı Yargıtay yoluna başvurabilme olanağı bulunup bulunmadığı sorusuna cevap verebilmek için hakem kararı mahiyeti üzerine ana çizgileriyle de olsa gerekli açıklamaların yapılması zorunlu görülmüş ve bu bilgilerin ışığı altında bir sonuca ulaşılmaması yeğlenmiştir.

a) Hakemler, yanlar arasında çıkan hukuki uyuşmazlığı çözerler(HUMK.md.516), yargılama ve inceleme sonunda karar verirler.Hakemler; bilirkişi düşüncesine başvurmak ve tanık dinlemek ile ilgili usul işlemlerini de yapabilirler.Daha genel bir anlamla Hukuk Yargılama Usulü Yasasının 521,526,527,533,534 ve 536. maddelerinin hakem usulünü normal mahkeme usulüne yaklaştırdığı söylenebilir.

b) Hakemlerin; uyuşmazlığı çözebilmeleri için yanların bu konuda sözleşmeleri gerekir.Bu sözleşme; borçlar hukuku çevresinde kurulmakla birlikte meydana getirdiği sonuçlar yönünden bir usul hukuku sözleşmesi olarak nitelenebilir.Gerçekten de hakem müessesesi; usul yasamızda düzenlenmiş hakemin verdiği kararın yerine getirilmesi; usul yasasında bazı koşulların uygun bulunmasına bağlanmıştır.Demek ki hakem sözleşmesi yanların rızalarına dayanmakta ise de, sonuçlarını doğurabilmesi, onların rızası dışında usul yasamızda öngörülen koşulların yerine getirilmesi ile mümkün olmaktadır.Öyleyse, hakem sözleşmesi sonuçları yönünden usul hukuku alanına girince, burada kamu hukuku ilkelerinden söz etmek gerekir.

c) Hakem kararları yargısal niteliktedir.Bu kararın yerine getirilebilmesi, HUMK.md.536 uyarınca onama kararının verilmesine bağlandığından yargı gücü alanına girmiş bulunmaktadır.Hakem kararı için sınırlı da olsa, yargıtay yolu açık tutulmuştur(md.533).Bu kararlar için yargılamanın tekrarı olanağı da vardır(md.534).Üstelik bu kararlar yönünden, kesin hüküm kuralının uygulanması gerektiği de savunulabilir.Hakem kararları mahkeme kalemine sunulur(md.532).Harçlar Yasası uyarınca yargı harçlarının ödenmesi gerekir.Bu kararlar, mahkeme kararları gibi "cebri icraya" konu olurlar.

d) Hakem kararının usulün 536.maddesi uyarınca onanabilmesi için ortada aa)biçimsel olarak kararın bulunması,bb)kararın tahkim koşullarına ve usule uygun olarak verilmesi,cc)ve de kamu düzenine aykırı bulunmaması gerekir.Bu sayıların olup olmadığının mahkeme başkanı ya da hakim görevinden ötürü (re'sen) araştırılır.Yargıtay için de durum böyledir.İşte burada, yargısal tasarruf sözkonusu olmaktadır.

3-Görülüyor ki, hakemler bir davada olduğu gibi uyuşmazlığı kararlarıyla çözmektedir.Hakem sözleşmesi sonuçlarını usul hukuku alanında doğurmaktadır.Hakem kararının yerine getirilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlanmıştır.

a)Yargıtay'ın hakem kararını denetlemesi, yargısal tasarrufu alanına girmektedir.Yargıtay'ın verdiği karar yargısal niteliktedir.Gelgelelim Yargıtay'ın yargısal tasarrufu ülke sınırları ile sınırlanmıştır.Başka bir söyleyişle, devletin egemenlik alanı içinde uyuşmazlığa el koyan, yargılama yapan, uyuşmazlığı

çözen hakemlerin verdikleri kararlar için Yargıtay'ın denetimi sözkonusu olabilir. Öyleyse, İsviçre'nin Lozan şehrinde toplanan, orada yargılama ve inceleme yapan hakemlerin verdikleri kararın Yargıtay'ın devletin egemenlik alanı ile sınırlı yargısal denetimine bağlı tutulması olanaksızdır. Toprak ilkesi açısından yabancı memlekette toplanan, yargılayan hakemlerin orada verdikleri kararı, yabancı hakem kararı olarak nitelenmek gerekir. Ortada usulün 536 ya da 537. maddesi uyarınca verilen bir karar bulunmadığına göre, yabancı hakem kararı için Yargıtay yoluna başvurulamaz. Burada, yabancı memlekette verilen bir hakem kararının Türkiye'de tanınması ve yerine getirilmesi (tenfizi) sözkonusu olmaktadır.

b) Öte yandan hakem kararının yabancılık niteliğinin belirlenebilmesi için "usul hukuku" "kıstasının" uygulanmasına izin verilebilir. Yoksa kamu düzenine (buyurucu hükümlere) ilişkin "kıstas" benimsenemez. Sözleşmeyle "Hakem heyetinin teşkil ve çalışma şekil ve usulleri ... Beynelmillel Ticaret Odasının" bu baktaki usul ve kaidelerine bağlı tutulması "Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Hükümleri"nin öngörülmesi dava dilekçesinin Divan Sekreterliğine verilmesi, hakem dosyasının genel sekreterlik tarafından hakemlere sunulması, kararın "Milletlerarası Ticaret Odası Hakem Divanı'na tevdi" ile "tasdik ettirilmesi", Türk usul hukukunun tam anlamıyla uygulanmadığını kanıtlamakta, üstelik, usulümüzde Hakem Divanı ile Sekreterliğe yer verilmekte, hakem kararının divana "tevdi" ve "tasdik ettirilmesi" kamu düzenine de aykırı bulunmaktadır.

Demek oluyor ki, yine ortada yabancı bir hakem kararının varlığını benimsemek gerekir.

4-İşte yukarıdan beri sıralanan nedenlerle Yargıtay yoluna başvurulamayacağı sonuç ve kanısına ulaşıldığından temyiz dilekçesi reddedilmelidir.

Öyleyse, temyiz dilekçesinin REDDİNE, kararın bu mahiyetine göre, mürafaa için avukatlık ücreti takdirine yer olmadığına, 10.3.1976 gününde çoğunlukla karar verildi.

T. C.
Yükseköğretim Kurulu
Dokümantasyon Merkezi