

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

HAKEM YETKİSİNİN İNCELENMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nazlı KUMBARACI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ziya AKINCI

Eylül, 2010

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

HAKEM YETKİSİNİN İNCELENMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Nazlı KUMBARACI

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ziya AKINCI

Eylül, 2010

Önsöz

“Hakem Yetkisinin İncelenmesi” başlıklı bu çalışmayla, uygulamada, önemli davaların birçoğunda tartışma konusu haline gelen yetki konusunun hangi merci tarafından ve ne şekilde çözümleneceği meselesinin, kurum metinleri, Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde ne şekilde ele alındığı incelenmektedir.

2 seneyi aşan bir süredir kendisiyle yakından çalışma şansı bulduğum, değerli Hocam Sayın Prof. Dr. Ziya Akıncı, aynı zamanda tez danışmanım olarak, bu çalışmanın konusunun belirlenmesinden sonuçlandırılmasına kadar geçen süreçte çok kıymetli fikir ve engin tecrübelerini benimle paylaşarak beni onurlandırmıştır. Kendisine yalnızca bu çalışmamda bana verdiği destek ve sağladığı paha biçilemez katkılardan dolayı değil, mesleki ve akademik anlamda bana öğrettiklerinden dolayı da sonsuz şükranlarımı sunarım.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecinde, uygulamada görme fırsatı bulmuş olduğum bir çok mesele çalışmamın daha zenginleşmesi ve çözüm odaklı olmasına vesile olmuştur. Bu anlamda, pratik ve teorik, bilgi ve tecrübelerini benden hiçbir zaman esirgememiş olan Hocam Yard. Doç. Dr. Cemile Demir Gökyayla’ ya çok teşekkür ederim.

Üniversite’den mezun olduğum ilk yıllarda, kariyerim anlamında her ihtiyaç duyduğumda bana kapısını açarak, içten ve çok kıymetli fikirleri ile bana destek olan Hocam Sayın Prof. Dr. Hamdi Yasaman’ a da teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Bugünlere gelmemde en büyük emeğin sahibi, hayatımın her anında bana duydukları güven ve verdikleri desteği yakinen hissettiğim, her türlü kararım ve hedefimde arkamda olan annem, babam ve kız kardeşime sevgileri, destekleri ve fedakârlıkları için çok teşekkür ederim.

Son olarak üniversiteden mezun olduğum yıllardan bugüne değin yalnızca kariyerim değil, her anlamda, beraber çıkmaya karar verdiğimiz bu yolda yanımda duran, müstakbel eşim Av. Akın Volkan Arıkan’ a çok teşekkür ederim.

Nazlı Kumbaracı
İstanbul, 2010

İçindekiler

Önsöz.....	ii
İçindekiler.....	iii
Kısaltmalar	v
Résumé	vi
Abstract	xiii
Özet	xix
Giriş	1
I. Hakemlerin Yetkisinin Tahkim Kurumlarınca İncelenmesi	3
A. Tahkim Kurumlarınca Yapılan Ön İnceleme Kavramı ve Amacı:.....	3
B. Bazı Tahkim Kurumlarınca Yapılan Ön İnceleme ve İlgili Düzenlemeler	5
1) Milletlerarası Ticaret Odası (“MTO”) Düzenleme ve Uygulamaları:.....	5
2) LCIA Düzenleme ve Uygulamaları.....	12
3) AAA Düzenleme ve Uygulamaları	13
4) ICSID Düzenleme ve Uygulamaları.....	14
5) ITO Düzenleme ve Uygulamaları	17
C. Değerlendirme	19
II. Hakemlerin Yetkisinin Hakemlerce İncelenmesi	22
A. Hakemlerin Kendi Yetkileri Hakkında Karar Verebilmeleri: (Competence-Competence; Kompetenz- Kompetenz; Compétence de la Compétence).....	22
1) Tahkim Anlaşmasının Pozitif Etkisi ve Sonuçları	27
2) Tahkim Anlaşmasının Negatif Etkisi:	32
B. Türk Hukukundaki Düzenleme.....	34
C. Bazı Tahkim Kurumlarında Hakem Nezdinde Yetki İtirazı	40
1) MTO Düzenleme ve Uygulamaları	40
2) LCIA Düzenleme ve Uygulamaları.....	42
3) AAA Düzenleme ve Uygulamaları	43
4) ICSID Düzenleme ve Uygulamaları.....	45
5) ITO Düzenleme ve Uygulamaları	46
D. Bazı Milli Hukuklardaki Düzenlemeler	46
1) Almanya	46
2) İsviçre	49
3) Fransa	54
4) İngiltere	56
5) ABD.....	58
E. Değerlendirme.....	61
III. Hakem Yetkisinin Mahkemelerce İncelenmesi.....	65
A. Hakem Yetkisinin Tahkim Yargılaması Öncesinde veya Sırasında İncelenmesi:	65
1) Türk Hukukunda:	66
a. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hakemlerin Yetkisi	66
b. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Hakemlerin Yetkisi	69

2) Bazı Milli Hukuklarda:	85
a. Bazı Milli Hukuklardaki Düzenlemeler Uyarınca Mahkemelerce Tahkim Anlaşmasının Mevcudiyeti ve Geçerliliğinin İncelenmesi:	86
b. Hakemlerin Kendi Yetkileri Hakkında verdikleri kararın tahkim yargılaması devam ederken incelenmesi (temyizi)	91
c. Hakem Yetkisi Hakkında Mahkemelerce Karar Verilmesine İlişkin Özel Düzenlemeler:	92
B. Hakem Yetkisinin Tahkim Yargılaması Sonrasında İncelenmesi	93
1) Türk Hukukunda:	93
a. MTK Kapsamında İptal Davası Aşamasında İncelenmesi	93
i. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi:	99
ii. Hakemlerin Yetkileri Hakkında Vermiş Oldukları Kararın Yanlış Olduğunun İleri Sürülmesi:	101
iii. Hakemlerin Yetkilerini Aşmış Oldukları Gerekçesiyle İptalin Talep Edilmesi	104
b. HUMK Kapsamında Temyiz Aşamasındaki İncelenme	105
c. Tenfiz Aşamasında İncelenmesi	116
2) Bazı Milli Hukuklarda:	127
a. İptal ve Temyiz gibi Kanun Yolları Aşamasında İncelenmesi:	127
i. Almanya	127
ii. İsviçre	128
iii. Fransa	129
iv. İngiltere	129
v. ABD	130
b. Tenfiz Aşamasında İncelenmesi:	131
i. Almanya	131
ii. İsviçre	132
iii. Fransa	132
iv. İngiltere	133
v. ABD	134
C. Değerlendirme	135
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	141
ÖZGEÇMİŞ	147
TEZ ONAY SAYFASI	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

Kısaltmalar

AAA	: American Arbitration Association
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: Alternative Dispute Resolution
Age	: Adı geçen eser
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
Cass	: Cassation
Civ	: Civile
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Disputes
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
LCIA	: London Court of International Arbitration
LDIP	: Loi Fédérale sur le Droit International Privé
Md	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
NCPC	: Nouveau Code de Procédure Civile
No	: Numara
NY Konvansiyonu	: Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair 1958 Tarihli New York Konvansiyonu
s	: Sayfa
TD	: Temyiz Dairesi
V	: Versus
Vd	: Ve devamı
Yarg	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung

Résumé

En principe, conformément aux normes constitutionnelles, la compétence de résoudre les conflits appartient aux tribunaux de l'État. Cependant les parties peuvent assigner les arbitres la compétence de résolution d'un conflit par un accord approprié. L'existence et les limites de cette assignation constituent la compétence des arbitres. En raison du fait qu'il n'est pas possible de déroger à quelqu'un de droit d'être jugé par le tribunal de son État, la détermination de la compétence de l'arbitre est une question cruciale. Le sujet essentiel de notre travail est l'analyse de la compétence des arbitres.

La pratique de l'arbitrage nous montre que la question de compétence de l'arbitre se pose aux niveaux différents, pendant les étapes différentes et à cause des raisons différentes au cours de bien des cas importants. C'est la raison pour laquelle nous allons essayer dans notre travail d'analyser la détermination de compétence des arbitres en prenant les intérêts différents en considération aux étapes différentes et par des autorités différentes.

La compétence de l'arbitre peut faire l'objet d'une analyse dans les trois cas suivants : Avant que le procès de l'arbitrage commence ; pendant le procès d'arbitrage et après que le procès de l'arbitrage finisse. Encore une fois, nous allons essayer dans notre travail d'analyser pour quelles raisons le système permet à questionner la compétence de l'arbitre dans ces étapes différentes ; lesquelles autorités ont le pouvoir de la questionner dans ces étapes et lesquels intérêts sont pris en considération pendant ces étapes à la lumière du droit turc, droit comparative et des régulations différentes inclus dans les textes des institutions d'arbitrage. En effet, la compétence de l'arbitre peut être questionnée par trois autorités différentes aux étapes différentes. Celles-ci peuvent être classifiées comme les suivantes:

- L'analyse de compétence effectuée par les autorités administratives pertinentes des institutions de l'arbitrage,
- L'analyse effectuée par les arbitres, et ;
- L'analyse effectuée par les cours.

1) L'analyse effectué par les institutions d'arbitrage

Cette analyse est celui qui est effectué au début du procès d'arbitrage, avec la présentation de la pétition à l'institution. L'institution examine si les parties ont conclu une convention d'arbitrage (et donc leur volonté à l'arbitrage pour la résolution des conflits) pour la résolution du conflit déclaré. C'est une analyse de première impression qui est réalisée pour vérifier s'il y a une autorisation avant ladite institution.

Ce type d'analyse est indiqué dans les réglementations des institutions d'arbitrage qui sont largement préférées et privilégiées dans la pratique, tels que: MTO, LCIA, AAA, CIRDI (ICSID) et ITO. Cet analyse nous amené à une analyse avec des étapes multiples qui sont appropriées à l'économie de procédure.

Dans le cas où il est déterminé par l'analyse préliminaire de l'institution qu'il n'y a pas de volonté des parties dans l'affaire pour la résolution du conflit ou que l'arbitrage n'est pas possible avant ladite institution ; le cas va être considéré comme s'il n'est jamais été déposé à partir du début. Par billait de ceci, le refus plus tard qui viendra après l'analyse d'aptitude sur le sujet de la compétence et la formation d'un jugement d'arbitrage risquant d'être annulé par les tribunaux par la procédure de l'annulation ou le processus d'exequatur peuvent être empêchés, dès le début.

Cette situation offre des avantages non seulement pour le prestige et la fiabilité de l'institution en termes de facilité de rendre des décisions saines en matière de la compétence concernant des poursuites effectués par l'institution, mais aussi pour les parties.

En effet, le défendeur pourra se libérer d'un procès d'arbitrage qui sera dirigé vers lui contrairement à sa propre volonté tout au début de la procédure ; avant de perdre de temps, d'argent et d'effort. Et le demandeur ne va pas perdre de temps et d'argent non plus pour une procédure qui pourrait être sans effet à la fin.

Toutefois, l'inconvénient de cette analyse est que l'analyse dont les conséquences seraient particulièrement importantes pour le demandeur sera effectuée par les institutions administratives et donc qu'il se trouve devant le risque d'aboutir à des résultats erronés. Dans ce cas, le demandeur devra s'opposer au résultat de l'analyse devant les tribunaux ou les autorités prévues par la réglementation de l'institution. Par contre, le fait que le droit coutumier dans la pratique consiste à faire commencer le procès, même en cas de l'existence de la possibilité d'une compétence controversée, et de confier la question de la résolution de la compétence aux arbitres, les effets de ce risque sont réduits au minimum.

En conclusion, en termes de l'arbitrage institutionnel, l'intérêt protégé par l'analyse de la compétence de l'arbitre au début du procès d'arbitrage est d'assurer le prestige de l'institution en empêchant tout au début de la procédure, la mise en place d'une décision arbitrale qui sera prononcée nulle par les arbitres ou à la fin d'une analyse judiciaire et aussi la perte de temps et d'argent par les parties au conflit.

2. L'analyse de la compétence des arbitres par les arbitres

La question juridique qui se pose est la suivante : Qui sera compétent pour décider au cas où l'un des parties (la défenderesse) s'oppose contre la compétence de l'arbitre au cours d'un procès d'arbitrage ? À ce stade, il peut y avoir deux différents

analyse et contrôle de l'autorité prévus par le système: La compétence peut analysée soit par les arbitres, soit les tribunaux nationales.

De nos jours, bien des accords internationaux et des législations nationales modernes ont accepté « le principe de compétence-compétence », qui prévoit que les arbitres se pencheront sur l'objection dans le cas d'une objection de compétence de l'arbitre.

Dans notre travail, pour définir la notion du « principe de compétence-compétence », nous allons essayer d'examiner les règles concernant l'analyse de la compétence de l'arbitre par les arbitres dans les législations turques, la réglementation des institutions, comme le MTO / LCID / AAA / CIRDI (ICSID) et ITO qui s'ajoutent aux législations allemandes, françaises, suisses, anglaises et Américaines.

Le principe de compétence-compétence est un principe qui a pris sa place dans nombreux textes d'internationaux, tels que le Code modèle d'UNCITRAL ou dl Code de la Convention de Genève et qui exprime le fait que la convention d'arbitrage qui donne la compétence aux arbitres, donne également la compétence de décider de leur propre compétence. Lorsque nous analysons le champ d'application et l'effectivité de ce principe, nous devons constater qu'ils sont liés à la réglementation du droit national et aux textes des institutions.

En général, les règlements des législations nationales modernes et les textes des institutions identifient les arbitres comme étant compétent pour examiner l'objection compétence et l'autorité de décider sur leur compétence. Selon ces règlements, si une objection de compétence est faite dans un conflit qui devrait être résolu devant l'arbitrage, les juges devraient remettre l'affaire à l'arbitre après une analyse de l'existence d'une convention d'arbitrage valable. À ce stade, la profondeur de l'analyse de la Cour est décidée en prenant en considération la diversité des intérêts dans des règlements différents de chaque droit national.

En effet, dans le droit turc, il ya une différence en terme de procédure subordonné soit du Code d'arbitrage international ou du Code de la Procédure civile concernant l'analyse par les arbitres de leur compétence. En ce qui concerne le procès d'arbitrage, le législateur a codifié dans l'article 7/H du Code d'arbitrage international pour la compétence des arbitres de se prononcer sur leur compétence, et dans l'article 5 du Code d'arbitrage international l'obligation de remettre l'affaire à l'arbitre si le conflit a été porté à la Cour. En termes d'arbitrages subordonnée au du Code de la Procédure civile, l'article 519 du Code de la Procédure civile prévoit que la compétence des arbitres doit être examinée par la Cour. Ainsi, il est possible de dire que dans la législation turque, il existe deux systèmes qui cohabitent. Nous observons que le principe de compétence-compétence est accepté par les lois modernes et règlements nationaux des institutions.

A cette étape, une autre question juridique se pose : Est-il juste d'attribuer aux arbitres le pouvoir de décider sur leur compétence au cours du procès d'arbitrage? Aujourd'hui, le principe de compétence-compétence qui se trouve dans de

nombreuses législations nationales modernes, dans les accords internationaux et les règles des institutions, est un principe très important en termes de vitesse et d'effectivité du procès d'arbitrage. Parce que, autrement, au cours du procès d'arbitrage une objection de compétence obligerait les arbitres de remettre l'affaire à la Cour, et ce serait une perte de vitesse dans le procès en raison de la scission. Comme nous nous apprêtons à examiner, le système permet déjà d'un réexamen par la Cour en cas d'annulation ou de l'exequatur. Cela rend l'analyse de la compétence des arbitres par les arbitres, plus vertueux en termes d'effectivité du procès d'arbitrage. Dans le cas contraire, le but et les attentes des parties recourant à l'arbitrage ne seraient pas concluants. L'habilitation à examiner de la compétence après le procès par la Cour entraînerait la sensibilité à l'analyse de la compétence par les arbitres eux-mêmes. En ce terme, les arbitres feront attention lors de la détermination de leur compétence en regardant à la loi applicable, car ils ne voudraient pas que leurs décisions soient annulées ou pas ratifié à la fin du procès. De ce point, le système fait lui-même son propre analyse.

L'inconvénient de ce système est comme le suivant : à la suite de l'application de ce principe, des problèmes peuvent survenir en raison du fait que la décision de l'arbitre n'est pas définitive. Une mauvaise décision des arbitres sur leur propre compétence peut entraîner l'annulation de la décision arbitrale, ainsi que d'entraver son exécution. Comme on va l'analyser, la compétence de l'arbitre sera également analysée par la Cour au stade de l'annulation et l'exécution. En conséquence, en cas d'annulation ou d'entrave à l'exécution d'une décision, les parties auraient perdu du temps et de l'argent. En même temps, c'est une question de choix. En prenant en considération les avantages du principe de compétence-compétence, le système a rendu compétents les arbitres de se prononcer sur leur propre compétence au cours de l'instance. D'ailleurs il dirige les arbitres qui sont au courant du contrôle sur la décision, à faire leur analyse et examen délicatement afin d'empêcher les décisions sans effet juridiques et les décisions inexécutables. Aussi comme il sera examiné ci-dessous, il vise à fournir aux personnes à subir un procès devant l'autorité compétente en permettant le contrôle de la décision sur la compétence avant que la décision ne devienne définitive et exécutoire. À cet égard, le système est cohérent et contrôlable.

3. Le contrôle de la compétence de l'arbitre par la Cour

Dans la troisième partie de notre travail ; nous allons analyser le contrôle de compétence de l'arbitre par les Cours nationales. La Cour peut contrôler la compétence pendant (cette disposition est proportionnée au principe de compétence-compétence en droit appliqué) ou après la procédure d'arbitrage sur la requête.

Premièrement, nous examinons le contrôle de la compétence par la Cour pendant ou après la procédure d'arbitrage. Comme il est déjà mentionné, le fait que le contrôle peut être fait pendant ou après la procédure est lié aux dispositions du droit appliqué.

En termes de la loi turque ; au cours d'une procédure d'arbitrage soumis à la Loi sur l'Arbitrage International, conformément aux articles 5 et 7, la Cour devrait cesser

de procéder après avoir décidé s'il existe une convention d'arbitrage valable lorsque le défendeur soulève une objection de compétence de l'arbitre. C'est pourquoi la Cour n'est pas habilitée à contrôler la compétence de l'arbitre pendant ou avant la procédure pour conflit soumis à la Loi sur l'Arbitrage International.

En ce qui concerne l'arbitrage interne soumis au Code de Procédure Civile les législateurs ont adopté un système différent. Avant la procédure d'arbitrage, la compétence de l'arbitre doit être contrôlée par la Cour lors d'une action déclaratoire ou pendant la procédure d'arbitrage les arbitres doivent conférer la question à la Cour conformément à l'article 519 lorsque le défendeur soulève une objection de compétence. Conformément à cette disposition, lors d'une procédure d'arbitrage soumis au Code de Procédure Civile seulement la Cour est habilitée à décider sur la compétence de l'arbitre, de sorte que l'arbitre ne peut pas décider sur sa propre compétence. Concernant l'arbitrage interne, le but des législateurs est de limiter le gaspillage de temps et d'argent dans la procédure en permettant la Cour à se prononcer sur la compétence l'arbitre en tant qu'instance suprême puisque la compétence est un motif d'appel selon l'article 533.

En ce qui concerne le droit comparé, dans d'autres dispositions modernes l'approche du contrôle de la compétence pendant la procédure d'arbitrage par la Cour est comme ci-dessous: Nombreux régimes modernes d'arbitrage interne ont adopté le principe de compétence-compétence. Selon cette disposition, la Cour devrait cesser de procéder après avoir décidé s'il existe une convention d'arbitrage valable.

En ce terme, dans des pays comme la Suisse, Allemagne, France, Angleterre et Etats-Unis, dans le cas d'un recours à la Cour, avant et après le procès d'arbitrage, la Cour ne doit pas examiner l'existence et la validité de la convention d'arbitrage. Encore une fois, la profondeur de l'analyse effectuée par la Cour est régie par les lois nationales différemment. (Par exemple en France, il est seulement possible de questionner la compétence d'arbitre par la Cour au cas où il y a une absence de volonté ou consentement. Par contre aux Etats-Unis ; premièrement la validité de contrat d'arbitrage et la conformité de l'application d'arbitrage au conflit sont questionnés par la Cour et la Cour va décider de laisser les arbitres se prononcer sur la compétence de l'arbitre si le cas est conformément amené devant le procès d'arbitrage.)

En dehors de cela, ils existent les règlements en droit comparé qui prévoient que l'objection à la Cour sur la décision sur la compétence des arbitres au cours du procès d'arbitrage conformément au principe de compétence-compétence. Les réglementations allemandes et anglaises sont de cette manière. Selon ce règlement, l'analyse de la compétence par la Cour pendant le procès d'arbitrage est possible.

En fait, il est également possible que la Cour analyse directement la compétence de l'arbitre sous les réglementations Allemande et Anglaise. Comme susdit, dans ces réglementations nationales, le principe de compétence-compétence est lié à une activation et intérêts protégés.

L'analyse de la compétence des arbitres par la Cour est une question qui sera interrogé en substance, après le procès d'arbitrage.

L'acceptation du principe de compétence-compétence et la résolution du conflit au sujet de la compétence en fonction de la convention d'arbitrage entre les parties, laissé aux arbitres par la Cour jusqu'à présent, peut être inversée par une objection qui peut être considéré comme un abondons en leur faveur à la Cour, avant les étapes dans lequel les décisions deviennent définitives et exécutoire. Dans ce cas, il faudra regarder dans le procès si les arbitres sont vraiment compétents ou non. Par conséquent, les conséquences dans l'ordre juridique de la décision rendue par un poste non compétente seront empêchées. De plus, cela empêche de confisquer le droit d'aller en procès sans le consentement des parties. Avec ce control, le système permet à chaque étape de protéger des intérêts différents et de passer en revue par des autorités différentes et de garantir qu'elles sont compétentes lorsque les arbitres donnent leurs décisions

Dans la loi turque, à la fin du procès d'arbitrage, l'examen de la compétence des arbitres peut être fait en passant par ces étapes:

1 – L'analyse de la compétence de l'arbitre par la Cour dans le stade du procès d'annulation conformément à l'article 15 du Code d'arbitrage international.

2 – L'analyse de la compétence de l'arbitre par la Cour au cours d'un procès de cassation conformément à l'article 533/3 pour les arbitrages soumis au Code de la Procédure civile.

3 – L'analyse de la compétence de l'arbitre par la Cour au cours de l'exequatur d'une décision arbitrale étrangère conformément à l'article 62 du Code du Droit international privé.

Dans le droit comparé, on observe dans les réglementations modernes comme celles de la France, Allemagne, Angleterre et des Etats-Unis, que le contrôle de la Cour est possible pour l'analyse de la compétence d'arbitre après le procès d'arbitrage dans l'étape du procès d'annulation et de l'exequatur.

Comme susmentionné, ces règlements avant que la décision devient définitive et exécutoire, prévoit l'acquisition de faire le procès à un poste compétente, et en même temps dans les termes du principe de compétence-compétence, l'analyse de la compétence nécessite d'être sensible au cours du procès d'arbitrage et ainsi de créer un mécanisme d'équilibre interne.

Pour conclure, il faut constater que la compétence est une question qui apparaît presque dans tous les procès importants à l'égard de la pratique de l'arbitrage. Les systèmes de droit contemporain, les traités internationaux et les règlements de l'institution prévoient que la compétence doit être analysée et examinée par les autorités différentes au cours des phases différentes avant, pendant et après le procès d'arbitrage. Ces examens différents sont effectués en tenant compte des intérêts différents.

Bien que l'analyse par des institutions d'arbitrage est important pour empêcher de perdre de temps et d'argent et qu'il est en faveur de l'autorité et la réputation de

l'institution, il existe aussi des risques parce que la décision sur la compétence est rendu par une autorité administrative.

L'analyse par les arbitres est avantageuse non seulement pour sa rapidité, efficacité, pour la réalisation de l'objectif ; de l'expectation considérée par la convention d'arbitrage ; et pour le principe de *Pacta sunt servanda* ; mais aussi c'est avantageuse parce qu'il permet aux Cours d'analyser et examiner sa compétence. Système se contrôle lui-même parce qu'il y a mécanisme de contrôle qui est effectué par billait des Cours.

Avant que la sentence arbitrale soit finale et exécutoire, une décision rendue par une autorité incompétente est empêché d'être restée dans le domaine juridique. Droits de la personne sont protégés. Elle conduit les arbitres à faire une analyse délicate.

Abstract

In accordance with the constitutions rules, the States' courts are entitled in principle to resolve any disputes. However the parties may empower the arbitrator to resolve their disputes by concluded a proper arbitration agreement on this subject. The existence and the limit of this agreement shall constitute the jurisdiction of the arbitrators. By considering that no one may exclude from its right to be heard before the States' courts without its consent the determination of the arbitrator's jurisdiction shall be a crucial examination. Thus the subject of our thesis is the determination of the arbitrator's jurisdiction.

In practice, the arbitrator's jurisdiction is being discussed in many of important cases, in different phases and with various grounds. Thus in our thesis, the determination of the arbitrator's jurisdiction in different stages by different authorities and by considering different interests has been examined.

The arbitrator's jurisdiction may be the subject of an examination before arbitration proceeding, during arbitration proceeding and after the closure of arbitration proceeding. In our thesis, we tried to analyze for which reasons, the system enables the arbitrators' jurisdiction to be examined in these different phases by different authorities by considering different regulations in Turkish law, comparative law and texts of institutions.

The arbitrator's jurisdiction can be reviewed by 3 different authorities in various phases. These are:

- Relevant administrative units of arbitration institutions.
- Arbitrators and
- Courts

1. The review of arbitrator's jurisdiction performed by arbitration institutions

This examination by the arbitration institutions shall be done at the beginning of the arbitration proceeding, with the submission of the request for arbitration. The institution shall examine that whether the parties has concluded an arbitration agreement for the resolution of the said conflict by entitling the institution for the arbitration proceedings.

In the text of the institutions used widely in practice such as ICC, LCIA, AAA, ICSID and ITO, the prima facie examination to be done by the institutions has been

regulated. This examination enabling the review of the arbitrators' jurisdiction in various stage shall be considered as appropriate to procedure economy.

This situation provides advantages not only for the prestige and reliability of the institution in terms of the opportunity to have healthy decisions in the matter of jurisdiction issue in the proceedings performed before the institution but also for the parties.

With this prima facie examination, the respondent shall be saved from an arbitration request submitted against itself without its consent without spending any money or vesting time. Similarly the claimant shall also not waste any time and money for a procedure which will become ineffective.

The disadvantage of the prima facie examination is that this review whose consequences are especially important for claimant shall be performed by administrative institutions. Therefore there exists a risk of leading to errant results. In this case claimant shall be supposed to raise a plea to courts or authorities provided by institution regulations. However by considering that in practice customarily, the institutions prefer to start the proceeding even in case of a controversial competence possibility and to confer the resolution of the jurisdiction issue to arbitrators, effects of this risk are reduced to minimum.

In conclusion, in terms of institutional arbitration, the interest protected by the prima facie examination of the jurisdiction is to warrant the prestige of the institution and the parties' convenience by preventing the formation of an arbitration award which will be become as ineffective by court's examination.

2. The review of arbitrator's jurisdiction performed by the arbitrators

The question to be answered at this section of our thesis is that: During the arbitration proceeding, who will decide the arbitrator's jurisdiction in case of the respondent's objection to the jurisdiction? In this stage, two different examination authorities have been envisaged by the system: (i) the arbitrators and (ii) the States' court.

Today the principle of competence-competence stating that the arbitrators are competent to deal with the objection raised in respect of their jurisdiction has been accepted in many international agreements and modern national legislations.

In our thesis, the notion of the principle of competence-competence, the provisions of the Turkish legislations on this subject, the regulation of the institutions (ICC, LCIA, AAA, ICSID and ITO) and German, French/,Swiss, English and USA legislations on this subject have been examined.

The principle of competence-competence, stating the fact that the arbitration agreement that gives the competence to the arbitrators, enables also arbitrators to decide on their own jurisdiction, has been regulated in many international texts, such

as UNCITRAL Model Law or the Geneva Convention. The field of application and the efficiency of this principle are related to the national law regulations and institutions' texts.

In general, the regulations of modern national law and institutions' texts set the arbitrators as competent to examine the objection to their jurisdiction and to rule on its own jurisdiction. According to these regulations, if an objection to jurisdiction is raised by the respondent, the States' courts shall decline the file submitted to them after deciding whether there is a valid arbitration agreement.. In this stage, the depth of the Court's examination has been regulated differently in different regulations in every national law by considering the varied interests.

In the Turkish law, the lawmaker has made a difference regarding the competence of the arbitrators to rule on their jurisdiction, in term of the proceedings subject either to the International Arbitration Law or the Civil Procedure Law. In terms of the arbitration proceeding subjected to the International Arbitration Law, the lawmaker has foreseen the article 7/H empowering the arbitrator to rule on their own jurisdiction. Similarly in the article 5, the obligation of the States' courts to hand over the case to the arbitrators has been regulated. In term of arbitrations subject to the Civil Procedure Law, article 519 of the Civil Procedure Law sets forth that the arbitrator's jurisdiction should be decided by the States' courts. Therefore, it is possible to say that in Turkish law, both of the systems are cohabiting.

Moreover in this section of our thesis the following question and its answer have been analyzed: Is it correct to assign arbitrators as the authority to decide on their own jurisdiction during the arbitration proceeding? The principle of competence-competence which is widely recognized by many modern national law, international agreement and institutions' rules, is important in terms of speed and efficiency of the arbitration proceeding. Otherwise, during the arbitration proceeding any objection to the jurisdiction would oblige the arbitrators to hand over the case to the States' courts; and this would make a loss of speed in the proceeding. By considering that the system enables a review of the jurisdiction to be done by the States' courts in the stage of enforcement or set aside proceeding, the system would cause sensitiveness to the arbitrators while deciding on their own jurisdiction by considering the applicable law. From this point, the system is reviewing itself.

The disadvantage of this system shall be considered as following: the decision of the that arbitrators on their own jurisdiction is not final. An incorrect decision of arbitrators on their own jurisdiction may cause set aside or non- enforcement of the award. As it will be examined in the next section of our thesis, the arbitrators' decision on their own jurisdiction shall be reviewed by the Court at the stage of set aside or enforcement proceedings. Consequently should the award is setting aside or its enforcement has been rejected, the parties would waste their money and time. However by taking into consideration advantages of the principle of competence-competence, the system prefers to empower the arbitrators to deciding on their own jurisdiction during arbitration proceedings. Besides it directs arbitrators who are aware of review on decision by the courts, to make their examining delicately in order to restrain inconclusive and unenforceable decisions. Also as it will be examined

below, it aims to provide to persons to be heard on before competent authority by enabling the review on jurisdiction decision before the decision becomes final and unenforceable. In this respect the system is consistent and controllable.

3. The review of arbitrator's jurisdiction performed by the Court

In the third and last section of our thesis the review made by the States' courts on arbitrators' jurisdiction has been analyzed. The States' courts may review the jurisdiction during (this examining is proportionate to the regulation of the competence-competence principle in the applicable law) or after the arbitration proceeding in the stage of enforcement or setting aside proceedings.

In terms of the arbitration proceeding subjected to the International Arbitration Law, the lawmaker has foreseen the article 7/H empowering the arbitrator to rule on their own jurisdiction. Similarly in the article 5, the obligation of the States' courts to hand over the case to the arbitrators has been regulated. Therefore the court is not entitled to rule on the arbitrator's jurisdiction before the commencement of or during an arbitration proceeding.

However in terms of internal arbitration subject to Civil Procedure Law the lawmaker have adopted a different system. Before the arbitration proceeding, the arbitrator's jurisdiction may be reviewed by the court in a declaratory judgment action. Similarly during the arbitration proceeding arbitrators must hand over the case to the court according to article 519 when respondent raises an objection to the arbitrator's jurisdiction. In accordance with this regulation, for an arbitration subject to the Civil Procedure Law, the court is entitled to decide on the arbitrator's jurisdiction, so that arbitrator's can not decide on their own jurisdiction. In terms of internal arbitration legislators' purpose is to restrain waste of money and time in proceeding by letting the court decide on the arbitrator's jurisdiction as the final instance since the jurisdiction is a reason to appeal according to the article 533.

In comparative law, in the modern national law, the approach of the review of jurisdiction during the arbitration proceeding by the Court is as below: Many modern internal arbitration regimes have adopted the principle of competence-competence. According to this regulation the Court should cease proceeding after deciding whether there is a valid arbitration agreement.

In this term, in countries like Switzerland, Germany, France, England and USA, in case of an appeal submitted to the Court, before or during the arbitration proceeding, the States' courts should only decide whether there is a valid arbitration agreement. The depth of the examination made by the Court is regulated by the national laws differently (i.e; France, USA).

Apart from that, in comparative law, the objection to be made against the decision given by the arbitrators on their own jurisdiction shall be possible under some regulations(i.e. Germany, England).

Once again, according to the regulations in Germany and England, in case of the fulfillment of some conditions, the review of jurisdiction can be done directly by the Court.

The review of the arbitrator's jurisdiction by the Court is an issue which will be questioned essentially, after the arbitration proceeding.

The courts abandoning their competence to decide on the jurisdiction of the arbitrators in favor of the arbitrators shall review the jurisdiction before the stages in which the decisions becomes final and enforceable, which they are. Therefore the parties' rights to be heard before the competent authority shall be ensured and a decision given by an incompetent authority shall be eliminated without becoming binding and enforceable.

Under the Turkish law, the courts may examine the jurisdiction of the arbitrators in the following stages:

- 1- Article 15 of the International Arbitration Law: in the setting aside proceeding
- 2- Article 533/3 of the Civil Procedure Law: in an appeal proceeding in respect of the arbitration proceeding subject to the Civil Procedure Law,
- 3- Article 62 of Turkish International Private law: in the enforcement proceeding of a foreign award.

In the comparative law, in modern regulations like France, Germany, England and USA in the stage of setting aside or enforcement proceedings, the courts may examine the arbitrator's jurisdiction after the closure of the arbitration proceeding.

As mentioned above, these regulations provides the parties' rights to be heard before the competent authority shall be ensured and a decision given by an incompetent authority shall be eliminated without becoming binding and enforceable. Moreover by the examination to be done by the courts after the closure of the arbitration proceedings, the system enable an auto-control mechanism by requiring the arbitrators to be sensitive during the arbitration proceeding while deciding on their own jurisdiction.

In order to conclude, in the practice, the jurisdiction of the arbitrators is questioning at different stage in many important case. Modern national legislations, international treaties and institution regulations enables that the jurisdiction to be reviewed by different authorities during different phases as before, during and after arbitration proceeding. These different reviews shall be performed by considering different interests.

The prima facie examination made by the arbitration institutions prevents unnecessary waste of time and money. Moreover this examination shall ensure the institutional prestige, reliability. Competence competence principle enables the arbitration to perform fast and quick. The examination to be done by the courts at the end of the arbitration proceeding shall provides the parties' rights to be heard before

the competent authority shall be ensured and a decision given by an incompetent authority shall be eliminated without becoming binding and enforceable.

Özet

Anayasal normlar uyarınca esas olan uyuşmazlığın çözümünde devlet mahkemelerinin yetkili olmasıdır. Ancak taraflar bu hususta gereği gibi anlaşarak uyuşmazlığın çözümünde hakemleri yetkilendirebilirler. Bu yetkilendirmenin mevcudiyeti ve sınırları hakemlerin yargılama yetkilerini oluşturur. Kimsenin rızası dışında devlet mahkemesince yargılanma hakkı elinden alınamayacağından hakem yetkisinin belirlenmesi önemli bir sorundur. Çalışmamızın konusu, söz konusu hakem yetkisinin incelenmesidir.

Günümüzde uygulamada, hakem yetkisi meselesi önemli davaların birçoğunda farklı aşamalarda, farklı sebeplerle tartışılmaktadır. Bu sebeple bu çalışmamızda hakem yetkisinin farklı aşamalarda farklı merciler tarafından ve gözetilen farklı menfaatleri göz önünde bulundurarak belirlenmesi incelenmeye çalışılmıştır.

Hakem yetkisi tahkim yargılaması henüz başlamadan, tahkim yargılaması sırasında ve tahkim yargılaması bittikten sonra, inceleme konusu haline gelebilecektir. Çalışmamızda sistemin, hangi sebeple, hakem yetkisinin bu farklı aşamalarda incelenmesine olanak verdiğini, bu aşamalarda inceleme yapmaya yetkili merciin kimler olduğunu ve bu incelemeyi yaparken korunan değişik menfaatleri Türk hukuku, karşılaştırmalı hukuk ve kurum metinlerindeki değişik düzenlemeleri dikkate alarak incelemeye çalıştık. Buna göre hakem yetkisi üç farklı merci tarafından, farklı aşamalarda incelenebilmektedir. Bunlar;

- Tahkim kurumlarının ilgili idari birimlerince yapılan incelemeler
- Hakemler tarafından yapılan incelemeler ve
- Mahkemeler tarafından yapılan incelemeler olarak sınıflandırılabilir.

1) Tahkim kurumlarınca yapılan inceleme:

Bu inceleme tahkim yargılamasının başında dava dilekçesinin kuruma ibrazı ile yapılan bir incelemedir. Kurum, söz konusu uyuşmazlık hakkında tarafların tahkim anlaşması akdetlerini (ve böylece uyuşmazlığın çözümü hususunda tahkim iradelerini) ve tahkim yargılaması hususunda söz konusu kurum nezdinde yetkilendirme yapıp yapılmadığı konusunda bir ilk görünüş incelemesi yapmaktadır.

Uygulama yaygın olarak tercih edilen MTO, LCIA , AAA, ICSID, ITO gibi tahkim kurumlarının kurallarında bu incelemeden bahsedilmektedir. Bu inceleme usul ekonomisine uygun ve çok basamaklı bir denetim mekanizması sunmaktır.

Kurum tarafından yapılacak ön inceleme ile uyuşmazlığın çözümü konusunda tarafların iradelerin bulunmuyor olması ya da söz konusu kurum nezdinde bir tahkime

olanak sağlanmadığı tespit edilirse dava baştan açılmamış sayılacaktır. Böylece daha sonradan bizzat hakemlerin yetki incelemesi sonucu yetkisizlikten reddedilecek ya da iptal veya tenfiz aşamalarında mahkemelerce etkisiz hale getirilebilecek bir hakem kararının oluşması baştan önlenmiş olacaktır.

Bu durum kurum nezdinde yapılan yargılamalarda yetki açısından sağlıklı kararlar çıkmasına olanak vermesi açısından kurum prestiji ve güvenilirliği bakımından avantajlı olduğu gibi taraflar açısından avantajlıdır.

Şöyle ki, davalı iradesi dışında kendisine yöneltmiş bir tahkim davasından yargılamanın başında herhangi bir zaman, para ve emek harcamadan kurtulmuş olacak, davacı ise yine sonradan etkisiz hale gelebilecek bir yargılama için zaman ve para harcamayacaktır.

Bu incelemenin dezavantajı ise, özellikle davacı açısından ciddi sonuçlar doğuracak bu incelemenin idari kurumlarca yapılması ve yanlış sonuçlar çıkabilmesi riski olacaktır. Bu halde davacının mahkemelerce ya da kurum düzenlemelerince öngörülmuş mercilere itiraz etmesi gerekecektir. Ancak uygulamada teamül tartışılabilir bir yetki ihtimalinin varlığında dahi yargılamayı başlatmak ve yetki meselesinin çözümünü hakemlere tevdi etmek olduğu için bu riskin etkileri minimuma indirgenmiştir.

Sonuç olarak kurumsal tahkimler açısından hakem yetkisini kurumlarca tahkim yargılamanın başında incelenmesinde gözetilen menfaat, hakemlerin veya milli mahkemelerin incelemesiyle etkisiz hale gelebilecek bir hakem kararının oluşumunun, yargılamanın başında engellenerek taraflar açısından zaman ve para harcanmasını önlenmesi ve kurum prestijinin sağlanmasıdır.

2) Hakem yetkisinin hakemlerce incelenmesi:

Tahkim yargılaması sırasında taraflarca (davalı tarafça) hakem yetkisine itiraz edilmesi durumunda yetki itirazının kimin tarafından inceleneceği bu noktada tartışılan konuyu oluşturmaktadır. Bu aşamada sistem 2 farklı denetim ve inceleme merci öngörmüş olabilecektir: (i) yetki incelemesinin bizzat hakemler tarafından yapılması; (ii) yetki incelemesinin milli mahkemeler tarafından yapılması.

Bugün birçok uluslararası anlaşma ve modern milli düzenlemelerde tahkim yargılaması sırasında hakemlerin yetkisine itiraz edilmesi halinde bu itirazın bizzat hakemler tarafından inceleneceğini öngören “*competence- competence*” prensibi kabul edilmiştir.

Çalışmamızda “*competence- competence*” prensibi kavramı; Türk hukukundaki düzenlemeler; MTO, LCIA, AAA, ICSID ve ITO gibi kurum metinlerindeki düzenlemeler ve Almanya, Fransa, İsviçre, İngiltere ve ABD gibi ülkelerde hakem yetkisinin hakemlerce incelenmesine ilişkin düzenlemelere değinilmeye çalışılmıştır.

“*Competence- competence*” prensibi, bugün UNCITRAL Model Kanunu, Cenevre Konvansiyonu gibi birçok uluslararası metinde yer almakta olup, tahkim

anlaşması ile yetkilendirilen hakemlerin bu yetkilerinin, kendi yetkileri hakkında hüküm kurmayı da içerdiğini ifade etmektedir. Bu prensibin uygulama alanı ve efektifliği, tahkime uygulanan milli hukuklardaki düzenlemeler ve kurum metinleriyle ilgili olacaktır.

Genel olarak modern milli hukuklardaki ve kurum metinlerindeki düzenlemeler, hakemlerin yetkisine ilişkin itirazı inceleme ve yetkiye karar vermede yetkili merciiyi hakemler olarak belirlemişlerdir. Bu düzenlemeler uyarınca tahkime tabi bir uyuşmazlığın kendilerine taşınması halinde mahkemeler, tahkim itirazının yapılmasıyla mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit etmeleri halinde, meseleyi hakemlere tevdi etmek zorundadırlar. Bu aşamada mahkemelerin yapacağı denetimin derinliği, değişik menfaatler gözetilerek her bir milli hukukta farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Türk hukukunda da hakem yetkisinin hakemlerce incelenmesi konusunda MTK ve HMUK'a tabi yargılamalar açısından farklılık gözeterek kanun koyucu, MTK'ya tabi tahkim yargılamaları açısından MTK md.7/H ile hakemlerin yetki konusunda hüküm verme yetkilerinin olduğunu, MTK m.5 ile de mahkemelerin uyuşmazlığın kendilerine taşınmaları halinde meseleyi hakemlere tevdi etmek zorunda olduğunu düzenlemiştir. HUMK'a tabi tahkimler açısından ise md.519 uyarınca hakemlerin yetkisinin mahkemelerce inceleneceği düzenlenmiştir. Bu anlamda Türk hukukunda her 2 sistemin de yaşandığını söylemek mümkündür.

Bu noktada çalışmamız tartışılan bir diğer soru, hakem yetkisinin tahkim yargılaması sırasında incelenmesinde yetkili mercii hakemler olarak düzenlenmiş olmasının doğru olup olmadığıdır. Bugün birçok modern milli hukuk düzenlemesi, uluslararası anlaşma ve kurum kurallarında yer alan *competence-competence* prensibi uyarınca yetkiye hüküm kurma yetkisinin hakemlere verilmesi, özellikle tahkim yargılamasının hızı ve efektifliği açısından oldukça önemlidir. Çünkü aksi halde, yani tahkim yargılaması sırasında yetki itirazı olması halinde, bunu incelemekle yetkili makam devlet mahkemeleri olarak öngörölmüş olması durumunda, yargılamanın yapılacak herhangi bir yetki itirazıyla bölünmesi mahkemelere taşınması ve mahkeme müdahalesinin söz konusu olmasıyla hızını kaybetmesi söz konusu olabilecekti. Sistemin, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde incelendiği üzere hakem yetkisinin tahkim yargılamasından sonra iptal ve tenfiz aşamalarında mahkemelerce zaten denetlenebileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu aşamada hakem yetkisinin hakemlerce denetleniyor olması tahkim yargılamasının efektifliği açısından oldukça yerindedir. Aksi halde, tarafların tahkime başvurma konusundaki amaç ve beklentileri sonuçsuz kalacaktır. Sistemin hakem yetkisinin yargılama sonrasında mahkemelerce denetlenmesine olanak vermesi hakemlerce yargılama sırasında yapılan yetki incelemesinin hassaslaşmasına neden olacaktır. Bu açıdan hakemler yargılama sonucunda verecekleri kararın iptal edilmesi ya da tenfiz edilmemesi gibi bir sonuçla karşılaşmamak için, uygulanacak hukuku da dikkate alarak yetkili olduklarını tespit etmeye çalışacaklardır. Bu açıdan sistem kendi kendini de denetlemektedir.

Bu sistemin dezavantajı olarak görülebilecek nokta ise prensibin uygulanması sonucu hakemlerin verecekleri kararın nihai olmayışının yarattığı sakıncalar olabilecektir. Hakemlerin yetkileri hakkında verdikleri yanlış bir karar hakem

kararının iptaline neden olabileceği gibi, tenfizine de engel olabilecektir. Burada inceleneceği üzere hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları kararlar iptal ve tenfiz aşamalarında mahkemelerce denetlenmektedir. Bu açıdan yetki nedeniyle iptal olan ya da tenfiz edilemeyen bir karar ortaya çıkarsa, taraflar boşuna zaman ve para harcamış olacaklardır. Ancak bu düzenlemenin bir tercih meselesi olduğu söylenmelidir. Sistem, *competence-competence* prensibinin avantajlarını göz önünde bulundurarak yargılama sırasında yetki konusunda belirleme yapma yetkisini hakemlere tanımış, ancak bunu yaparken kararlarının denetleneceğinin bilincinde olan hakemler açısından, etkisiz veya icra edilemez bir kararın ortaya çıkmasını engellemek için, hakemleri incelemelerini hassas bir şekilde yapmaya yöneltmiştir. Ayrıca kararın nihai ve icra edilebilir hale gelmesinden evvel yetki konusunda denetim imkânı mahkemelere tanınarak kişilerin yetkili makam önünde yargılanmasını temin etmek istemiştir. Sistem bu açıdan tutarlı ve kendini denetleyen bir sistemdir.

3) Hakem yetkisinin mahkemelerce incelenmesi

Çalışmamızın son kısmında hakem yetkisini inceleyebilecek olan üçüncü merci olarak milli mahkemelerce yapılan incelemelerden bahsedilmiştir. Mahkemeler kendilerine yapılan başvuru uyarınca hakem yetkisini tahkim yargılaması sırasında (ki bu inceleme uygulanacak hukuktaki *competence-competence* prensibinin düzenlemeleriyle orantılıdır) ve tahkim yargılaması sonrasında iptal ve tenfiz aşamalarında inceleyebilirler.

Çalışmamızda öncelikle hakem yetkisinin tahkim yargılaması öncesinde ve sonrasında mahkemelerce incelenmesine değinilmiştir. Bahsedildiği üzere, bu incelemenin tahkim yargılaması öncesi veya sonrasında mahkemelerce yapılabilmesi uygulanacak hukuktaki düzenlemelere bağlıdır.

Türk hukuku açısından: MTK' ya tabi bir tahkim yargılamasında da MTK md.5 ve md.7 uyarınca tahkime tabi bir anlaşmazlığın kendisine taşınması halinde mahkemeler davalının tahkim itirazında bulunmasıyla, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığını tespit ederek meseleden el çekmek zorundadır. Bu açıdan MTK' ya tabi bir uyuşmazlık açısından mahkemeler tahkim yargılaması öncesinde ve sonrasında hakem yetkisini inceleme hakkı bulunmamaktadır.

HUMK'a tabi iç tahkim açısından ise kanun koyucu farklı bir sistem benimsemiş ve hakem yetkisinin tahkim yargılaması öncesinde mahkemelere bir tespit davası ile başvurarak mahkemelerce incelenmesini ya da yargılama sırasında yetkiye itiraz edilmesi halinde 519. madde uyarınca hakemlerin meseleyi mahkemelere tevdi etmek zorunda olduğunu düzenlemiştir. Bu düzenleme uyarınca HUMK'a tabi bir tahkim yargılamasında hakem yetkisi ancak mahkemeler tarafından incelenebilecek, hakemler tarafından yetki incelemesi yapılamayacaktır. Burada iç tahkim açısından kanun koyucu tarafından gözetilen menfaat, yetkinin 533. madde anlamında temyiz nedeni olduğu düşünülerek, zaman ve para kaybından kaçınmak

için yetkinin nihai yetkili makam olan mahkemelerce hükme bağlanması olduğu söylenebilir.

Karşılaştırmalı hukukta ise, bugün birçok modern milli düzenlemede *competence-competence* prensibi kabul edilmiştir. Bu düzenleme uyarınca mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit eden mahkeme uyuşmazlığı hakemlere bırakmak zorundadır.

Bu açıdan İsviçre, Almanya, Fransa, İngiltere ve ABD gibi ülkelerde tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında mahkemelere başvurulması halinde mahkemeler sadece tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğini inceleyecektir. Mahkemelerin bu aşamada yapacağı incelemenin derinliği yine milli hukuklarda farklı düzenlenmiştir (örneğin Fransa’da ancak tahkim anlaşmasında açıkça yokluk olması halinde mahkemelerce inceleme yapılması mümkün iken, ABD düzenlemesinde ise, mahkemeler tarafından, öncelikle tahkim anlaşmasının geçerliliği ve uyuşmazlığın tahkime elverişliliği incelendikten sonra, müspet sonuç çıkması halinde yetki meselesinin hakemlere bırakılması söz konusu olabilecektir.)

Bunun dışında karşılaştırmalı hukukta hakemlerin *competence-competence* prensibi sonucu verdikleri kararlara yine tahkim yargılaması devam ederken mahkemeler nezdinde itirazın mümkün olduğu düzenlemeler mevcuttur. Almanya ve İngiltere’deki düzenlemeler bu şekildedir. Bu düzenlemeler ile de yetkinin tahkim yargılamasını sırasında mahkemelerce incelenmesi mümkün olabilecektir.

Son olarak, yine Almanya ve İngiltere’deki düzenlemeler uyarınca bazı şartların gerçekleşmesi halinde yetkinin doğrudan mahkemelerce incelenmesi mümkündür. Çalışmamızda incelendiği üzere bu durum milli düzenlemelerde, *competence-competence* prensibinin ele alınışı ve gözetilen menfaatler ile ilgilidir.

Hakem yetkisinin mahkemelerce incelenmesi hali, esas olarak tahkim yargılaması sonrasında gündeme gelecektir.

Competence-competence prensibinin kabul edilmesi ve taraflar arasındaki tahkim anlaşması uyarınca yetki hakkında uyuşmazlığın çözümünü bu ana kadar hakemlere bırakan mahkemeler, hakem kararının kesinleşmesi ve icra kabiliyeti kazanması aşamalarından önce, kendilerine yapılacak bir itiraz ile yargılama yetkilerinden lehlerine vazgeçmiş oldukları hakemlerin gerçekten yetkili olup olmadıklarını inceleyecek, böylece yetkisiz makam tarafından verilmiş bir kararın hukuk düzeninde sonuç doğurması engellenmeye çalışılacaktır. Bununla birlikte, kişilerin rızası dışında, devlet mahkemesinde yargılama haklarının elinden alınmamış olması da temin etmiş olacaktır. Bu denetim ile sistem, her aşamada, hakem yetkisinin, farklı menfaatler gözetilerek farklı merciler tarafından incelenmesine olanak sağlamış ve hakemlerin karar verirken yetkili olduklarını güvence altına almaya çalışmıştır.

Türk hukukunda tahkim yargılaması sonrasında mahkemelerce yapılacak hakem yetkisi incelemesi şu aşamalarda olabilecektir:

1. MTK m.15 uyarınca iptal davası aşamasında hakem yetkisinin mahkemelerce incelenmesi
2. HUMK' tabi bir hakem yargılaması açısından, HUMK m. 533/3 uyarınca temyiz aşamasında hakem yetkisinin mahkemelerce incelenmesi
3. Yabancı hakem kararlarının tenfiz davası aşamasında, MÖHUK m. 62 uyarınca hakem yetkisi mahkemelerce incelenmesi.

Karşılaştırmalı hukuk'da Fransa, Almanya, İngiltere ve ABD gibi modern düzenlemelerde kanun koyucu, hakem yetkisinin, tahkim yargılaması sonrasında iptal davası ve tenfiz davası aşamalarında mahkemelerce denetlenmesini düzenlendiğini görmek mümkündür.

Bu düzenlemeler kararın kesinleşmesi ve icra edilebilir hale gelmesinden önce yetkili makamca yargılamanın yapılmış olmasının teminini sağlamakta aynı zamanda *competence-competence* prensibi açısından yetki incelemesi yapacak hakemler açısından hassas olmayı gerektirdiğinden bir iç denge mekanizması olarak gözükmektedir.

Sonuç olarak, hakem yetkisi uygulamada hemen hemen her önemli davada, farklı aşamalarda tartışılabilen bir konudur. Modern hukuk sistemleri, uluslar arası anlaşmalar ve kurum düzenlemeleri yetkinin tahkim yargılaması öncesinde, sırasında ve sonrasında olmak üzere farklı aşamalarda farklı merciler tarafından incelenmesini öngörmüştür. Bu farklı incelemeler farklı menfaatler göz önünde bulundurularak yapılmaktadır.

Tahkim Kurumlarınca yapılan inceleme gereksiz zaman ve para kaybı, kurum prestiji, güvenilirlik gibi nedenlerle avantajlı olduğu gibi yetki kararının idari bir mercii tarafından veriliyor olması nedeniyle de riskli bir incelemedir.

Hakemler tarafından yapılan inceleme, tahkimin hızlı ve seri olması, efektif olması, tahkim anlaşması ile gözetilen amaç ve beklentinin karşılanması, ahde vefa prensibi açısından avantajlı olduğu gibi yetkinin sonradan mahkemelerce denetlenmesi söz konusu olacağı için kendini denetleyen bir mekanizmaya olanak vermektedir.

Mahkemece yapılan inceleme ise, hakem kararı kesin ve icra edilebilir hale gelmeden önce yetkisiz makam tarafından verilmiş bir kararın hukuk düzeninde bulunması engellenmesi ve hakemleri hassas bir incelemeye yöneltmesi açısından faydalı bir tercihi ifade etmektedir.

Giriş

Anayasal norm ve kurallar uyarınca yargılama yetkisi devlet mahkemelerindedir. Buna göre, taraflar aralarında meydana gelen uyuşmazlığı devlet mahkemelerine başvurarak çözeceklerdir. Ancak kanunlar uyarınca, bazı uyuşmazlıkların, devlet yargılamasına alternatif olarak tarafların bu hususta gereği gibi anlaşmaları ile tahkimle çözümlenmesi mümkündür. Bu durumda tahkim yargılamasının mümkün olabilmesi için esas olan tarafların gereği gibi bir tahkim anlaşması yaparak, uyuşmazlığın çözümü hususunda hakemleri yetkilendirmeleridir. Tarafların hakemlere sağlayacağı bu yetkilendirme ile taraflar, birincisi uyuşmazlığın hakemlerde çözümlenmesi, ikincisi mahkemelerin söz konusu uyuşmazlığı yargılamada yetkili olmamaları şeklinde iki farklı husus konusunda anlaşmaktadırlar. Bir başka deyişle, hakem yetkisinin kaynağını oluşturan bu anlaşma aynı zamanda mahkemelerin söz konusu uyuşmazlık hakkında yargılama yetkilerinin bulunmadığına da işaret etmektedir. Dolayısıyla hakem ve/ veya mahkemelerin yargılama yetkilerinin varlıklarını ve sınırlarını belirleyen bu iradenin mevcudiyeti, geçerliliği, etkinliği ve uygulanabilirliği söz konusu uyuşmazlığın çözümünde yargılama yetkisi bulunan makamı belirleyecektir. Ancak asıl sorulması gereken soru, bu iradenin mevcudiyeti, geçerliliği, etkinliği ve uygulanabilirliğinin bulunup bulunmadığına hangi aşamada, hangi kesinlikte, hangi menfaatler gözetilerek hangi mercii tarafından karar verileceğidir.

Devletlerin tahkime ilişkin kanuni düzenlemeleri, uluslararası anlaşmalar ve tahkim kurumlarının kuralları incelendiğinde hakem yetkisinin tahkim kurumları, milli mahkemeler ve bizzat hakemler tarafından olmak üzere üç farklı mercii tarafından incelenebildiği görülmüştür. Bu mercilerin hakem yetkisini incelemekteki zamanlamaları ve derinlikleri farklı olmakla beraber, verecekleri kararın nihailiği ya da ne gibi denetimlere tabi tutulduğu da farklılaşmaktadır. Bununla beraber söz konusu mercilerin hakem yetkisini incelerken gözettikleri menfaat ve hizmet ettikleri amaçlarda farklıdır.

Çalışmamızın ilk kısmında incelendiği üzere, tahkim kurumlarınca yapılan inceleme tahkim yargılamasının başında dava dilekçesinin kuruma ibrazı ile yapılan bir incelemedir. Kurum, söz konusu uyuşmazlık hakkında tarafların tahkim anlaşması akdetlerini (ve böylece uyuşmazlığın çözümü hususunda tahkim iradelerini) ve tahkim yargılaması hususunda söz konusu kurum nezdinde yetkilendirme yapılıp yapılmadığı konusunda bir ilk görünüş incelemesi yapmaktadır. Kurumsal tahkimler açısından hakem yetkisini kurumlarca tahkim yargılamasının başında incelenmesinde gözetilen menfaat, hakemlerin veya milli mahkemelerin incelemesiyle etkisiz hale gelebilecek bir hakem kararının oluşumunun, yargılamanın başında engellenerek taraflar açısından zaman ve para harcanmasını önlenmesi ve kurum prestijinin sağlanmasıdır.

Çalışmamızın ikinci kısmında ise tahkim yargılaması sırasında yapılan yetki itirazları açısından incelemenin hangi mercii tarafından yapılacağına değinilmiştir. Genel olarak modern milli hukuklardaki ve kurum metinlerindeki düzenlemeler, hakemlerin yetkisine ilişkin itirazı inceleme ve yetkiye karar vermede yetkili merciiyi hakemler olarak belirlemişlerdir. Bu düzenlemeler uyarınca tahkime tabi bir uyuşmazlığın kendilerine taşınması halinde mahkemeler, tahkim itirazının yapılmasıyla mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit etmeleri halinde, meseleyi hakemlere tevdi etmek zorundadırlar. Bu aşamada mahkemelerin yapacağı denetimin derinliği, değişik menfaatler gözetilerek her bir milli hukukta farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

Çalışmamızın son kısmında ise hakem yetkisini inceleyebilecek olan üçüncü merci olarak milli mahkemelerce yapılan incelemelerden bahsedilmiştir. Mahkemeler kendilerine yapılan başvuru uyarınca hakem yetkisini tahkim yargılaması sırasında (ki bu inceleme uygulanacak hukuktaki competence-competence prensibinin düzenlemeleriyle orantılıdır) ve tahkim yargılaması sonrasında iptal ve tenfiz aşamalarında inceleyebilirler.

I. Hakemlerin Yetkisinin Tahkim Kurumlarınca İncelenmesi

A. Tahkim Kurumlarınca Yapılan Ön İnceleme Kavramı ve Amacı:

Hakem yetkisi hakkında tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme hakem yetkisinin çok basamaklı olarak incelenmesini hedefleyen, usul ekonomisine uygun bir çözümü amaçlamaktadır¹.

Tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme, taraflar arasında uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü öngören bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve bu anlaşmanın ilgili kurum nezdinde bir tahkime olanak sağlayıp sağlamadığının araştırılmasını ifade etmektedir. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere kendisine müracaat edilen tahkim kurumu, kendisini açıkça yetkilendirmeyen, kurumun adının zikredilmediği, muğlâk tahkim şartlarını yapmış olduğu ön incelemeyle tespit ederek tahkimin başlatılmasını önleyebilecektir. Bu durum yargılamanın sonunda yetkisizlik nedeniyle icra kabiliyeti kazanamayacak bir hakem kararının kurum nezdinde ortaya çıkmasını yargılama henüz başlamadan önlenmesini amaçlamaktadır.

Tahkim kurumlarının yetkili idari birimlerince, yargılamanın başında davacı tarafından ibraz edilen dava dilekçesini incelemesinden sonra tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti hakkında bir şüpheye düşmesi durumunda gereksiz zaman ve gider kaybindan kaçınmak için öncelikle yapılacak bir “ön inceleme” ile geçerli ve kurum nezdinde tahkime olanak tanıyan bir tahkim sözleşmesinin varlığını tespit etmeye çalışılacaktır.

Tahkim kurumlarınca yapılan bu ön inceleme özellikle davalının gereksiz zaman ve masraf kaybını önlemektedir. Kanaatimizce tahkim kurumlarınca yapılan bu “ön inceleme” kurumsal tahkimin önemli avantajlarından biri olarak kabul

¹ Leyla Berber Keser, **Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 34

edilmelidir. Kurumsal tahkimi *ad hoc* tahkimden ayıran en önemli özellik bu konuda mevcut bulunan şüphe veya itirazların nihai ve kesin bir biçimde olmasa da bir ön incelemeye tabi tutuluyor olmasıdır².

Tahkim kurumlarınca yapılacak ön incelemeden ne anlaşılması gerektiği aşağıdaki bazı tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme bahsinde incelenecektir. Ancak genel olarak tahkim kurumlarınca yapılacak ön inceleme, söz konusu kurum nezdinde tahkime olanak sağlayacak bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin ilk görünüşe göre incelenmesi anlamına gelmektedir.

Uygulamada genellikle karşılaşılan yetki itirazları³ konusunda tahkim kurumlarınca yapılacak inceleme şekli bir ilk görünüş incelemesi niteliğindedir. Buna göre tahkim anlaşmasının varlığı; geçerliliği veya kurum nezdinde yetkilendirme sağlıyor olduğuna dair yapılacak şekli bir incelemeden sonra diğer yetki itirazları hakkında karar verme yetkisi hakem mahkemesine bırakılacaktır.

İleride daha detaylı inceleneceği üzere hakem mahkemesinin kurulmasından sonra yetki meselesi hakkında karar verecek olan mercii bizzat hakem heyetidir. Ancak hakem heyeti teşekkülüne kadar geçecek süreçte özellikle davacı tarafından uygun bir tahkim sözleşmesi olmaksızın tahkim kurumuna ibraz edilen dava dilekçesinin ardından bu durumun kurum tarafından yapılacak bir ön inceleme ile

²Michael J. Mustill, **International and ICC Arbitration**, London, Butterworths, December 1990, s.50

³ Keser, **Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması**, s. 35 “Tahkim kurumu nezdinde tahkimin yapılmasına olanak veren bir sözleşmenin dışında uygulamada karşılaşılan diğer yetki itirazları şu şekilde gruplandırılmıştır:

a) şekil noksanlığı

b) subjektif tahkim edilebilirliğin mevcut olmadığı (özellikle kamu hukuku kurumlarında)

c) objektif tahkim edilebilirliğin mevcut olmadığı

d) akdi olarak öngörülen uzlaştırma çabalarına ve ya uzlaşma prosedürüne uyulmadığı

e) halefiyet tartışması

g) Joint venture'in üyeleri, joint venture tarafından aktedilen tahkim sözleşmesi ile bağlı mıdır?

h) sözleşmede yer alan tahkim sözleşmesi aynı taraflar arasında eş zamanda veya daha sonra aktedilen diğer sözleşmelerden önce mi gelecektir veya bu sözleşme diğer sözleşmelerden hukuken bağımsız mıdır?

İ) Tahkim sözleşmesi doğrudan doğruya sadece sözleşmenin taraflarını mı bağlar, yoksa diğer kimselere de sirayet eder mi ?”

tespiti ile davanın yetkisizlikten reddedilebilecek ve yahut açılmamış sayılabilecek olması davalıya bu anlamda bir koruma tahsis edecektir.

Keser'e⁴ göre, tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme, genel olarak yargılamanın geciktirilmesi riskini ortaya çıkartmaktadır. Taraflar arasında gerçekleşecek dilekçe trafiğinin yargılamayı sürüncemede bırakması tehlikesini oluşturabileceği ileri sürülmüştür. Kanaatimizce uygulamada doğması muhtemel bu tehlikenin aşılmasının yolu kurum düzenlemelerinde bu konu hakkında yapılacak dilekçe teatisi ve inceleme sürecinin belirli ve kesin sürelerle bağlanması olacaktır.

B. Bazı Tahkim Kurumlarınca Yapılan Ön İnceleme ve İlgili Düzenlemeler

1) Milletlerarası Ticaret Odası ("MTO") Düzenleme ve Uygulamaları:

MTO Tahkim Kuralları ("Kurallar") 6. maddesi uyarınca davalının dava dilekçesine ("*request for arbitration*") md. 5 uyarınca vereceği cevabında hakem yetkisine itiraz etmesi ve ya dava dilekçesine cevap vermemesi halinde tahkim yargılaması başlamadan evvel MTO Divanı tarafından yapılacak ön inceleme ("*prima facie*" değerlendirme) ile hakemlerin yetkisi olup olmadığı saptanacak ve şayet hakemlerin yetkili olduğu sonucuna varılır ise tahkimin devamına karar verilecektir. Bu durumda söz konusu itirazlar hakkında mesele hakemlere tevdi edilmiş olacaktır. Divan tarafından yapılacak ön inceleme ile hakemlerin yetkili olmadığı sonucuna varılırsa tahkimin devam edemeyeceği taraflara tebliğ edilecektir. Söz konusu 6. maddedeki düzenleme şu şekildedir⁵:

"Tahkim Sözleşmesinin Hükümleri

1

⁴ A.g.e s.36

⁵ http://www.arbitration-law.org/ICC/rules_arb_turc.pdf

Taraflar, MTO Tahkim Kuralları uyarınca tahkime müracaat etmek üzere anlaşmışlarsa, tahkim sözleşmesi tarihinde yürürlükte olan Kurallara tabi olma şartı konmamışsa, fiilen, tahkim yargılamasının başladığı tarihte yürürlükte olan Kuralların hükümlerine uyacakları anlamına gelir.

2

Davalı 5. Madde uyarınca Cevap vermediği veya taraflardan herhangi biri, tahkim şartının mevcudiyeti, geçerliliği veya kapsamına ilişkin bir veya daha fazla itiraz ileri sürdüğü takdirde Divan, itiraz veya itirazların kabul edilebilir olup olmadığına ve davanın esasına tesir etmemek üzere, kurallar dâhilinde bir tahkim sözleşmesinin varlığının kabul edilir olabileceği ön kanısına ulaşır ise tahkimin devamına karar verebilir. Bu halde kendi yetkisi hakkında karar vermek Hakem Mahkemesine aittir. Divan bu yönde kanaat getirmezse, tahkimin devam edemeyeceği taraflara tebliğ edilecektir. Böyle bir durumda, taraflardan her birinin bağlayıcı bir tahkim şartının olup olmadığına dair yetkili herhangi bir mahkemeye başvurma hakları saklıdır.

3

Taraflardan herhangi biri tahkimi reddeder veya tahkime katılmaz veya herhangi bir aşamasına katılmazsa, tahkim bu red veya katılmamaya rağmen yürütülür.

4

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, Hakem Mahkemesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine karar vermiş olması kaydıyla, sözleşmenin geçersiz olduğuna veya yokluğuna dair bir iddia Hakem Mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır. Esas sözleşme yokluk veya geçersizlik ile sakat olsa bile, Hakem Mahkemesinin tarafların karşılıklı hukukunu tayin ve iddia ve savunmaları hakkında karar vermek hususundaki yetkileri devam edecektir.”

1998 tarihli yeni MTO Kurallarının 6. maddesinde düzenlenmiş olan ön inceleme kuralı, daha önceki düzenlemeler gibi özellikle davacının dava dilekçesinde

uyuşmazlığın MTO tahkimi ile çözümleneceğine ilişkin anlaşmayı içeren herhangi bir belirleme yapmamış olması ihtimaline karşı getirilmiştir⁶.

“Ön inceleme” (*prima facie*) düzenlemesi ilk kez 1955 tarihli MTO Kurallarının 13(3) maddesinde yer almıştır. Ön incelemeye ilişkin düzenleme 1975 tarihli kurallarda 7 ve 8(3) maddelerinde yer alırken 1998 tarihli MTO Kuralları 7 ve 8(3) maddelerini 6. maddede toplayarak şu anki mevcut güncel düzenlemeyi oluşturmuştur⁷.

6. maddenin 2. fıkrası MTO Divanı'nın Kurallar çerçevesinde tahkim yapılacağına ilişkin bir anlaşmanın taraflarca yapılıp yapılmadığı hakkındaki ön kanısına ilişkin kararını düzenlemektedir. Yapılacak ön inceleme sonucunda Divan'ın vereceği karar temel olarak yetki hakkında tartışılabilir bir durum olup olmadığına ilişkin olacaktır. Şayet yetki konusunda tartışılabilir bir durum olduğu kanaatine varılırsa yetkiye ilişkin karar hakem mahkemesi tarafından verilecektir. Ancak taraflar arasında MTO tahkimine olanak sağlayan bir tahkim anlaşmasının bulunmaması ya da açıkça geçersiz olması halinde Divan tahkimin devam etmemesine karar verecektir⁸.

Belirtmek gerekir ki, Divan tarafından verilen karar bir hakem kararı olmayıp, bir kurum olarak MTO Tahkim Divanı'nca verilen bir karardır ve adeta bir “idari karar” niteliğindedir. Divan ve yetkilerini düzenleyen MTO Kuralları md.1 uyarınca:

“Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı («Divan»), Milletlerarası Ticaret Odasına («MTO»)bağlı tahkim kuruluşudur. Divanın statüsü EK I'de belirtilmiştir. Bu Divanın üyeleri MTO Dünya Konseyi tarafından tayin edilir. Divanın görevi milletlerarası mahiyette ticari ihtilafları bu Kurallarına uygun olarak tahkim yoluyla çözmektir.

⁶ Yves Derains/ Eric A. Schwartz , **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**, Kluwer Law International, 1998, s.79

⁷ **A.g.e.** s.80 dipnot 132

⁸ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Üçüncü Bası, Beta Yayınevi, 2005, İstanbul, s.263

Bir tahkim anlaşmasıyla yetki verildiği takdirde, Divan milletlerarası nitelikte olmayan ticari ihtilafların da bu Kurallar ile çözülmesini sağlayacaktır.

Divan'ın kendisi ihtilafları çözmez. Bu Kuralların uygulanmasını temin fonksiyonunu görür. Kendi iç Tüzük'ünü yapar."

Fransız Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu *Cubic* kararında⁹ da belirtildiği üzere MTO Kuralları, tahkimin organize edilmesi ile ilgili faaliyetler ve bu kapsamda verilen kararlar ile uyuşmazlık hakkında karar verilmesi arasında bir ayırım öngörmektedir.

Divan'ın uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Divan'ın rolü uyuşmazlığın esas ve prosedür hakkında karar verecek olan hakem mahkemesinin görevini yapabilmesi için Kurallar çerçevesinde idari kararlar almak ve tahkim prosedürünün bu Kurallar çerçevesinde işlediğini gözlemleyip güvence altına almaktır.

Bu sebeple davacının kendisine ulaşan dava dilekçesi sonrasında gerçekten de davacının iddia ettiği üzere meselenin MTO Tahkim yargılaması ile çözümlenmesi gerekip gerekmediğine yapacağı bir ön incelemeyle karar verecek ve bundan sonra hakem heyetinin oluşumu, avans ödemeleri gibi eylemlerle yargılamayı başlatacaktır.

Davalı cevap dilekçesini vermemiş ve dolayısıyla da sözleşmede yokluk, geçersizlik ve ya sakatlık bulunduğu dair bir itirazda bulunmamış olsa bile bu hallerin bulunduğu Divan tarafından bizzat dikkate alınabilecektir¹⁰.

Kurallarda da belirtildiği üzere Divanca bu ön incelemenin yapılabilmesi davalı tarafından cevap dilekçesinin verilmemiş olması ya da taraflardan birince tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ya da kapsamı hakkında bir itiraz yapılmış olmasına

⁹ 1. Cass Civ, 20 Şubat 2001, Societe Cubic Defense Systems Inc v ICC, (2001) Rev. Arb 3/511

¹⁰ Michael Buhler/ Thomas Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, Thomson, First Edition, London Sweet&Maxwell 2005, s.97

bağlıdır. Dolayısıyla bu düzenleme ile taraflar arasında mevcut ve MTO tahkimini mümkün kılan bir tahkim anlaşması olmasa bile, davalının herhangi bir itirazda bulunmaksızın cevap dilekçesini vermiş olması halinde Divanın ön inceleme yapma imkânı bulunmamaktadır. Böylece önceden yapılmış geçerli bir MTO tahkimine ilişkin anlaşma bulunmasa da davalının buna itiraz etmemiş olmasıyla tahkimin başlatılması açısından herhangi bir engel olmayacaktır¹¹.

Davalının cevap dilekçesi sunmamış olması hali dışında taraflardan birince tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ya da kapsamı hakkında itiraz edilmiş olması durumunda ön inceleme yapılacaktır.

Davacı Divan'ın olumlu ön kanısını almak veya hakem mahkemesinde bu konuda kısmi (*partial*) bir hüküm almak için yetki meselesine dava dilekçesinde değinebilir. Davacının böyle bir tutum sergilemesindeki menfaati davasında esasa girilmesiyle katlanacağı masraflar oluşturmaksızın yetkinin varlığı konusunda olumlu bir karar almak olabilir.

Davalı cevap dilekçesini vermemiş ve yetkiyle ilgili herhangi bir itirazda bulunmamışsa Divan'ın yetki hakkında yapacağı ön incelemenin davacının dava dilekçesinde sunduğu iddialarla şekilleneceğini söylemek gerekir. Şayet davacı da dava dilekçesinde yetki ile ilgili herhangi bir iddiada bulunmamışsa, Divan Sekreteryası gerekirse bu durumda (davalıya da aynı mektubu kopyalamak suretiyle) davacıya bir mektup yazarak dikkate aldığı yetki sorununu gündeme getirebilir. Bu durumda davacıdan beklenen yorumlarıyla birlikte bu mektuba cevap vererek Divan'ın yetki konusunu ön incelemeye tabi tutmasını ve karar vermesini beklemek olacaktır¹².

Uygulamada daha sık rastlanan durum ise, davalının bir cevap dilekçesi vererek yetki meselesini gündeme getirmesidir. MTO Tahkim Kurallarında bu itirazın ne şekilde oluşturulacağına dair öngörölmüş bir prosedür bulunmamaktadır. Ancak genel

¹¹ Derains/ Schwartz, , **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**, s. 84

¹² Buhler/ Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s.98

uygulama uyarınca davalının bir cevap dilekçesi sunması ve burada yetki meselesini gündeme getirmesi durumunda Sekretarya tarafından davacıya cevap verme hakkı tanınmak gerekecek ve bundan sonra da davalıya cevaba cevap vermesi için belirli bir süre tanınacaktır. Uygulamada birçok davada Sekretarya'nın meseleyi karar vermesi için Divan önüne götürmesinden evvel ayrıntılı yazışmaların olduğu görülmektedir¹³. Zira Divan'ın yetki hakkında vereceği kararın olumsuz olması halinde bu durumun özellikle davacı açısından ağır sonuçlarının bulunacaktır.

6. maddede öngörülen bu prosedürün avantajlarından biri ise tarafların daha henüz yargılamanın başında yetki hakkındaki iddia ve savunmalarını çok ayrıntılı bir şekilde dilekçelerinde ibraz etmesi zorunluluğu doğuruyor olmasıdır. Bu şekilde yetki kararını verecek olan hakem mahkemesi yargılamanın en başında temel bir mesele olarak yargılama yetkisi hakkında kararını verebilecektir.

Özetle davalı tarafından cevap dilekçesi verilmemiş olması ya da taraflarca tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı konusunda bir itiraz yapılmış olması halinde, MTO Divan'ı hakem yetkisine ilişkin *prima facie* inceleme yapmak zorundadır.

Uygulamada yapılan itirazlar çerçevesinde Divan tarafından yapılan ön incelemenin özellikle şu konularda yoğunlaştığı görülmüştür: *Taraflar arasında bir tahkim anlaşması mevcut mudur?; Tahkim anlaşması MTO tahkimini mi düzenlemektedir?; Tahkim anlaşması kimlere uygulanır ve yahut kimleri bağlayacaktır?*¹⁴.

Yapılacak ön inceleme sonucunda Divan'ın verebileceği iki farklı karar bulunmaktadır. Bu karar hakem yetkisinin bulunduğu yönünde olabileceği gibi hakem yetkisinin olmadığı şekilde de olabilir.

¹³ A.g.e s.98

¹⁴ Derains/ Schwartz, **A Guide to the New ICC Rules of Arbitration**, s.87 vd.

Divan tarafından hakem yetkisinin bulunmadığına ilişkin karar verilmesi uygulamada çok sık rastlanan bir durum değildir. Genellikle Divan bu hususta karar verme yetkisini hakem mahkemesine bırakmaktadır. Ancak nadiren de olsa Divan hakem yetkisinin bulunmadığına ve MTO tahkim yargılamasına yer olmadığına karar vermişse, bu durumu gerekçelendirmek zorunda değildir. Bu durumda yargılama henüz başlamadan sona erecektir.

Divan tarafından MTO tahkim yargılamasına yer olmadığı kararının verilmiş olması durumunda davacının başvurabileceği tek kanun yolu milli mahkemelere başvurmaktır. Örnek vermek gerekirse, *Cesklovenska Obchodni Banka A.S.*¹⁵ davasında davacı Divan'ın yargılamaya yer olmadığına ilişkin kararına karşı milli mahkemelere başvurmuştur.

Divan tarafından yapılan *prima facie* inceleme sonucunda Divan hakem yetkisinin bulunduğuna ve MTO tahkiminin devamına da karar verebilir. Bu karar sonucunda hakem heyetinin teşekkülü, avans ödemelerinin belirlenmesi ve gerekirse tahkim yerinin kararlaştırılması gibi konulara geçilecektir. Divan'ın *prima facie* sonucunda vermiş olduğu karar hakem mahkemesi açısından bağlayıcı değildir. Başka bir deyişle hakem mahkemesi Divanın MTO yargılamasının başlamasına ilişkin kararını takiben yetkisiz olduğu konusunda karar verebilir. Divan'ın vermiş olduğu karar MTO tahkim anlaşmasının bulunabileceği ihtimaline dayanmaktadır. Bu durumda tahkim anlaşmasının bulunmadığına veya hakemlerin yetkisizliğine dair kararı vermek hakem heyetinin yetkisindedir.

Bu aşamada 7895 no'lu MTO Nihai kararının¹⁶ incelenmesinde fayda olacaktır. Somut uyuşmazlıkta taraflarca akdedilmiş olan dağıtıcılık sözleşmesinin 11.F maddesinde “ iş bu sözleşme kapsamında ve ya buna bağlantılı olarak doğan herhangi bir uyuşmazlığın Paris'te Paris Milletlerarası Ticaret Odası tahkim ve uzlaşma kuralları çerçevesinde çözüleceği” kararlaştırılmıştır. Davalı 2 Temmuz 1993 tarihli

¹⁵ TGI Paris, 8 Ekim 1986 Cesklovenska Obchodni Banka A.S v. Milletlerarası Ticaret Odası, Rev Arb 3/367

¹⁶ 7895 nolu davada Nihai 1994 tarihli Karar, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 8 No. 2'de yayımlanmıştır, 1997'de yayımlanmıştır.

cevap dilekçesinde dağıtıcılık sözleşmesinde MTO tahkimini belirleyen açık bir tahkim klozunun olmadığı gerekçesiyle MTO tahkim yargılamasına yer olmadığını belirtmiştir. Özellikle de Paris Milletlerarası Ticaret Odası teriminin MTO yetkilendirmesinde bulunmadığı gerekçesiyle Divan'ın yapacağı *prima facie* inceleme sonucunda yetki yokluğundan yargılamaya yer olmadığına karar verilmesini istemiştir.

Divan yapmış olduğu *prima facie* inceleme sonucunda MTO hakem yargılaması anlaşmasını sağlayan klozun varlığına kanaat getirmiştir. Divan tarafından yapılan *prima facie* inceleme sonucunda MTO tahkim yargılamasına yer olacağına kanaat getirilmesi ardından hukuki anlamda yetkinin bulunup bulunmadığına dair kararı verme hakemlere bırakılmıştır. Hakem mahkemesi ise Paris'te Milletlerarası Ticaret Odası isimli başka bir kuruluş olmaması; davalının başka bir kuruluş ile karışıklık yaratıldığına dair yeterli delili sunmamış olması gerekçesiyle yetkili olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere Divan'ın incelemesi ancak MTO tahkim yargılamasınca incelenebilir bir durum olup olmadığının ön tespitinden ibarettir. Bundan sonra yargılamaya geçilince asıl yetki hakkındaki karar hakemler tarafından verilecektir¹⁷.

2) LCIA Düzenleme ve Uygulamaları

LCIA (*London Court of International Arbitration*) uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü kapsamında hizmet veren en eski kuruluşlardan biridir. Kurumun sekreteryası kurumun günlük idari işlerinin LCIA kurallarına uygunluğu ile takibi hususunda görevlidir. Aynı zamanda aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere ön incelemeyi yapan kurumdur¹⁸.

LCIA Tahkim Kurallarının giriş kısmında uyuşmazlığın LCIA nezdinde bir tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için tarafların arasındaki tahkim anlaşmasında

¹⁷ MTO Kuralları'nın 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca taraflardan birinin yargılamada yer almak için gerekli eylemi göstermemesi ve yahut yargılamada yer almayı reddetmesinin hakem mahkemesinin yargılama yetkisi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

¹⁸ R. Doak Bishop/ James Crawford/ W. Mizheal Reisman, **Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary**, Kluwer Law International, 2005, Netherlands, s. 432

açıkça LCIA nezdinde bir tahkimin öngörölmüş olması şartı aranmıştır¹⁹. LCIA Tahkim Kurallarının 1. maddesi LCIA nezdinde yapılacak bir tahkimin ne şekilde başlatılacağını düzenlemektedir. 1. maddeye göre davacının LCIA sekreteryaya sunacağı bir dava dilekçesiyle tahkim başlamış kabul edilecektir. Ancak 1. madde LCIA nezdinde tahkim başlatılabilmesi için dilekçede bulunması gereken bilgiler açıkça belirtilmiştir. Buna göre taraflar arasında akdedilmiş olan ve LCIA tahkimini mümkün kılan tahkim anlaşmasının da LCIA sekreteryasına sunulması gerekmektedir²⁰.

1. maddenin 2. fıkrası uyarınca LCIA sekreteryası söz konusu anlaşmanın LCIA tahkimine olanak verdiği yönündeki ön incelemesini yapıp müspet bir sonuca vardıktan sonra (dilekçenin 1. maddede belirtilen diğer bilgileri de taşıyor olması şartıyla) kayıt işlemlerini yaparak dilekçenin Divana ulaştığı tarihte tahkim başlamış kabul edilecektir.

3) AAA Düzenleme ve Uygulamaları

AAA (*American Arbitration Association*) uzun zamandan beridir geniş bir yelpazede meydana gelebilecek uyuşmazlıkların çözümü özellikle de ADR gibi sunmuş olduğu alternatif çözüm metotlarıyla uygulamada çok başvuru alan kurumlardan biridir²¹.

AAA Kuralları uyarınca AAA nezdinde bir tahkim başlatılmasının 2 yolu bulunmaktadır. Buna göre, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında AAA tahkimini mümkün kılan bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Böyle bir anlaşma bulunmaması halinde, AAA sekreteryası tarafından bu hususta ek bir anlaşma (*submission to arbitration*) yapılması gerekliliği aranmaktadır²².

¹⁹ http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_english_main.htm#article1

²⁰ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s.265

²¹ Bishop/ Crawford/ Reisman, *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, s. 434

²² <http://www.adr.org/sp.asp?id=22243>

AAA nezdinde başlatılacak bir tahkimde kuruma taraflar arasında yapılmış ve AAA tahkimini mümkün kılan anlaşmanın ibrazı gerekmektedir. Bu anlaşmanın incelenmesiyle kurum nezdinde gerekli diğer prosedürlerin yerine getirilmesiyle tahkim başlatılabilecektir. Kurum burada bir ön inceleme yaparak anlaşmanın mevcudiyeti kanaat getirdikten sonra AAA Tahkim Kuralları md. 2 uyarınca tahkim başlatacaktır²³.

AAA tahkiminde kurumun yetkililerince yapılan ön inceleme sonucunda tahkim anlaşmasının bulunmadığı veya AAA nezdinde bir tahkimin düzenlenmediği sonucuna varılırsa, tarafların AAA tahkimini mümkün kılan bir anlaşma yapması ve bu şekilde kuruma başvurulması gerekliliğinden bahsedilmektedir. Bu durum kurum nezdinde daha sonra yetki açısından iptal edilebilecek ya da tenfizi mümkün olmayacak bir kararla sonuçlanacak hakem yargılamasını baştan önlemek açısından faydalı olduğu gibi zaman ve masraf kaybı açısından da davalı lehine bir sonuç yaratacak bir ön inceleme ve bunun sonuçlarıdır. Kuruma AAA nezdinde tahkime olanak veren bir anlaşmanın sunulmamış olması halinde tahkim başlatılmayacaktır.

4) ICSID Düzenleme ve Uygulamaları

ICSID Merkezi (*International Center for Settlement of Investment Disputes*) (“Merkez”), Taraf Devlet Yatırımcıları ve Taraf Devletler Arasında Meydana Gelecek Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID ya da Washington Konvansiyonu) kapsamında kurulmuş uluslararası, bağımsız bir kurumdur. Konvansiyon ICSID kurumunun yetkileri, görevleri ve organizasyonu hakkında düzenlemeler getirmektedir. ICSID’in temel görevi uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümü hakkında tahkim ve arabuluculuk hizmetlerinin sağlanmasıdır²⁴.

²³ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s.273

²⁴ K.V.S.K.Nathan, *The ICSID Convention, The Law of the International Centre For Settlement of Investment*, Juris, New York 2000, s. 47

ICSID Konvansiyonu Dünya Bankasınca hazırlanmış, 18 Mart 1965’de imzaya açılmış ve 14 Ekim 1966’da yürürlüğe girmiş çok uluslu bir anlaşmadır. Konvansiyon, yatırımları tehdit eden ticari olmayan risklerin etkilerini kaldırmak ve yatırım uyuşmazlıklarının çözümü hakkında mevcut bulunan uluslararası mekanizma boşluğunu doldurmayı amaçlamaktadır. Merkez, Konvansiyon tarafından kurulmuş uluslararası, tarafsız bir platform olarak taraflar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusunda araçlar sağlamayı hedeflemektedir. ICSID olanaklarına yapılacak başvuru ancak tarafların bu husustaki rızası ile mümkün olabilecektir²⁵.

ICSID Konvansiyonu’nun II. Kısımının başlığı “Merkezin Yargılama Yetkisi”dir. Her ne kadar Merkezin kendisi yargılamayı bizzat yapmasa da Konvansiyon hazırlayıcıları Konvansiyonu’nun kapsamını belirtmek ve Merkezin görev yapacağı sınırları tespit etmek amacıyla bunu yetki olarak tanımlamayı uygun görmüşlerdir²⁶.

Bu başlık altında düzenlenen 25. maddede, Merkezin yargılama yetkisinin söz konusu olabilmesi için öngörülen şartlar üç grupta toplanabilecektir²⁷:

-Uyuşmazlık taraflarının rızası ya da onayı

-Merkezin kişi bakımından yetkili olması- ratione personae

-Merkezin konu bakımından yetkili olması- ratione materiae²⁸

Merkezin yetkisinin maddi şartlarını düzenleyen 25. maddenin²⁹ yanı sıra 36/3. maddesinde Merkezin yetkisinin tespitindeki usulü öngörmektedir. ICSID

²⁵ http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AboutICSID_Home.jsp

²⁶ İlhan Yılmaz, **Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID**, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.43

²⁷ **A.g.e.** s. 43

²⁸ Salih Tuynun, **ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:1, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 81

²⁹ Bishop/ Crawford/ Reisman, **Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary**, s.319

Konvansiyonun 36. maddesinin 3. fıkrasında ICSID sekretaryasının yapacağı ön inceleme niteliğindeki hakem yetkisi incelemesi düzenlenmiştir³⁰.

ICISD Konvansiyonun 36. maddesi uyarınca ICSID Konvansiyonu'na üye devletler ve yahut bu üye devletlerin vatandaşları ICSID nezdinde bir tahkim başlatmak için müracaatını ICSID Genel Sekreterliği'ne göndermelidir. Genel Sekreterlik dava dilekçesinin bir kopyasını karşı tarafa iletacaktır (36/1)³¹.

36. maddenin 2. fıkrasında dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar düzenlenmiştir. Buna göre dava dilekçesinde taraflar, uyuşmazlık konusu ve tarafların uyuşmazlığı tahkimle çözme konusundaki anlaşmaları bulunmalıdır.

36. maddenin 3. fıkrası uyarınca Genel Sekreterlik dava dilekçesini kaydetmekle ve karşı tarafa göndererek yargılamanın başlatılmasıyla görevlidir. Ancak 36/3 hükmü uyarınca Genel Sekreterliğin, 2. fıkrada düzenlenmiş ve davacı tarafından sunulması gereken bilgiler ışığında uyuşmazlığın açıkça ICSID yargılama yetkisine tabi olmadığını tespit etmesi halinde tahkim yargılamasının başlamayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda Genel Sekreterlik durumu taraflara bildirmelidir. Genel Sekreterlik bu konuda davacıdan ek bilgi ve belgeler sunmasını isteme hakkına sahiptir.

Bu şekilde bir değerlendirme ile ICSID nezdinde yapılması yetki açısından mümkün olmayacak bir tahkim yargılamasının henüz başlamadan bitmesi düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile zaman ve masraf açısından oluşabilecek gereksiz harcama ve iş yükünün önüne geçilmiştir. Ancak aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere ICSID Genel Sekreterliğinin ön inceleme niteliğindeki yetki incelemesini yapmasından sonra hakem yetkisinin bulunduğu kanaat getirmesi halinde hakem mahkemesinin yetkili olup olmadığı hususunda karar verme yetkisi hakemlerde olacaktır.

³⁰ Dr. Süleyman Dost, **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi**, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, 2006, s.153

³¹ <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>

5) İTO Düzenleme ve Uygulamaları

İTO Tahkim Kurallarının³² 16. maddesi uyarınca İTO nezdinde bir tahkimin başlatılması Tahkim Bürosunun İTO Tahkim Kurallarının 2 ve 14. maddelerindeki şartların gerçekleştiğine karar vermesi ile mümkün olacaktır. 16. madde uyarınca:

“Tahkim usulünün yürütülmesi için bu Yönetmeliğin 2’nci ve 14’ncü maddelerinde öngörülmüş olan şartların gerçekleşmiş olduğuna Tahkim Bürosu’nun karar vermesi lazımdır.

Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi halinde, Tahkim Bürosu Hakem Mahkemesinin kurulması için gerekli işlemleri yapar. Aksi halde şartların gerçekleşmemiş olduğu yolundaki kararını taraflara imza mukabili tevdi ya da iadeli taahhütlü olarak tebliğ eder. Bu karara karşı tebellüğ tarihinden itibaren 5 iş günü içinde Yönetim Kuruluna itiraz edebilir. Yönetim Kurulu itirazdan itibaren 7 iş günü içerisinde kararını verir.”

14. maddede aranmış olan şart ise taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının İTO Tahkim Kurallarına uygun olmasıdır. 14. madde hükmü uyarınca:

“Tahkim anlaşmasında bu Yönetmelik hükümleri ile bağdaşmayan hususlar mevcut ise Büro, taraflara gerekçeli olarak Oda’nın tahkim yargılamasını uygulamayacağını bildirir. Bu bildirim, imza mukabilinde ya da iadeli taahhütlü mektupla olur. Tarafların Oda’nın tahkim yargılamasını kabul ettiklerini yazı ile bildirmeleri, Yönetmelik hükümlerine de uymayı kabul ettikleri anlamını taşır.”

13. madde uyarınca uyuşmazlığın İTO nezdinde bir tahkim yoluyla çözümlenebilmesi için taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın İTO

³² Ergin Nomer/ Nuray Ekşi/ Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar**, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.709

Tahkim Yönetmeliği uyarınca çözümleneceğinin açıkça yer alması gerekmektedir.
13. madde hükmü uyarınca:

“Anlaşmazlığın tahkim usulü ile çözümlenmesi, tarafların HUMK 516 ve 517’nci maddeleri hükümlerine uygun olarak anlaşmaları ile mümkündür.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında uyuşmazlığın İstanbul Ticaret Odası’nın Tahkim Yönetmeliği uyarınca çözümleneceği hususunun açık olarak yer alması gerekir.

Tahkim usulüne başvurmak için tarifedeki başvurma harcının Oda veznesine ödenmesi şarttır. Başvuru harcının ödenmesini takiben Tahkim başvurusu karşı tarafa bildirilir. Bu bildirimle ilgili olarak 5 iş günü içerisinde Tahkim Bürosu’na başvurulabilir.

Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının olmadığı durumlarda; taraflardan biri Tahkim Bürosu’na müracaat ederek, diğer tarafa anlaşmazlığın Tahkim yolu ile çözümlenmesi için bildirim yapılmasını yazılı olarak isteyebilir.

Tahkim Bürosu, istemin bir suretini diğer tarafa (ve taraflara) imza mukabili tevdi ya da iadeli taahhütlü olarak tebliğ eder ve anlaşmazlığın tahkim yoluyla halli kabul ediliyor ise bu hususun 5 iş günü içinde Tahkim Bürosu’na yazılı olarak bildirmesini ister. Diğer tarafın kabulünü yazı ile bildirmesi üzerine tahkim usulü başlar.”

İTO Tahkim Yönetmeliğine tabi bir tahkim yargılamasında da İTO Tahkim bürosunun hakemlerin yetkisi hakkında bir ön inceleme yapması ve bu hususta olumlu kanaate ulaşması halinde tahkimi başlatması öngörülmüştür. 13. madde uyarınca taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında açıkça İTO Tahkim Yönetmeliğine uygun olarak tahkim yolunun öngörülmemiş olması halinde 14. madde referansıyl

Tahkim Bürosunun tahkimin başlamayacağı konusundaki görüşünü taraflara bildirmesi mümkündür (16. madde). Bu karara karşı tebellüğ tarihinden itibaren 5 iş günü içinde Yönetim Kuruluna itiraz edilebilir. Yönetim Kurulu itirazdan itibaren 7 iş günü içerisinde kararını verecektir (16. madde).

C. Değerlendirme

İncelendiği üzere taraflar arasında meydana gelen bir uyuşmazlığın çözümü amacıyla kurum nezdinde tahkim başlatılması halinde, kendisine müracaat edilen kurum öncelikle söz konusu kurum nezdinde bir tahkim yargılaması yapılması konusunda tarafların iradelerinin bulunup bulunmadığını incelemektedir.

Bazı uyuşmazlıkların, devlet yargılamasına alternatif olarak ancak tarafların bu hususta anlaşmaları ile tahkimle çözülebileceğinin mümkün olması, tarafların gerçekten söz konusu tahkim anlaşmasını yaparak uyuşmazlığın çözümü konusunda hakemleri yetkilendirip yetkilendirmediğinin araştırılması gerektirmektedir.

Özellikle kurumsal tahkim olarak anılan, tahkim prosedürünün kurum kuralları ve nezdinde gerçekleştirildiği yargılamalarda, söz konusu kurumlar gerçekten bu yargılamanın kurum kuralları ve nezdinde gerçekleşmesine ve yargılama yapmada hakemlerin yetkili olup olmadıklarını, kendilerine başvurunun yapılması anında ön incelemeye tabi tutmaktadırlar. Kurumların yaptıkları inceleme tarafların akdettikleri mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı konusunda olduğu gibi bu anlaşma ile söz konusu kurumun da yetkilendirilip yetkilendirilmediği konusunda da olacaktır.

Tahkim kurumları ticari uyuşmazlıkların çözümü için alternatif bir uyuşmazlık çözüm metodu olan tahkime olanak sağlamaktadır. Ancak bahsedildiği üzere bu ancak taraflar arasında mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşması ve tahkim iradesinin bulunmasına bağlıdır. Bu kapsamda tahkim kurumları yargılamanın başında, kendilerine tahkim müracaatı yapıldığı aşamada taraflar arasında mevcut ve geçerli

bir tahkim anlaşması, tahkim iradesi olma ihtimalini incelemek ve değerlendirmektedir.

Tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme, açıkça söz konusu kurum nezdinde tahkime olanak vermeyen bir tahkim anlaşmasına dayanarak ve yahut mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşması olmaksızın kuruma bir müracaat yapılması halinde tahkim yargılamasının henüz başlamadan sona ermesini sağlayacaktır. Bu durum, gerek hakemlerce yetkileri konusunda yapılacak incelemeyle gerekse de yargılamanın sonuçlanmasından sonra tenfiz, iptal ya da temyiz gibi başvurular aşamasında mahkemelerce yapılacak hakem yetkisi incelemesiyle etkisiz hale gelebilecek bir yargılamanın henüz başlamadan sona ermesini amaçlamaktadır.

Bu açıdan kurumlarca yapılan ön inceleme gereksiz zaman ve para kaybını önleyeceği gibi, kurum nezdinde verilecek bir hakem kararının etkisiz olmasını önleyici bir fonksiyona sahiptir. Kurum nezdinde verilecek bir hakem kararının etkisiz olmasının mümkün olduğunca önlenmesi kurumun itibarı açısından da önemli olacaktır.

Tahkim kurumlarınca yapılan ön incelemenin özellikle davalı açısından bir güvence sağladığını söylemek yerinde olacaktır. Tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme sayesinde, taraflar arasında söz konusu kurum nezdinde bir tahkim yargılamasına olanak tanımayan bir tahkim anlaşması bulunması veya hiçbir tahkim anlaşması bulunmaması halinde yargılama başlamadan sona erdirilecek ve davalı iradesi dışında kendisine yöneltilen bir tahkim yargılamasından herhangi bir para veya zaman harcamaksızın korunmuş olacaktır.

İleride daha detaylı inceleneceği üzere hakem mahkemesinin kurulmasından sonra yetki meselesi hakkında karar verecek olan mercii bizzat hakem heyetidir. Ancak hakem heyeti teşekkülüne kadar geçecek süreçte özellikle davacı tarafından uygun bir tahkim sözleşmesi olmaksızın tahkim kurumuna ibraz edilen dava dilekçesinin ardından bu durumun kurum tarafından yapılacak bir ön inceleme ile

tespiti ile davanın yetkisizlikten reddedilebilecek ve yahut açılmamış sayılabilecek olması davalıya bu anlamda bir koruma tahsis edecektir.

Davacı ise, tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme sonucunda kurumun menfi bir sonuca varmasının ağır sonuçları bulunacağı için, hakemlerin yetkisinin mevcudiyetini yargılamanın çok başında ve gerekirse detaylı bir şekilde açıklaması gerekecektir. Ancak daha ilerdeki aşamalarda etkisiz olacak bir hakem kararının ortaya çıkmasındansa, şayet mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşması yok ise veya kurum nezdinde tahkime olanak veren bir anlaşma mevcut değilse, bu durumun tespiti davacı taraf için de para ve zaman kaybı açısından faydalı olacaktır.

Uygulamada sıklıkla başvurulanan tahkim kurumları ve bu kurumlarca yapılan ön incelemeye ilişkin değindiğimiz düzenleme ve uygulamalar arasında özellikle ICSID Merkezinin inceleme ve değerlendirmeleri daha hassas ve farklı olacaktır. Konvansiyona taraf devlet ve bu devletlerin vatandaşları arasında meydana gelen yatırım uyuşmazlığının çözümü hususunda imkân sağlamayı hedeflemektedir. ICSID uygulamasında davalı tarafın devlet olması kuvvetle muhtemeldir. Devletlerin yargılanmasını sağlayan bu özel yol bakımından Merkezin yargılama yetkisinin ön incelemeye tabi tutulması ayrı bir özellik arz edecektir.

Hakemlerin yetkisinin tahkim kurumlarınca incelenmesinde saydığımız avantajların yanı sıra bu incelemenin tek dezavantajı idari kurumlar tarafından yapılan bu denli önemli bir incelenin tedirgin edici olabileceğinin düşünülebilmesidir. Zira tahkim kurumlarınca hakkaniyete aykırı bir şekilde hakemlerin yetkisiz bulunması riski mevcuttur. Bu durumda söz konusu durumun milli mahkemelere başvurularak değerlendirilmesi gündeme gelecektir. Ancak uygulamada teamül tahkim iradesinin mevcudiyeti ihtimali hakkında dahi olumlu bir kanıya varan kurumların yetki meselesini hakemlere tevdi etmesi yönündedir. Bu uygulama ile söz konusu riskin minimumda olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

II. Hakemlerin Yetkisinin Hakemlerce İncelenmesi

A. Hakemlerin Kendi Yetkileri Hakkında Karar Verebilmeleri: (Competence- Competence; Kompetenz- Kompetenz; Compétence de la Compétence)

Uluslararası birçok anlaşma ve modern tahkim mevzuatlarındaki düzenlemeler uyarınca tahkim anlaşmasıyla yetkilendirilen hakemlerin bu yetkisi kendi yetkileri hakkında karar vermelerini de kapsamaktadır³³.

Hakemlerin önlerine gelen bir uyuşmazlığı çözmeden evvel, öncelikle yetkili olduklarını tespit etmeleri gerekmektedir. Bu durum hakem yetkisinin tahkim yargılamasının sonunda verecekleri kararın iptal davasına konu olması ya da tenfizi aşamalarında mahkemelerce denetleneceğini göz önünde bulunduran hakemler açısından önemlidir. Genellikle tarafların hakem atanması ya da iddia ve karşı iddia ile savunmalarını sunarak tahkim yargılamasına katılmaları durumunda hakem yetkisi incelenmesi gereken bir mesele olmayacaktır. Ancak taraflarca yetki konusunda bir itiraz olmamasına rağmen, yine de hakemler herhangi bir nedenle yetkileri ya da bu yetkinin kapsamı hakkında şüpheye düşerlerse bu konuda tarafların onayını alabilirler³⁴. Bu durum esasa ilişkin kararlarının iptal ve tenfiz aşamalarında hakemlerin yetkisi açısından da mahkemelerce inceleneceğinin bilincinde olan hakemler açısından anlamlıdır.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesine olanak tanıyan *competence-competence* prensibi tahkim yargılamasının geciktirilmesi ya da

³³ Philippe Fouchard/ Emmanuel Gaillard/ Berkthold Goldman, **International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999, Londons. 395

³⁴ Julian D M Lew QC/ Loukas A Mistelis/ Stefan M Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, s. 330

efektifliğini kaybetmesi gibi taktiksel nedenlerle yapılacak yetki itirazlarının hızlı bir şekilde incelenerek karara bağlanacak olması açısından avantajlıdır. Tahkim yargılamasının güçlendirilmesi ve geciktirilmesi ya da engellenmesi gibi riskleri en aza indirmek için milli hukuklarda, uluslararası anlaşma ve kurumsal metinlerde birçok düzenleme getirilmiştir. Bu hususta özellikle yetki itirazı açısından hemen hemen tüm modern düzenlemelerde yer alan önlem, hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine olanak tanıyan *competence competence* prensibinin kabul edilmiş olmasıdır.

Milletlerarası metinlerde yer alan hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilmesini düzenleyen kurallardan biri, birçok milli hukuk düzenlemesinin esin kaynağını oluşturan, UNCITRAL Model Kanununda yer almaktadır³⁵. UNCITRAL Model Kanunun “Hakemlerin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi” başlıklı 16. madde hükmü uyarınca;

(1) *Hakem heyeti, yapılan tahkim sözleşmesinin yokluğu veya geçersizliği iddiaları da dahil olmak üzere yargılama yetkisi hakkında kendi karar verir. Bu amaca hizmet etmek üzere esas sözleşmenin bir parçası niteliğindeki tahkim klozu bu sözleşmeden ve sözleşmenin diğer şartlarından ayrı olarak değerlendirilecektir. Hakem mahkemesi tarafından verilen esas sözleşmenin yokluğu ve geçersizliği hakkında karar kendiliğinden tahkim klotunun da geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.*

(2) *Tahkim mahkemesinin yargı yetkisinin bulunmadığına dair iddia, savunma dilekçesinin sunulmasından daha geç ortaya atılmamalıdır. Taraflardan biri bir hakemi tayin etmesi veya tayine iştirak etmiş olması sebebiyle böyle bir iddiayı ortaya atmaktan mahrum bırakılamaz. Hakem mahkemesinin yetkisini aştığı itirazı, yetki dışında kaldığı iddia edilen meselenin söz konusu olmasından sonra derhal dile getirilmelidir. Hakem mahkemesi geç bir itirazın*

³⁵ Howard M. Holtzman/ Joseph E. Neuhaus, **A Guide to The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary**, Kluwer Law, 1997, Netherlands, s.478 vd.

sunulabilmesine tarafın gecikmeyi gerekçelendirmesi halinde karar verebilir.

(3) *Hakem mahkemesinin yetkisi hakkında vereceği karar ara karar ve yahut esasa ilişkin karar verilirken verilebilir. Hakem mahkemesi yetkili olduğuna karar vermesi halinde taraflardan biri, hakemlerin yetkisi hakkındaki kararına ilişkin yazılı ihbarı aldıktan 30 gün içinde mahkemelere başvurarak yetki hakkında karar verilmesini talep edebilir. Bu karar temyize tabi olmayacaktır. Bu konudaki talep derdest iken hakem mahkemesi yargılamaya devam ederek, karar verebilir.*

1961 tarihli Avrupa Konvansiyonu (European Convention) V. Maddesinin 3. paragrafı da açıkça *competence-competence* prensibini tanımaktadır³⁶. V. Maddenin 3. paragrafı uyarınca;

Lex fori hukukunda mevcut diğer tamamlayıcı yargısal kontrollere tabi olmak şartıyla hakemlerin yetkisi hakkında karar verme yetkisi ve tahkim anlaşmasının ya da şartının varlığını ve geçerliliğini inceleme yetkisi hakemlere aittir.

Competence-competence (compétence de la compétence/kompetenz/kompetenz) olarak bilinen prensip uyarınca hakemler kendi yetkileri hakkında karar verme hususunda bir yargılama yetkileri vardır. Karşılaştırmalı hukukta değişik kelimelerle ifade edilen bu kavramda *kompetenz-kompetenz* ifadesi aslında değişik bir mana taşımaktadır. Alman hukukunda aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere eski düzenleme uyarınca *kompetenz-kompetenz* prensibi hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri nihai ve bağlayıcı kararı ifade etmekteydi. Bir başka deyişle, hakemlerin kendi yetkileri hakkında vermiş oldukları

³⁶ Ergin Nomer/ Nuray Ekşi/ Günseli Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2000, İstanbul, s. 45

bu karar mahkemelerce denetlenmemesi öngörülümüştü³⁷. Ancak belirtmek gerekir ki yeni Alman hukuku düzenlemesinde ve birçok hukuk düzeninde hakemlerin kendi yetkileri hakkında vermiş olduğu karar nihai olmayıp, tahkim yeri mahkemelerinin denetimine tabi olmaktadır. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere bazı milli hukuklarda mahkemenin tahkim anlaşmasının geçersizliğini incelemesi ve bunun üzerine meseleyi hakemlere tevdi etmesi söz konusudur. Bu durum hakemlerin kendi yetkilerinin kaynağını oluşturan tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamı konusunda karar vermeleri hususunda mahkemelere nazaran bir önceliği olmaması sonucunu doğurmaktadır. Yani söz konusu uyuşmazlık önüne gelmiş olan mahkemeler hakemlerin *competence-competence* yetkisine öncelik tanıyarak, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri önceliğini hakemlere bırakmamaktadırlar. Dolayısıyla doktrinde, kanaatimizce haklı olarak, *competence-competence* yetkisinin aslında oldukça göreceli olduğundan bahsedilmiştir³⁸.

Tahkim anlaşması tarafların anlaşma konusu mevcut ya da muhtemel uyuşmazlıklarını mahkemeler değil, hakemler eliyle çözecekleri hususunda anlaşmalarını ifade etmektedir³⁹.

Competence-competence prensibi çerçevesinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerine dair yetkilerinin varlığının kabul edilmesinin sonuçlarından biri de hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları sorununun mahkemeler önünde derdest olmasına karşın; hakemlerin kendi tahkim yargılamalarına başlayıp devam edebilmelerinin mümkün olmasıdır. (Model Kanun md.8/II,16/III; ZPO S 1032/III,1040/III). Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”) kapsamında böyle bir hükme açıklıkla yer verilmemiştir. Böyle bir hükmün sonucu hakemlerin kendi yargılama yetkilerinin varlığına karar vermelerinin ardından mahkemelerde bu yönde devam eden yargılamayı beklemesine gerek olmaksızın

³⁷ Jean-François Poudret/ Sébastien Besson, **Comparatavi Law of International Arbitration**, Second Edition Updated and Reviewed, Schulthess, pg.385

³⁸ Poudret/ Besson, **Comparatavi Law of International Arbitration** s.385 dipnot 6’dan naklen “KSP-Wenger, pp.1568-1569 para.2 ad Art.186.”

³⁹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration**, s. 381

esasa girip karar verebilmeleri ve bunu bekletici mesele yapmak mecburiyetinde olmamalarıdır⁴⁰.

Hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili milli hukuklarca kabul edilen, hakemlerin yargı yetkisine sahip olup olmadıkları sorununun mahkemeler önünde derdest olmasına karşın hakemlerin kendi yargılamalarına başlayıp devam edebilmelerinin mümkün olması daha ziyade bu yetkiyi desteklemeye yönelik bir anlayıştır⁴¹.

Doktrinde⁴² taraflarca akdedilen bir tahkim anlaşmasının pozitif ve negatif olmak üzere iki etkisi bulunduğu belirtilmektedir. Buna göre tahkim anlaşmasının pozitif etkisi, tarafların anlaşma konusu mevcut ya da muhtemel uyuşmazlıklarını hakemler vasıtasıyla çözmesini ifade ederken, tahkim anlaşmasının uyuşmazlığın mahkemeler yöntemiyle çözümlenmesi engellemesi, anlaşmanın negatif etkisi olarak ifade edilmektedir⁴³.

Taraflar ister henüz mevcut bulunmayan bir anlaşmazlığın çözüm yolu olarak tahkimi öngörmüş olsunlar (*arbitration clause*), ister hali hazırda meydana gelmiş bir uyuşmazlığın tahkimle çözümleneceği yönünde anlaşmaya varmış olsunlar (*submission clause*) tahkim iradelerini açıklamakla iki farklı hususta karar vermiş olurlar⁴⁴:

1. Uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesinden feragat edilmesi
2. Hüküm kurma yetkisinin hakemlere bırakılması.

⁴⁰ HMUK kapsamında düzenlenmiş olan iç tahkim uyarınca hakemlerin kendi yargılama yetkileri hakkında kendilerinin karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak mahkemelere bu meseleyi tevdi etme ve mahkemeden yargılama yetkileri hakkında bir karar çıkıncaya kadar bunu bekletici mesele yapmaları gerekmektedir (bkz. Aşağı s.68)

⁴¹ Bilgehan Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:3, Güncel Yayınevi, İzmir 2008 s. 438 vd.

⁴² Sébastien Besson, *Jurisdiction and Procedural Issues in International Commercial Arbitration*, Université de Geneve, s.113

⁴³ United Nations Conference on Trade and Development, *Dispute Settlement, International Commercial Arbitration*, 5.2. The Arbitration Agreement, United Nations, New York and Geneva, 2005, s.4

⁴⁴ Pierre Mayer, **The limits of severability of the Arbitration Clause**, ICCA Congress series no:9 pg. 261-267

1) Tahkim Anlaşmasının Pozitif Etkisi ve Sonuçları

Tahkim anlaşmasının pozitif etkisi ve bunun sonuçları şu şekilde ifade edilebilecektir: Tahkim anlaşmasına tabi olan bir uyuşmazlık tahkim yargılamasıyla çözümlenmelidir. Tahkim anlaşması hakemlerin yargılama yetkisinin temelini oluşturmaktadır.

Tarafların uyuşmazlığı tahkime götürmek zorunda olması genel olarak kabul edilen ahde vefa, *pacta sunt servanda*, ilkesinin bir sonucudur. Bunun sonucu olarak da tahkim anlaşmasının bağlayıcı olacağı kabul edilmiştir⁴⁵. Fransız mahkemeleri tahkim anlaşmasının bağlayıcı olup olmadığı hususunda vermiş olduğu bir kararında uygulanacak hukuku araştırmaksızın tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı sonucuna varmıştır⁴⁶.

Tahkim anlaşmasının bağlayıcılığına ilişkin kabul uluslararası metinlerde de yerini bulmuştur. 1923 tarihinde akdedilmiş olan Cenevre Protokolü 1. maddesi, 1958 tarihli New York Konvansiyonu'nun II. Maddesinde, anlaşmaların taraf devletlerinin, tahkim anlaşmasını tanıma ve buna uygun hareket etme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Tahkim anlaşmasının negatif etkisi uluslararası alanda kabul edilmiş olsa da pozitif etkinin hayata geçirilmesi uygulanacak hukuk ile bağlantılıdır. Arjantin ve Brezilya Usul Kanunu gibi bazı kanunlar tahkim anlaşmasının geçerli hale gelebilmesi için uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra akdedilecek ve uyuşmazlığı çözecek hakemlerin ismini de içerecek (*submission agreement*) yeni bir sözleşmenin akdedilmesi şartını aramaktadırlar. Söz konusu kanunlar kapsamında *submission agreement* olmaksızın daha önce akdedilmiş olan tahkim sözleşmesi yetersiz olacak ve ancak taraflara tahkime rıza veren anlaşma imzalanması hususunda bir teşvik yaratacaktır. Söz konusu anlaşmanın gönüllü olarak imzalanmaması halinde ise uyuşmazlık mahkemelerde çözümlenecektir.

⁴⁵ A.g.e. s.382

⁴⁶ CA Paris, 20 Nisan 1988, Clark International Finance v Sud Materiel Service, 1988 REV. ARB. 570

Tahkim anlaşmasının pozitif etkisinin ilk görünümü yukarıda bahsedildiği üzere hakemlerin yetkisinin kaynağını oluşturmasıdır. Hakemlerin yargılama yetkisi ile tahkim anlaşması arasındaki bağlantının incelenmesi açısından hakemlerin yetkisinin kapsamı ile, hakemlerin yargılama yetkileri ve bu hususta verilecek karar ile ilgili yetkilendirmenin ayrı kavram ve durumlar olarak mütalaa edilmesi gerekmektedir.

Hakemlerin yetkisinin sınırları tahkim anlaşmasının hakemleri uyuşmazlığın çözümü hususunda yetkilendirdikleri uyuşmazlıkların neler olduğunun incelenmesi sonucunda ortaya çıkacaktır. Ancak hakemlerin uyuşmazlık hakkında yetkili olmaları (mahkemelerin yetkisiz olması) ile yetkilerinin sınırlarının aşılması halindeki “yetkisizlik” kavramı birbirinden farklı kavramlar olarak mütalaa edilmelidir⁴⁷. Bu iki halin farklı şekilde mütalaa edilmesi meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlarca her iki yetki halinin de kaynağının da, tahkim anlaşması olması, bu ayırımın gereksiz olması sonucunu doğurmaktadır⁴⁸.

Tahkim anlaşmasının pozitif etkisinin ikinci görünümü ise hakem mahkemesinin yargılama yetkisi hakkında karar vermesine olanak tanıyan *competence-competence* prensibidir. *Competence-competence* prensibi, taraflarca tahkim sözleşmesinin ya da asıl sözleşmenin geçersizliği iddia edilmiş olsa bile hakemlerin yargılamaya devam etmesi ve bu konuda bir karara varmasına imkân tanımaktadır. Bu sonucu açısından doktrinde çoğu kez *competence-competence* prensibi ile tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği (*separability*) prensibi arasında ilinti kurulmuştur⁴⁹.

Genel olarak *separability* prensibiyle paralel olarak değerlendirilen *competence-competence* prensibi aslında *separability*'den oldukça farklıdır. *Separability* prensibi içinde tahkim şartını içeren sözleşmenin geçersiz olması

⁴⁷ A.g.e s.394

⁴⁸ Eric Loquin, **Arbitrage- Competence Arbitral-Introduction generale**, J.-CL. PROC. CIV(1994) Fac. 1030, parag 6

⁴⁹ Antonias Dimolitsa, **Seperability and Kompetenz-Kompetenz**, in ICCA, Congress Series No.9 s. 218

durumunda, tahkim şartının sözleşmeden ayrılarak geçerliliğini koruması ve sözleşmenin geçersizliği iddiasının gene tahkim prosedürü çerçevesinde hakemlerce karara bağlanmasını ifade etmektedir. Doktrinde bu durum şu şekilde izahını bulmuştur: Taraflar aslında içinde tahkim şartı içeren bir sözleşme akdettiklerinde iki farklı anlaşmayı imzalamaktadırlar⁵⁰.

Doktrinde bazı yazarlar *competence-competence* ve *separability* prensiplerinin tamamlayıcı ve birbiri olmaksızın anlamsız olacaklarını ileri sürmektedirler⁵¹. Gerçekten de *separability* prensibi olmasaydı, tahkim şartını içeren sözleşmenin geçersizliği durumunda, hakemlerin *competence-competence* yetkilerinin bir anlamı kalmayacak ve tahkim sözleşmesi de geçersiz hale gelmiş olduğundan sözleşmelerin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlıklar hakkında hakemler karar veremeyecek ve meselenin mahkemelerce çözümlenmesi mecburi hale gelecekti.

Fouchard, Gaillard ve Goldman her iki prensibin birbirinden bağımsız ve münhasır uygulama alanları olduğunu savunmaktadır⁵². Söz konusu yazarlara göre her iki prensibin tek ortak noktası dayanaklarının aynı olmasıdır. Bu prensiplerin dayanak noktası tarafların uyuşmazlığın hakemlerce çözümünü isterken doğabilecek uyuşmazlıklar arasında sözleşmenin geçersizliği ve hakemlerin yetkisi hakkında sorunların da olabileceğidir. Bu görüşe göre *competence-competence* prensibi hakemlere kendi yetkileri hakkında karar verebilme imkânını tanıırken, ayrılabilirlik ilkesi bu yöndeki bir kararın daha ziyade sonuçlarıyla ilgilidir. Ayrılabilirlik ilkesi yoluyla temel borç ilişkisine yönelik savunma ve itirazlar, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilememekte; hakemler uyuşmazlığın esası hakkında hala karar verebilmektedirler. Eş deyişle taraflar, tahkim kaydı da içeren bir sözleşme akdettiklerinde aslında konuları ve nitelikleri birbirinden farklı iki ayrı sözleşme yapmışlardır. Sözleşme ikizlerinden tahkim olanı temel borç ilişkisinin varlık ve geçerliliğine ilişkin her türlü soruna rağmen kural olarak ayaktadır ve taraflar

⁵⁰ S. Schwebel, "The severability of the Arbitrational Agreement?", International Arbitration: Three Salient Problems, 1987, p.5

⁵¹ Jean-François Poudret, *Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage*, Schutless, s.112

⁵² *A.g.e.* s.113 vd

arasında geçerlidir. İkinci sözleşme ise çıkacak uyuşmazlıkların tahkim ile çözümlenmesini amaçlar. Bu sebeple sözleşme için geçerli her hukuki sonucun kendiliğinden tahkim kaydına da sirayet edeceğinin kararlaştırılması tahkim yargılamasını etkisiz hale getirecektir.

Kanaatimizce de *competence-competence* ve *seperability* prensiplerini bağlayan ortak nokta tarafların geçersizliği iddia edilen sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususundaki kararın, sözleşmeyle yetkilendirmiş oldukları hakemlerce verilmesini amaçlamış olmalarıdır⁵³. Bunun sonucunda asıl sözleşme geçersiz olsa bile bu hususta kararı verme yetkisi hakemlerdedir. Yine aynı şekilde, şu veya bu sebeple yargılama yetkisinden şüphe duyulan ve sorgulanan hakemlerin söz konusu uyuşmazlığı çözümlenmede yetkili olup olmadıkları da, yine taraflar uyuşmazlığın çözümünün hakemlerce yapılmasını amaçlamış olduklarından, hakemlerce karar verilecek bir meseledir.

Bir başka deyişle *competence-competence* ve *seperability* prensipleri aslında birbirinden ayrı kavramlar olmakla beraber taşıdıkları ortak amaç doğrultusunda birbiriyle bağlantılıdır. Bu amaç ise tahkim sürecine verebileceği zararlar nedeniyle devlet mahkemelerinin erken müdahalesinin önlenmesidir. Her iki kavramda aynı sorulara farklı yollardan cevap vermektedir: Hakemlerin ve ya hakem mahkemesinin yargılama yetkisine kim karar verecektir?⁵⁴.

Bunun dışında doktrinde⁵⁵ ifade edilen bir diğer görüş uyarınca *competence-competence* prensibi *seperability*'den farklı olarak şu sonucu da beraberinde getirmektedir: hakemlerin yetkisine asıl sözleşmenin değil, sadece tahkim

⁵³ Sözleşmenin geçersizliğine ilişkin uyuşmazlığın yine sözleşmede seçilen uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilecek olmasının da asıl nedeninin bu olduğu düşünülmelidir. Sözleşmesel Borç ilişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli Roma Konvansiyonu md. 8(1) uyarınca sözleşmenin varlığı ya da geçerliliği hususu sözleşmede kararlaştırılmış uygulanacak hukuk kapsamında çözümlenmelidir.

⁵⁴ John J. Barcelo III, **Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective**, Vanderbilt Journal of Transnational Law Vol. 36:1115, s.1116

⁵⁵ Fouchard Gaillard Goldman, **International Commercial Arbitration**, s. 400

sözleşmesinin geçersiz olması nedeniyle itiraz edilmesi halinde yetkiye hüküm yetkisinin yine hakemlerde olması.

Hakemlerin yargı yetkisi hakkında hüküm kurma yetkisini düzenleyen *competence-competence* prensibinin kaynağının tahkim sözleşmesi olduğunu söylemek de çoğu zaman doğru olmayacaktır. Aksi halde sonuçta geçersiz olduğu görünen bir tahkim anlaşmasına dayanarak hakemlerin yetki konusunda bir incelemeyi nasıl yapmış olacakları şeklinde süregelen bir döngüye girilmesi söz konusu olacaktır. Bu noktada cevap şu şekilde verilmiştir, *competence-competence* prensibi kaynağını, bu prensibi tanıyan milli hukuk düzenlemeleri, kurum metinleri ve uluslararası anlaşmalardan almaktadır.⁵⁶

Competence-competence prensibinin anlamının, biraz da eski Alman düzenlemesiyle *kompetenz-kompetenz*'ın etkisinde kalınarak, hakemlerin kendi yetkileri hakkında hüküm kurma konusunda tek yetkili mercii olarak kabul edilmesi olmasının mümkün olmadığı söylenmektedir. Çünkü gerek iptal davası, gerek de tenfiz aşamalarında hakemlerin yetkisinin milli mahkemelerce denetleneceği muhakkaktır. Bu görüş uyarınca *competence-competence* prensibinin amacı ve anlamı hakemlerin kendi yetkileri hakkında verecekleri kararın hakkaniyete uygun olacağına ve uyuşmazlığın taraflarının menfaatine olacağına prensip olarak güvenilmesi ve inanılmasıdır⁵⁷.

Competence-competence prensibinin de tıpkı tahkim anlaşması gibi iki görünümü ve boyutu vardır⁵⁸. Bunlardan birincisi hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi meselesi, ikincisi ise bu kararı milli mahkemelere nazaran öncelikle verebilmesidir⁵⁹. Bu kararı milli mahkemelere nazaran öncelikle verebilmesi yetkisinin kabulü yine hakemlerin kendi yetkileri hakkında hüküm kurma konusunda tek yetkili olduğunu göstermeyecektir. Söz konusu kararın yine tenfiz ve

⁵⁶ A.g.e s.400

⁵⁷ A.g.e s.400

⁵⁸ A.g.e s.401

⁵⁹ Barcelo III, **Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective**, s.12

iptal aşamalarında incelenmesi mümkün olacaktır; ancak mili mahkemelere nazaran öncelikle bu kararı vermesi bu konuda öncelikle yetkili olduğunu gösterecektir. Bu açıdan incelendiğinde *competence-competence* prensibinin temelinde kronolojik açıdan bir öncelik kuralı da yatmaktadır.

Uygulamada ise, *competence-competence* prensibinin en önemli avantajı tahkim anlaşmasının geçersizliği veya yokluğunu iddia eden tarafların tahkim yargılamasını gereksiz yere sürüncemede bırakmasını önlemesidir. Aksi takdirde böyle bir iddia karşısında karar verme yetkisi doğrudan hakemlere bırakılmış olacak ve en azından karar verilene dek mahkemelerin bu konuda müdahalede bulunması imkânı olmayacaktır.

2) Tahkim Anlaşmasının Negatif Etkisi:

Negatif etki, taraflarca akdedilmiş olan tahkim anlaşması nedeniyle uyuşmazlığın mahkemelerde görülmesini engellemektedir. Tahkim anlaşmasının varlığı sayesinde artık uyuşmazlığın sadece tahkimle çözümlenmesi mümkün olacaktır⁶⁰.

1923 tarihli Cenevre Protokolünün 4. maddesinin 1 paragrafında yer alan düzenleme uyarınca geçerli ve uygulanabilir bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu gören Protokolün tarafı olan devlet mahkemeleri tarafları uyuşmazlığı hakeme tevdi etmeleri konusunda yönlendirmeleri gerekmektedir.

Benzer düzenleme NY Konvansiyonu'nun II. Maddesinin 3. paragrafında da yer almıştır. Buna göre Konvansiyon'a taraf ülkelerin mahkemeleri tarafların tahkim anlaşması imzalamış olmaları halinde uyuşmazlığı tahkime tevdi etme konusunda tarafları yönlendirmesi düzenlenmiştir.

⁶⁰ Emmanuel Gaillard/Yas Banifatemi, **Negative Effect of Competence- Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators**, s. 203

1961 tarihli Avrupa Konvansiyonu (*European Convention*) doğrudan olmamakla birlikte dolaylı bir şekilde mahkemelerin uyuşmazlığın çözümü için bir tahkim anlaşması öngörülmüş olması halinde yetkili olmayacağı düzenlenmiştir. Konvansiyonun VI. Maddesinin 3. paragrafında mahkemeler tarafların tahkime konu uyuşmazlıklarıyla ilgili olarak hakemlerin yetkisi hakkında hüküm kurmalarına ilişkin yargılamalarını, aksini yapmak için haklı bir gerekçeleri olmadığı müddetçe hakem mahkemesi karar verene dek bekletmek zorundadırlar.

Doktrinde bu düzenlemenin oldukça yetersiz olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır⁶¹. Bu görüş uyarınca Konvansiyon'daki düzenleme sadece tahkim yargılamasının başlamış olduğu ihtimali düzenlemektedir. Oysa düzenleme, tahkim yargılaması başlamış olsun veya olmasın geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığı halinde uyuşmazlıktan mahkemelerin el çekmesi ve çözüm için meseleyi hakem heyetine tevdi etmek yönünde olmalıydı.

UNCITRAL Modern Kanunu'nun 8. maddesi de tahkim sözleşmesi ve mahkemelere başvuru başlığıyla tahkim sözleşmesine tabi bir uyuşmazlığın mahkemeler önüne getirilmesi durumunda, taraflardan birinin esasa ilişkin ilk dilekçesini ibrazından evvel yapmış olduğu yetki itirazı sonrasında, mahkemelerin meseleyi hakemlere tevdi etmesi gerekliliğini düzenlemiştir. Bu düzenleme NY Konvansiyonu'nun II. Maddesinin 3. paragrafındaki düzenlemeyle paralellik göstermektedir. Buna göre tarafların mahkemelerde tahkim itirazında bulunmadan, tahkim hakkından feragat ederek mahkemeleri yetkilendirmesine olanak sağlanmıştır. Şayet durum böyle değil, bir başka ifadeyle esasa girmeksizin taraflar tahkim itirazında bulunurlarsa meselenin hakem mahkemesine tevdi edilmesi gerekliliği düzenlenmiştir⁶².

Bazı milli hukuklarda konu ile ilgili düzenlemelere değinirken ayrıca incelemiş olduğumuz üzere uluslararası anlaşmalar, kurum metinleri ve modern milli hukuklar *competence-competence* prensibinin uygulanmasına olanak veren ve tahkim

⁶¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration** s. 403

⁶² Holtzman/ Neuhaus, **A Guide to The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary**, s.302 vd.

anlaşmasının negatif etkisi olarak anılan, mahkemelerin tahkim sözleşmesine konu bir uyuşmazlığa bakmaktan el çekmeleri meselesini tahkim lehine düzenlemeler getirerek açıklığa kavuşturmuşlardır.

Bu düzenlemeler sayesinde uyuşmazlık önce mahkemelere taşınsa da ya da taraflardan biri tahkim yargılaması sırasında uyuşmazlığı mahkemeler önüne getirerek hakemlerin yetkisini tartışsa da en azından hakemlerin kendi yetkileri hakkında bir karara varıncaya değin mahkemelerin bu konuda hüküm kurma yetkisi ortadan kaldırılmıştır. Tahkim anlaşmasının negatif etkisinin ve mahkemelerin tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlık hakkındaki yetkisizliğinin iki sonucu bulunmaktadır. Bunlardan biri tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlığın kendilerine getirilmesi halinde mahkemeler re'sen (ya da bazı düzenlemeler uyarınca taraflardan birinin itirazı üzerine) yetkisizliğini ilan etmek zorundadır. Bir diğeri ise, mahkemeler böyle bir durumda ancak geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığını inceleyebilirler. Geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde meselenin halli hakem mahkemesine bırakılacaktır.

B. Türk Hukukundaki Düzenleme

Türk Hukukunda tahkim konusunun çeşitli kanun ve taraf olunan uluslararası düzenlemelerle çeşitli şekillerde ele alındığı söylenebilir⁶³.

1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) 516- 536 maddeleri yerli tahkimi düzenlerken, 4686 sayılı MTK milletlerarası tahkimi düzenleyen temel mevzuat niteliğindedir⁶⁴.

Tahkim anlaşmasının geçersizliğine veya hakemlerin yetkilerine ilişkin bir ihtilaf çıktığında bu ihtilaf hakkında karar verme yetkilerinin sadece hakemlerde olduğunu ifade eden *competence-competence* prensibi hem MTK kapsamında, hem

⁶³ Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, s.230

⁶⁴ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınevi*, Ankara 2007, s.. 39

de 1961 tarihli Cenevre Konvansiyonunda yer almasıyla Türk hukukunda da kabul görmüştür⁶⁵. Ancak aşağıda detaylı olarak incelendiği üzere HMUK kapsamında yapılan bir tahkim yargılamasında HMUK md. 519 düzenlemesi uyarınca hakem yetkisi hakkında karar verme yetkisi mahkemelere bırakılmıştır. Bu sebeple Türk hukuku uyarınca hakem yetkisinin hakemlerce incelenebilmesi ancak MTK kapsamında gerçekleştirilen bir tahkim yargılamasında mümkün olabilecektir.

MTK'nın 1. ve 2. maddesinde kanunun uygulama alanı düzenlenmektedir. 1.maddenin 2. fıkrası uyarınca *“Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.”*

Görüldüğü gibi, tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık yabancı unsurlu ise MTK uygulanacaktır. Ayrıca tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda taraflar veya hakemler bu tahkim usulüne MTK'nın uygulamasını kararlaştırabilirler⁶⁶.

Bununla beraber MTK'da bu prensibin iki istisnası öngörülmüştür. Bunlardan birincisi, tahkim şartına rağmen taraflardan birinin uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinde dava açacak olması halinde, MTK md.5'de düzenlenmiş olan tahkim itirazında bulunulmasının mümkün olduğudur. Bir diğer istisna ise, tahkim yeri yurt dışında olsa dahi, MTK md.6'ya dayanılarak Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı istenmesinin mümkün olmasıdır⁶⁷.

MTK'nın uygulama alanının belirlenmesi açısından, MTK md. 17 *“Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz.”* hükmünü öngörerek MTK kapsamında

⁶⁵ Aysel ÇELİKEL, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 655

⁶⁶ Aysel Çelikel/ Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar- Mahkeme Kararları**, 8. Baskı, Beta Yayınevi, 2007, İstanbul, s. 281

⁶⁷ Nomer/ Eksi/Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s.25

değerlendirilecek uyuşmazlıklara bu kanun hükümlerinin uygulanacağını açıkça öngörmüştür.

MTK kapsamında gerçekleşen bir tahkim yargılamasında, MTK md. 7/H uyarınca taraflardan birinin tahkim anlaşmasının yokluğu, geçersizliği, hakemlerin yetkisizliği ya da yetkilerini aştıkları yönündeki itirazları devlet mahkemesince değil, bizzat hakem veya hakem kurulunca incelenecek ve karara bağlanacaktır⁶⁸. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere HMUK kapsamında gerçekleşen bir tahkim yargılamasında ise, hakemlerin kendi yetkilerini inceleme hakkı bulunmamaktadır. Bu halde, hakem yetkisine hakem mahkemesi nezdinde itiraz edilse bile hakemler HMUK md. 519 uyarınca meseleyi hakemlere tevdi ederek mahkemenin yetki konusundaki yargılamasını bekletici mesele yapmak zorundadırlar (bkz. III.A.1.b).

MTK hükümleri uyarınca hakemlerin yetkileri konusunda hüküm kurma yetkileri mevcut olup, tarafların uyuşmazlığın çözüm yolu olarak tahkimi öngörmüş olmaları halinde hakemlerin yetkisi hakkında karar verme yetkisi hakemlere tanınmıştır. MTK uyarınca mahkemelerin hakemlerin yetkisini incelemesi ancak iptal davası yoluyla mümkün olacaktır. Bu sebeple de hakem yetkisine mahkeme nezdinde itiraz edilmişse md. 5 uyarınca mesele hakemlere tevdi edilmelidir. Hakem yetkisine hakem mahkemesinde itiraz edilmişse MTK md. 7/H hükmü uyarınca bu itiraz hakkında inceleme yapma ve hüküm kurma yetkisi hakemlerdedir⁶⁹.

MTK md. 7/H hükmünde MTK kapsamındaki bir uyuşmazlığın çözümü hakkında gerçekleştirilen tahkim prosedürü çerçevesinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerinin olduğu öngörülmüştür. Söz konusu madde hükmü uyarınca *“Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl*

⁶⁸ Nomer/ Ekşi/Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s.34

⁶⁹ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.171

sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.”

Bu durumda, MTK kapsamına giren bir tahkim yargılamasında davalının tahkim anlaşmasının yokluğu, geçersizliği ve yahut hakemlerin yetkisizliği hakkında yapmış olduğu itirazlar yine bizzat hakemler tarafından incelenecek ve karara bağlanacaktır⁷⁰.

MTK'nın 7/H/II hükmü uyarınca hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmaz.

UNCITRAL Model Kanunu'nun 16/II maddesinde de açıkça yargı yetkisine yönelik itirazın esas hakkındaki savunmanın ardından yapılamayacağı, esasa girilmezden evvel yapılmasının gerektiği; aksi halde tahkime konu uyuşmazlık ve tahkim anlaşması bağlamında hakemlerin yargı yetkisinin kabul edilmiş sayılacağı; bundan sonra yapılacak itirazların ise hak düşümü yaptırımı ile karşılaşacağı düzenlenmiştir⁷¹.

Özellikle Model Kanun nezdinde güdülen temel gaye, bir an evvel hakemlerin seçilmesini ve heyetin oluşumunu sağlamaktır. Madem ki hakemler yargı yetkileriyle ilgili konularda yargı yetkisine sahiptirler; o halde bu yönde bir karar alabilmek için de öncelikle söz konusu hakem heyetinin süratle oluşması gerekir. Hakemlerin seçimi sırasında, muhtemel yargı yetkileriyle ilgili konularda çekişme yaşanması, hakem heyetinin oluşumu geciktirebilir⁷².

⁷⁰ Leyla Keser Berber, **Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi, Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)**, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2002, s. 126

⁷¹ Alan Redfern/ Martin Hunter, **Law and practice of international commercial Arbitration**, London 1991, Sweet&Maxwell s. 487

⁷² Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi** s.431

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi doğal olarak ancak hakem heyetinin oluşumundan sonra mümkün olacaktır.

Madde metninden açıkça anlaşılmiş olduğu üzere tarafların hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itirazının ilk cevap dilekçesinde yapılması gerekmektedir. Ancak hakem veya hakem kurulu gecikmenin haklı sebeplere dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir (md. 7/H/IV).

Aynı durum hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itirazın ileri sürülmesi durumunda da geçerlidir. Kural olarak tarafların bu yöndeki itirazlarını derhal ileri sürmeleri gerekirken (md.7/H/III), hakem veya hakem kurulu gecikmenin haklı sebeplere dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir (md. 7/H/IV).

Sonuç olarak MTK kapsamında gerçekleşen bir tahkim yargılamasında taraflardan birinin tahkim anlaşmasının yokluğu, geçersizliği, hakemlerin yetkisizliği ya da yetkilerini aştıkları yönündeki itirazları devlet mahkemesince değil, bizzat hakem veya hakem kurulunca incelenecek ve karara bağlanacaktır.

MTK kapsamında hakemlerin yargılama yetkileri hakkında yapacakları yargılamanın sonucunda iki farklı karar vermeleri mümkündür. Birincisi hakemlerin yargılama yetkilerinin mevcut olduğuna karar vermeleridir. Bu halde verilen kararın biçimi; bu karara karşı başvurulabilecek hukuki çarelerin ne olduğu; tarafların böyle bir kararın mahkemeler için de bağlayıcı olduğu konusunda ayrıca anlaşmalarının mümkün olup olmadığı genelde yaşanan tartışmaların içeriğini oluşturmaktadır⁷³.

Belirtmek gerekir ki, bu soruların cevapları için tahkim yargılamasının tabii olduğu hukuka bakılması gerekmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere Alman hukuku açısından ZPO değişikliğinden evvel hakemlerin yetkileri hakkında vermiş

⁷³ Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, s. 464

oldukları kararların mahkemeler açısından da bağlayıcı olduğundan bahsetmekteydi⁷⁴. Ancak modern düzenlemelerde ve MTK düzenlemesinde hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları kararlar esasa ilişkin kararlarını vermeleriyle denetime tabi tutulabilecektir.

Hakemlerin yetkiye ilişkin vermiş oldukları karara karşı devlet mahkemelerine başvurularak kararın temyiz edilmesi imkânı MTK kapsamında öngörülmemiştir. Aşağıda inceleneceği üzere MTK hükümlerine göre hakemlerin kendi yetkileri hakkında vermiş oldukları kararların hukuka aykırı olmasına dayanılarak hakem kararının iptali istenebilir (md.15/1/d). Hakemlerin yetkili olduklarına dair verdikleri karar ara karar niteliğindedir. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere MTK kapsamında ara kararlara karşı iptal davası açma imkânının öngörülmediği kabul edilmektedir. Yetkiye ilişkin bu karar ancak esasa ilişkin nihai kararın verilmesiyle iptal nedeni olabilecektir. Bu durumda MTK'da öngörülmüş olan *competence competence* prensibinin negatif-pozitif etkiler açısından hakemlere hem karar verme açısından bir öncelik hakkı tanıdığı, hem de yargılamanın sonuna kadar bu kararın denetlenmeyecek olması açısından da tam bir koruma sağladığı söylenmelidir.

Hakemlerin yetkileri hakkında verebilecekleri kararın ikincisi yetkilerinin bulunmadığına hükmetmeleridir. Hakemlerin yargı yetkilerinin bulunmadığı sonucuna varmaları halinde ise yine bu karara karşı hangi hukuki çarelere başvurulabileceği; hakemlerin yargılama giderlerine hükmedip hükmedemeyeceği de ayrıca tartışılan konulardandır⁷⁵.Belirtmek gerekir ki, yetkisizlik kararı ile tahkim yargılaması sona erdiği için yargılama giderlerine hükmedilmesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca yetkisizlik kararı nihai karar niteliğinde olduğundan md. 15 kapsamında iptal prosedürüne tabi olacaktır.

⁷⁴ Guido Maria Wiessen/ Anne Katrin Bartels, **Arbitration in Germany, International Arbitration Law in the United States, International Commercial Arbitration, A comparative Survey**, ICOC Publication, No: 2007/45, s. 314

⁷⁵ Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi** s. 465

C. Bazı Tahkim Kurumlarında Hakem Nezdinde Yetki İtirazı

1) MTO Düzenleme ve Uygulamaları

MTO Tahkim kuralları 6. maddenin 4. fıkrası uyarınca;

“Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, Hakem Mahkemesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine karar vermiş olması kaydıyla, sözleşmenin geçersiz olduğuna veya yokluğuna dair bir iddia Hakem Mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır. Esas sözleşme yokluk veya geçersizlik ile sakat olsa bile, Hakem Mahkemesinin tarafların karşılıklı hukukunu tayin ve iddia ve savunmaları hakkında karar vermek hususundaki yetkileri devam edecektir.”

Bu düzenleme ile temel olarak iki prensibe değinilmiştir. Bunlar tahkim şartının esas sözleşmeden bağımsızlığı ve ayrılabilirliği ile *competence-competence* prensipleridir. Buna göre esas sözleşme yokluk veya geçersizlik ile malul olsa bile hakem heyetinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğini ayakta tutma yetkisi bulunmaktadır.

Hakem heyeti yetkisi hakkında karar verirken inceleyeceği hususlar, tarafların sözleşmeyi imzalama konusundaki yetkileri ile tahkime elverişlilik konularıdır⁷⁶.

Tahkim şartı geçerli kabul edilse bile esas sözleşmenin geçersizliği söz konusu olabilir. Esas sözleşmenin feshi durumunda da tahkim şartı geçerliliğini koruyacaktır. Bu husus MTO hakem mahkemesince verilmiş bir kararda⁷⁷ şu şekilde ifade edilmiştir:

⁷⁶ Buhler/Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s.100

⁷⁷ ICC 11761 no’lu Nihai kararı, 2003,Paris

“Hakem Mahkemesi davalının iddialarının, esas sözleşmenin feshi nedeniyle tahkim şartının da geçersiz hale geldiği yönünde olduğunu tespit etmiştir. Bu iddianın genel kabul görmüş ayrılabilirlik prensibi çerçevesinde kabul edilebilir değildir. UNCITRAL Model Kanununun 16 (1) madde hükmü uyarınca da tahkim klozu esas sözleşmeden bağımsız değerlendirilmelidir. UNCITRAL Model Kanununda öngörölmüş olan bu düzenleme MTO Kurallarının 6. maddesi açısından da bir esin kaynağı olmuştur.”

MTO tahkim yargılamasında genellikle umulan hakemlerin yetkisine ilişkin meselenin öncelikle hakem heyeti tarafından çözümlenmesi, daha sonra itiraz halinde mahkemelerin bu konuda denetim yapmasıdır⁷⁸. Bu husus yukarıda da incelendiği üzere tahkim anlaşmasının negatif etkisinin bir sonucu olarak görölmelidir. Milli mahkemeler hakem mahkemesi bu konuda kararını verene kadar herhangi bir müdahaleden kaçınmalıdırlar. Taraflardan biri zaman zaman mahkemelere başvurarak yetki konusunda bir karar alınması ve böylelikle prosedürün kısaltılması yolunu tercih edebilmektedirler. Ancak MTO uygulamasında, genellikle, mahkemelerin bu başvuru karşısında alacağı pozisyon beklenmeksizin, hakemlerin yetkileri hakkında karar vererek uyuşmazlığın esasına girmesi veya yargılamayı sonlandırdığı görölmektedir. Uygulamada hakemlerin yetki hakkında verecekleri karar yargılamanın başında verecekleri bir ara karar ile verilebileceği gibi, esasa ilişkin nihai kararın içinde de açıklanabilmektedir. MTO tahkim yargılamasında hakemlerin yetkiye ilişkin verecekleri kararlar tahkim yeri yahut tenfiz yeri hukuklarındaki düzenlemeler uyarınca mahkemelerin denetimine tabi tutulabilecektir⁷⁹.

⁷⁸ Buhler/Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s.100

⁷⁹ Buhler/Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s. 100

2) LCIA Düzenleme ve Uygulamaları

LCIA Tahkim Kurallarının 23. maddesinde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeye yetkili oldukları düzenlenmiştir. Hakem yetkisi başlıklı 23. madde uyarınca:

23.1

Hakem heyeti, tahkim şartının geçersizliği, ilk etapta ya da mevcut varlığı, etkinliği hakkındaki itirazlar da dâhil olmak üzere kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahiptirler. Bu amaçla asıl sözleşmenin bir parçası niteliğinde olan tahkim şartı ayrı ve bağımsız bir anlaşma haline gelecektir. Asıl sözleşmenin geçersizliği, yokluğu ya da etkisizliği hakkında verilecek karar tahkim şartını etkilemeyecektir.

23.2

Davalı tarafından hakemlerin yetkisi hakkında yapılacak itiraz esasa ilişkin cevap sunulmadan yapılmalıdır. Aksi halde davalı bu itiraz hakkından feragat etmiş sayılacaktır. Hakemlerin yetkisini aştığına ilişkin itiraz hakem heyetinin yetkisini aştığı iddia edilen konu ile ilgili karar vereceği yönünde kanaatini ifade etmesinden sonra derhal yapılmalıdır. Aksi halde bu itiraz hakkından feragat edildiği kabul edilecektir. Gecikmenin haklı nedenlere dayanması halinde hakem heyeti gecikmiş itirazı kabul edebilir.

23.3

Hakem heyeti yetkisi hakkında kararı ayrı bir karar olarak verebileceği gibi halin şartları bunu gerektiriyorsa esasa ilişkin kararıyla beraber de verebilir.

23.4

Taraflar işbu kurallara tabi bir tahkimi uyuşmazlığın çözümünü olarak öngörmüş olmaları halinde hakem yetkisi hakkında devlet mahkemeleri yada başka adli kurumlara başvurulmaması konusunda anlaşmış sayılırlar meğer ki taraflar aksi yönde anlaşmış olsun ve ya hakem mahkemesinin bu konuda bir kararı olsun.

LCIA Tahkim Kurallarında 23. maddede öngörölmüş düzenleme uyarınca hakemlerin yetkileri hakkında, tahkim anlaşması hakkında yapılacak itirazlar da dahil olmak üzere bir itirazın söz konusu olması halinde bu hususta karar verme yetkisi hakemlerdedir. 23. madde uyarınca taraflar LCIA nezdinde bir tahkim ile uyuşmazlığı çözme konusunda anlaşmış olmaları ile hakemlerin yetkisi hakkındaki itirazları ile ilgili olarak devlet mahkemelerine başvurmayacakları yönünde de bir anlaşma akdetmiş olurlar. Hakemlerin yetkileri hakkında verecekleri karar ara karar niteliğinde olabileceği gibi esasa ilişkin kararlarla birlikte de verilebilir. Bu durum söz konusu itirazın uyuşmazlığın esası ile ne denli ilişkili olduğuna bağlıdır.

3) AAA Düzenleme ve Uygulamaları

AAA Tahkim kurallarının 15. maddesi uyarınca hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi düzenlenmiştir⁸⁰. 15. madde uyarınca:

1. Hakem mahkemesi, tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, geçerliliği ve kapsamı da dahil olmak üzere yetkisi hakkında yapılacak herhangi bir itirazı inceleme ve bu konuda karar verme yetkisine sahiptir.

2. Hakem mahkemesi tahkim şartının bir parçasını oluşturduğu asıl sözleşmenin varlığı ve geçerliliği hakkında karar verme yetkisine de sahiptir. Tahkim şartı asıl sözleşmeden bağımsız bir anlaşma olarak değerlendirilecektir. Bu açıdan asıl sözleşmenin geçersiz ya da yoklukla

80

<http://www.jus.uio.no/lm/american.arbitration.association.international.arbitration.rules.2000/15.html>

malul olduğu yönünde hakem mahkemesince verilecek karar bu sebeple tahkim anlaşmasının da geçersiz olmasına neden olmayacaktır.

3. Taraflar hakem yetkisine ya da tahkime elverişlilik konusundaki itirazlarını 3. maddedeki düzenlemeler uyarınca verilecek cevap dilekçelerini ya da tahkime elverişlilik itirazını doğuran iddiaya karşı cevap ve karşı iddialarını sunmadan evvel yapmalıdırlar. Hakem mahkemesi bu konudaki itirazlara hakkında hükmünü ara karar vererek ya da esasa ilişkin kararında kurabilir.

AAA Tahkim kurallarındaki düzenlemeler uyarınca hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilme yetkisini tanıyan *competence-competence* prensibi kabul edilmiştir. 15. maddenin 2. fıkrası tahkim anlaşmasının ayrılabilirliği prensibine değinerek özellikle hakemlerin yetkisine asıl sözleşmenin geçersizliği iddiasıyla itiraz edilmesi durumunda dahi hakemlerin yetkileri hakkında hüküm kurma yetkilerinin sağlanmasına çalışılmıştır.

Modern kanun ve kurum metinlerindeki düzenlemelere paralel olarak davalının hakem yetkisine ilişkin itirazını esasa ilişkin cevap dilekçesinin sunulmasından evvel yapması gerektiği düzenlenmiştir.

15. maddenin son fıkrasında hakemlerin yetkileri hakkında verecekleri kararı bir ara karar şeklinde vermesi imkânı tanınarak, hakemlerin yetkisiz olma ihtimalinde gereksiz zaman ve masraflardan kaçınılmasına olanak sağlanmıştır. Ancak yetki hakkında verilecek kararın esasa ilişkin iddialarla ilinti olması ihtimali de düşünülerek hakemlere yetki hakkında verecekleri kararı esasa ilişkin kararıyla birlikte verme olasılığı da tanınmıştır.

4) ICSID Düzenleme ve Uygulamaları

ICSID Konvansiyonu'nun 41. maddesi *competence-competence* prensibini düzenlemektedir⁸¹. Hakem heyetinin işlev ve yetkilerini inceleyen 3. kısımda yer alan 41. madde düzenlemesi uyarınca:

(1) *Hakem mahkemesi kendi yetkisini inceleyebilir.*

(2) *Taraflardan birince uyuşmazlığın Merkezin yargılaması dahilinde olmadığı ya da herhangi bir nedenle hakem heyetinin yetkisine girmediğini yönündeki iddiasını, hakem heyeti ara karar niteliğinde vereceği bir karar veya esasa ilişkin kararıyla birlikte hükme bağlayabilecektir.*

Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verebilme yetkisinin açıkça uygulandığı ilk ICSID davaları *Holiday Inns v Morocco* ve *LETCO v Liberia* davalarıdır⁸².

41. maddenin 2. fıkrasında hakem heyetinin yetkisi hakkında vereceği kararı ara karar niteliğinde bir kararla verebileceği gibi esasa ilişkin kararıyla beraber de verebileceği düzenlenmiştir. Hakemlerin yetkisine ilişkin verecekleri kararı hangi aşamada vereceği sorunu yetki itirazına ilişkin karar ile esasa ilişkin uyuşmazlığın nedenli ilintili olduğu ile ilgilidir.

ICSID tahkimi uygulamasında hakemlerin yetkisi hakkında verilecek kararın esasa ilişkin karar aşamasında bırakıldığı bir çok dava bulunmaktadır. *AMCO v Endonezya* (1983,1 ICSID Report 390); *Klöckner v Kamerun* (1983, 2 ICSID Report 1318); *Atlantic Triton v Gine* (1986, 3 ICSID Report 39 vb). *SOABI v Senegal* kararında (1984, 2 ICSID Report 180-189) bu durumun nedeni şu şekilde belirtilmiştir:

“Taraflarca yetki konusundaki pozisyon ve iddialarını desteklemek amacıyla sunulan belge ve kanıtların hiç biri yetki konusunda bir karar

⁸¹ Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, 2001, s. 523 vd.

⁸² Pierre Lalive, *Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration*, les Process-Verbaux de l'ICCA, Mayıs 2002, s. 5

verilmesi hususunda yeterli olmamış(..) yetki konusunda karara varılmasının uyuşmazlık hakkında tam ve detaylı bir inceleme yapılmasıyla mümkün olacağı görülmüştür. Bu nedenle yetki konusundaki itirazlar uyuşmazlığın esası hakkındaki iddia ve savunmalarla birleştirilmeli ve aynı zamanda karara bağlanmalıdır.”

5) ITO Düzenleme ve Uygulamaları

Kurumun Tahkim Tüzüğü’nde hakem yetkisi hakkında yapılacak itiraza ilişkin karar verme yetkisinin kimde olacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda tahkime uygulanacak hukukta konu ile ilgili düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

İTO Tahkim Tüzüğü’nde diğer kurumsal metinlerin aksine hakem yetkisinin incelenmesinde hakemlere açıkça yetki tanınmamış olup bu konu tahkime uygulanacak hukuktaki düzenlemelere bırakılmıştır.

D. Bazı Milli Hukuklardaki Düzenlemeler

1) Almanya

Almanya’da milletlerarası tahkime ilişkin temel düzenleme Alman Medeni Kanunu (ZPO)’nun 10. kitabı altındadır. 1 Ocak 1998 tarihinde UNCITRAL Model Kanunu’ndaki düzenlemeler esas alınarak yapılan değişiklikler sonucunda Alman milli hukukunda uluslararası tahkim alanındaki düzenlemeler güncel halini almıştır⁸³.

Ancak belirtmek gerekir ki, ZPO 10. Kitapta tahkim açısından 1998 yılında UNCITRAL Model Kanunu esas alınarak yapılan değişiklikler Model Kanunun birebir aynısı değildir. Model Kanundan farklılaştırılarak iç hukuka alınan

⁸³ Wiessen/ Bartels, *Arbitration in Germany*, s. 314

düzenlemelerden birisi de hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi “kompetenz-kompetenz” prensibidir. ZPO 1040(3)’de yapılan düzenlemeler ile artık hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri karar bir ön karar niteliğinde kabul edilmiştir. Bu ön kararın verilmesinden sonra 1 ay içinde taraflardan birinin mahkemeye başvurarak bu konuda kesin karar vermesini talep etmesi mümkündür. Hakem mahkemesi, milli mahkemeler önünde yetkiyle ilgili yargılama derdest iken tahkim yargılamasına devam etme ve hatta karar verme hakkına sahiptir⁸⁴.

ZPO’nun 1040. maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi

(1) *Hakem mahkemesi kendi yetkisi ve bu bağlamda tahkim sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği hakkında karar verme yetkisine sahiptir. Bu nedenle bir sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartı sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrı ve bağımsız olarak değerlendirilmelidir.*

(2) *Hakem mahkemesinin yetkili olmadığına ilişkin itiraz cevap dilekçesinin sunulmasından sonra yapılamaz. Taraflardan biri, hakemlerin atanması ve ya tahkime kendi katılımıyla yetkisizliğe ilişkin böyle bir itirazı dile getirme hakkından mahrum kalmış sayılamaz. Hakem mahkemesinin yetkisini aştığı itirazı, yetki dışında kaldığı iddia edilen meselenin söz konusu olmasından sonra derhal dile getirilmelidir. Hakem mahkemesi geç bir itirazın sunulabilmesine tarafın gecikmeyi gerekçelendirmesi halinde karar verebilir.*

(3) *Eğer hakem mahkemesi yetkisi olduğu sonucuna varırsa, bu hususta vereceği karar bu kanunun bu kısmının 2. alt kısmında yer alan ön karar niteliğinde olacaktır. Bu halde taraflardan biri, hakemlerin yetkisi hakkındaki kararına ilişkin yazılı ihbarı aldıktan 1 ay içinde mahkemelere başvurarak yetki hakkında karar verilmesini talep edebilir. Bu konudaki talep derdest iken hakem mahkemesi yargılamaya devam ederek, karar verebilir.*

⁸⁴ A.g.e s. 316

ZPO'nun 1040 (1) maddesi uyarınca hakem mahkemesinin kendi yetkisi ve bununla ilgili olarak tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve varlığı hakkında karar verme yetkisi bulunmaktadır. Bu açıdan *competence-competence* prensibinin Alman Hukukunda kabul edildiği söylenebilecektir⁸⁵. Ancak hakemlerin yetkisi hakkında verecekleri bu karar ancak bir ön karar niteliğindedir. Taraflar 1040(3) maddesi uyarınca hakemlerin yetkileri hakkında verdikleri kararın *Oberlandesgericht* tarafından incelenmesini talep edebileceklerdir⁸⁶.

Tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlığın önüne gelmesi halinde mahkemeler UNCITRAL Model Kanun'daki düzenlemelere uygun olarak tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz, yoklukla malul, ileri sürülemez veya uygulanamaz olduğunu tespit etmedikçe uyuşmazlığı hakemlere tevdi etmek zorunda kalacaktır⁸⁷. ZPO'nun 1032(1) maddesindeki düzenleme şu şekildedir:

“Tahkim Anlaşması ve Mahkemelere Sunulan Esasa İlişkin Talepler

(1) Tahkim anlaşmasının konusu olan bir uyuşmazlık önüne gelen mahkemeler, davalının sözlü duruşma başlamadan evvel uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak yapmış olduğu itirazları, tahkim anlaşması açıkça geçersiz, yoklukla malul, ileri sürülemez ya da uygulanamaz bulmadıkça reddetmesi gerekmektedir.”

Doktrinde 1032 (2) maddesi uyarınca ancak hakem mahkemesi henüz kurulmamışken oluşan yetki itirazlarını incelemesi şeklinde uygulanabileceğini ifade etmektedir⁸⁸. ZPO'nun 1032(2) maddesi uyarınca:

“Tahkim mahkemesi kurulmadan evvel, tahkime gidilip gidilemeyeceği yönünde bir tespitin mahkemelerden istenmesi mümkündür.”

⁸⁵ Stephan Rützel/ Gerhard Wegen/ Stephan Wilske, **Commercial Dispute Resolution in Germany**, German Law Accessible, Verlag C.H. Beck München, 2005, s. 128

⁸⁶ Wiessen/ Bartels, **Arbitration in Germany**, s. 324

⁸⁷ Holtzman/ Neuhaus, **A Guide to The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration**, s.487 vd

⁸⁸ Wiessen/ Bartels, **Arbitration in Germany**, s. 324

2) İsviçre

İsviçre’de tahkim konusundaki düzenlemeler milletlerarası tahkim ve iç tahkim arasında farklılık gözetmektedir. Milletlerarası tahkime ilişkin düzenlemeler İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda (LDIP) yer alırken tarafların bu hususta anlaşmaları ile İsviçre Milletlerarası Tahkim Kuralları da tahkime uygulanabilecektir. İç tahkimde ise uygulanacak kurallar Konkordat ile düzenlenmiştir⁸⁹.

İsviçre’deki düzenlemeler uyarınca hakemlerin yetkisi hakkında karar verme yetkisi hakemlere tanınmıştır. Taraflar tahkim anlaşmasının konusu olan bir uyuşmazlığı öncelikle tahkime taşımış olsalar da, böyle bir uyuşmazlık tahkimden önce mahkemelerin önüne getirilmiş olsa da bu konuda karar verme yetkisi hakemlerdedir, mahkemeler konuyu hakemlere tevdi etmek zorundadırlar⁹⁰.

Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisinin hakemlerde olmasının yanı sıra bu yetkinin öncelikle hakemlere tanınmış olması da İsviçre’deki düzenlemenin tahkim lehine olduğunu göstermektedir. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere ABD gibi bazı ülkelerde hakemlerin yetkisi hakkında karar verme yetkisinde öncelik mahkemelere bırakılmaktadır. Ancak belirtmelidir ki bu iki birbirine zıt uygulama da NY Sözleşmesinin 2. maddesinde belirlenmiş olduğu üzere tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz, yoklukla malul, ileri sürülemez veya uygulanamaz olduğu durumlar hariç olmak üzere hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi düzenlemesiyle uyumludur. Çünkü NY Sözleşmesi bu konudaki incelemenin öncelikle mahkemeler tarafından tahkim başlamadan önce mi yoksa sonra mı yapılması gerektiği konusunda bir düzenleme getirmemiştir⁹¹.

İsviçre’de bu prensibin uygulanması açısından getirilmiş olan tek istisna ilk görünüş incelemesinde dahi geçerli bir tahkim anlaşmasının olmamasıdır. Bu

⁸⁹ Tobias Zuberbühler/ Christoph Müler/ Philipp Habegger, **Swiss Rules of International Arbitration, Commentary**, Kluwer Law, Schultness, 2005, Zzürih, Bern, s.14

⁹⁰ Andreas Bucher/ Pierre-Yves Tshanz, **International Arbitration in Switzerland**, Helbing& Lichtenhahn, January 1989, s.76 vd

⁹¹ **A.g.e.** s. 77

durumda yani tahkim anlaşmasının ilk görünüş incelemesinde dahi mevcut olmaması halinde bu durumun tespiti yetkili herhangi bir mahkeme tarafından yapılabilecektir⁹². Çünkü mahkemelerin hakemlere yetkisi hakkında karar verme konusunda meseleyi tevdi etme mecburiyeti ancak geçerliliği ve kapsamı şüpheli olsa bile bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti halinde mümkündür. Aynı şekilde hakem ataması için mahkemeye başvurulması halinde, başvuran tarafın tahkim anlaşmasını sunmaması durumunda mahkemenin bu başvuruyu reddetmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar vermesi ve bu mesele hakkında karar verme yetkisinin önceliğin hakemlere tanınmış olması şu sonucu doğurmaktadır: Hakem mahkemesi kendi önüne getirilen bir uyuşmazlıkta yetki itirazıyla karşılaştığında kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine sahiptir. Mahkemeler ise hakemlerin yetkisi hakkında karar veremez meğer ki tahkim anlaşmasının varlığı hakkında yapılan ön inceleme sonucunda anlaşmanın bulunmadığı sonucuna varılsın⁹³.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (LDIP)'nin 186. maddesi hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkisini düzenlemektedir. LDIP'nin 186. maddesi şu şekildedir:

VII. Yetki

1 Hakem heyeti kendi yetkisi hakkında karar vermeye yetkilidir.

2 Yetkisizliğe ilişkin itiraz esasa ilişkin herhangi bir savunmaya girilmeden yapılmalıdır.

3 Genellikle hakem heyeti yetki hakkındaki kararını ara karar şeklinde verir.

İsviçre Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 21. maddesinde de benzer şekilde hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerinin bulunduğu düzenlenmektedir⁹⁴.

Esasa girilmeden evvel yetki itirazı yapılması mümkündür. Hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında yapılmış olan bu itirazı ara karar niteliğinde vereceği bir karar

⁹² Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration** s. 409

⁹³ Andreas Bucher/ Pierre-Yves Tshanz, **International Arbitration in Switzerland** s. 79

⁹⁴ Zuberbühler/ Mülser/ Habegger, **Swiss Rules of International Arbitration, Commentary**, s.184

ile hükme bağlayacaktır. Hakem mahkemesinin bu ara kararına karşı itiraz edilmesi mümkündür. Ancak bu itiraz, şayet hakem heyeti kendini yetkili bulmuşsa ve yargılama devam ediyorsa, tahkim yargılamasının durmasına neden olmayacaktır. 186. maddenin 3. fıkrasında geçen “genellikle” terimi, hakemlerin yetki itirazı hakkında kararı, esasa ilişkin verecekleri nihai karar sırasında da verebileceklerini düzenlemektedir. Bu durum genellikle tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddiaların, uyuşmazlığın esasıyla doğrudan ilintili olduğu durumlarda ortaya çıkabilecektir. Ancak bu durum istisnai nitelikte olması özellikle yetki itirazının açıkça mesnetsiz ve tahkim yargılamasını geciktirmek amaçlı kullanılması açısından önemli bir avantajdır. Taraflar başka konularda hakem heyetinin ara karar vermesini yapacakları bir anlaşma ile engelleyebilecekken yetki konusunda hakem heyetinin ara karar vermesi yetkisi elinden alınmaz⁹⁵.

Tarafların hakemlerin yetkisi hakkında karar vermesini beklemeksizin mahkemelerden tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin bir tespit kararı ya da açıklayıcı karar almaları da mümkün değildir meğer ki ön inceleme niteliğinde olacak bir inceleme ile tahkim anlaşmasının açıkça bulunmadığı tespit edilsin⁹⁶.

Tahkim anlaşmasının bulunmadığının açıkça tespit edilmesi halinde mahkemelerin yetki ile ilgili karar verebileceklerine ilişkin düzenleme LDIP'nin 7. maddesinden doğmaktadır. LDIP'nin 7. maddesi uyarınca;

VI. Tahkim sözleşmesi

Taraflar tahkime elverişli bir uyuşmazlığın tahkimle çözümleneceği hususunda anlaşmışlarsa, İsviçre mahkemeleri önüne gelen bu uyuşmazlık hakkında yetkisizliğini açıklayacaktır meğer ki

a. *Davalı mahkemelerin yetkisine itiraz etmeden esasa girmiş olsun*

b. *Mahkeme tahkim sözleşmesinin geçersiz, yoklukla malul, uygulanamaz veya icra kabiliyeti olmadığını tespit etsin*

⁹⁵ A.g.e. s. 80

⁹⁶ A.g.e. s.80

c. *Hakem heyeti tahkim yargılamasında davalı olan tarafın açıkça sorumlu olması nedeniyle kurulamamış olsun.*

Tahkim sözleşmesine konu bir uyuşmazlık öncelikle mahkemenin önüne getirilmişse davalı tahkim itirazında bulunarak davanın reddedilmesini sağlayabilir. NY Sözleşmesinin II(3) maddesi ve LDIP'nin 7. maddesi böyle bir durumda hakimin taraflara uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurmaları konusunda yönlendirme yapmasını düzenlemektedir. 7. madde düzenlemesi mahkemelerin yetki konusunda yapacakları incelemeyi oldukça kısıtlı bir hale getirmiştir.

NY Sözleşmesi düzenlemesine paralel olarak LDIP'nin 7. maddesi mahkemede açılmış olan davada davalı tarafın tahkim itirazında bulunmayarak tahkim hakkından feragat etmesini mümkün kılmaktadır. Ancak böyle bir durum yoksa, yani davalı esasa girmeden tahkim itirazında bulunmuşsa mahkeme tahkim sözleşmesinin geçersiz, yoklukla malul, uygulanamaz veya icra kabiliyeti olmadığını tespit etmediği ve 7. maddenin b ve c bendinde düzenlenmiş olan durumlar gerçekleşmediği müddetçe uyuşmazlığın çözümü hakemlere tevdi etmek zorundadır.

İsviçre'de hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi hakkındaki düzenlemeler ile ilgili olarak değinmekte fayda gördüğümüz son husus İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu *Fomento de Construcciones v. Colon Container Terminal* kararıdır⁹⁷.

Somut olayda İspanyol Şirketi Fomento, Colon Container ile Panama terminalinin yapımı hakkında istisna sözleşmesi akdetmiştir. Ortaya çıkan uyuşmazlık üzerine, istisna sözleşmesinde tahkim şartı bulunmasına rağmen Fomento, Panama Mahkemelerinde dava açmıştır. Bunun üzerine davalı Colon Container tahkim itirazında bulunmuştur. Yerel mahkeme davalının tahkim itirazını süresinde yapmadığı gerekçesiyle bu itirazın reddine karar vermiştir. Mahkemenin bu kararı davalı Colon Container tarafından temyiz edilmekle beraber, yine Colon Container

⁹⁷ Fomento de Construcciones y Contratas S.A. (Spain) v. Colon Container Terminal S.A. (Panama) [14 May 2001] / Swiss Federal Tribunal (first Civil Court), ASA Bulletin (2001), volume 19 , issue 3 , p. 555-565

tarafından İsviçre’de tahkim yargılaması başlatılmıştır. Fomento İsviçre’de başlatılan tahkim yargılamasında hakemlerin yetkisine Panama’da devam etmekte olan davada davalı Colon Container’ın vaktinde tahkim itirazında bulunmayarak tahkim iradesinden vazgeçtiğini söyleyerek itiraz etmiştir. Bu sırada temyiz makamından çıkan karar davalının tahkim itirazını süresinde ileri sürdüğü yönündedir. Hakem Heyeti de temyiz makamından çıkan bu karara dayanarak kendisini yetkili görmüş ve yargılamaya devam etme kararı almıştır. Fomento temyiz makamından çıkan tahkim itirazının vaktinde yapıldığı yönündeki kararı bir üst denetim makamı olan Panama Supreme Court’a taşımış ve Supreme Court temyiz makamının verdiği kararı bozarak bu uyuşmazlığın mahkemeler önünde görülebileceğini hükme bağlamıştır.

Bunun üzerine Fomento Hakem Heyetinin kendi yetkisi hakkında vermiş olduğu kararın yanlış olduğunu iddia ederek kararın iptali için İsviçre Federal Mahkemesine başvurmuştur⁹⁸. Tam da bu sırada Hakem Heyeti uyuşmazlığın esası hakkında kararını nihai kararını açıklamıştır.

Federal Mahkemenin yapılan başvuru hakkında verdiği karar ise hakemlerin derdestlik (lis pendens) kuralı gereğince yargılamayı bekletmesi gerektiğidir.

Kanaatimizce bu karar dikkat çeken iki husus bulunmaktadır. Bunlardan birincisi yabancı mahkemeler ve tahkim yargılaması arasında derdestlik ilişkisi kurularak konusu ve tarafları aynı olan iki uyuşmazlığın hem tahkim de hem de devlet mahkemelerinde görülemeyecek olduğunun düzenlenmesi iken ikincisi de LDIP’nin 186. madde hükmü ile getirilmiş olan hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmesi yetkisinin derdestlik anlayışının kabulüyle özellikle yargılamanın öncelikle devlet mahkemelerinde başlatılması halinde işlerliğinin olamayacağıdır.

Fomento kararı sonrasında Federal Mahkemenin derdestlik kavramını tahkim yargılaması için de kullanması ve bunu yaparken 2. soruna yani competence-

⁹⁸ MTK’dan farklı olarak İsviçre Hukukunda hakemlerin kendi yargılama yetkileri hakkında vermiş oldukları kararın mahkemelerce denetlenmesi söz konusudur. Oysa Türk Hukukunda hakemlerin kendi yargılama yetkileri hakkında vermiş olduğu kararların ancak tenfiz ya da hakem kararının iptali aşamasında denetimi mümkün olacaktır.

competence'a hiç önem vermeksizin basit bir öncelik sonralık ilişkisine indirgemesi, her zaman tahkim yargılamasının göz bebeği olan İsviçre'nin bu cazibesini kaybetmesine neden olmuştur.

Bunun üzerine kanun koyucu LDIP 186. maddeye 1 bis ekleyerek⁹⁹ “önemli sebepler yargılamayı askıya almayı gerektirmedikçe, daha önceden başka bir devlet veya hakme mahkemesi nezdinde açılmış ve tarafları ile konusu aynı olan bir davanın bulunması halinde dahi, hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verebilir.” hükmünü getirmiştir¹⁰⁰.

Bu şekilde bu kararın yaratabileceği sakıncaların önüne geçilmiştir. Çünkü aksi halde, kötü niyetli tarafların, tahkim yargılamasını durdurmak, hatta onun tamamen önüne geçmek için sadece mahkemede dava açması yeterli olacaktır. Dolayısıyla bu durum en iyi ihtimalle zaman kaybı, en kötü ihtimalle tamamen tahkim yargılamasının kaldırılması sonucunu doğurabilecektir. Bu sakıncalar eklenen fıkra ile engellenmek istenmiştir. Söz konusu hüküm 01.02.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

3) Fransa

Fransa'da tahkimi düzenleyen mevzuat Yeni Fransız Medeni Usul Kanunu (NCPC)'dir. NCPC'nin 1442-1491 hükümleri iç tahkimi düzenlerken, 1492-1497 hükümleri milletlerarası tahkimi düzenlemektedir.

Fransa'da iç tahkim'de konuyla ilgili düzenleme Yeni Usul Kanunu'nun 1466. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu madde uyarınca “*hakem mahkemesi önünde,*

⁹⁹ Paolo Michele Patocchi/ Matthias Scherer, **The Swiss International Arbitration Law Reports**, 2008/2 No.2, Lenz&Staelin, Geneva, 2008 s. 516,518

¹⁰⁰ Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, s. 442 dipnot 42

tarafardan birinin hakemin yetkisine itiraz etmesi durumunda hakem kendi yetkisinin geçerliliği ya da kapsamı hakkında karar verme yetkisine sahiptir.”

Bu düzenleme 14 Mayıs 1980 yılında düzenlenen bir kararname ile getirilmiş olup, uygulamada yargı kararları arasında bulunan uyumsuzlukların yeknesaklaştırılmasını amaçlamaktadır. Bu maddenin yürürlüğe konmasından evvel Fransız Mahkemelerince verilen bazı içtihatlar¹⁰¹ “*hakemlerin yetkisi hakkında ve özellikle tahkim anlaşmasının geçersizliği hakkında taraflarca yapılmış itirazların yerel mahkemelerce çözümleneceği*” hususunda karar verilmişti¹⁰².

Uluslararası tahkimde ise, aynı kanununun 1495. maddesinde yerini bulan ve yine hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri yetkilerini tanıyan düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu prensibin ilk olarak uygulanmaya başlanması 1949 tarihli içtihat ve bunun sonucu çıkarılan 1981 tarihli kararname olmuştur.¹⁰³

1949 tarihli Fransız mahkemesi kararında¹⁰⁴ şu ifadeler yer verilmiştir: “*prensibin dayanağı yargılama makamının, kendi yetkisi hakkında yetkili olması gerekliliğidir. Bu gereklilik yargılama makamı, yargılama yetkisini tahkim anlaşmasından alan hakem olduğunda, bu anlaşmanın geçerliliği ve kapsamını inceleme yetkisinin bulunması anlamına gelecektir*”.

Fransız Hukukunda competence-competence prensibinin *DIP matériel* kuralı olarak ifade edildiği ilk karar 1999 tarihli *Zanzi Kararıdır*¹⁰⁵. Bu karar kısaca şu şekilde özetlenebilir: Tripcovitch isimli İtalyan şirket, ve M. de Coninck isimli Fransız tacir arasında akdedilen bir satış sözleşmesinde MTO tahkim klozu öngörülmüş olmasına rağmen Tripcovitch’in tahkim prosedürünü başlatmasının ardından Fransız tacir devlet mahkemelerinde (Fransız Medeni Kanununun 2061. maddesi uyarınca alt ilişkinin ticari bir ilişki olmaması sebebiyle tahkim klotunun geçersiz olduğunu ileri

¹⁰¹ Cass. Com, Ekim 6, 1952, Courtieu v Blanchard, JCP,Ed. G.,PT. II,No: 8293 (1954)

¹⁰² Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration** s. 398

¹⁰³ **A.g.e** s.398

¹⁰⁴ Cass.com, 22 Şubat 1949, Caulliez-Tibergen v. Caulliez-Hannart, JCP,Ed. G.,Pt.II, No:4899

¹⁰⁵ Civ I, 5 janvier 1999, Bull n° 2, N° 96-21-430 <http://www.glose.org/Juris/7348.html>

sürerek) tahkim klozunun geçersizliği hakkında dava açmıştır. NCPC’de açıkça öngörüldüğü üzere tahkim klozu açıkça geçersiz ise mahkemenin davaya bakma yetkisi bulunmaktadır. M. de Coninck tarafından başlatılan bu davanın sonucunda temyiz mahkemesi *cour de cassation* hakemlerin tahkim şartının geçerliliği ve yetkilerinin olup olmadığını inceleme konusunda yetkili olduklarına hükmetmiştir.

4) İngiltere

İngiliz hukukunda tahkime ilişkin düzenlemeler 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu (English Arbitration Act)’de yapılmıştır. İngiliz hukukunda iç tahkim ile milletlerarası tahkim açısından bir farklılık gözetilmemiş, her ikisi de İngiliz Tahkim Kanunu’na tabi tutulmuştur¹⁰⁶.

Hakemlerin yetkisi hakkında karar verme yetkisi ve buna ilişkin düzenlemeler İngiliz Tahkim Kanunu’nun 30 vd maddelerinde yer almaktadır¹⁰⁷.

İngiliz Tahkim Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca hakemlerin yetkisi hakkında karar verme yetkisi hakemlerdedir. 30. madde şu şekildedir:

Hakem mahkemesinin yetkisi

30. hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi

(1) aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, hakem mahkemesi yetkisi hakkında karar verebilir. Verilecek bu karar aşağıdaki hususlara ilişkin olabilir:

(a) geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti

(b) hakem heyetinin gereği gibi kurulup kurulmadığı meselesi

(c) tahkime tevdi edilen uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının kapsamında olup olmadığı meselesi

(2) bu hususta hakem mahkemesince verilecek olan karar işbu kanun hükümleri uyarınca itiraza tabi olabilecektir.

¹⁰⁶ Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration**, s.409

¹⁰⁷ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_3

Bu düzenleme uyarınca İngiliz mahkemeleri ancak taraflarca açık bir anlaşma olması ya da hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları karara taraflarca itiraz edilmesi durumunda yetki konusunda karar verebileceklerdir¹⁰⁸.

İngiliz Tahkim Kanununun 31. maddesi uyarınca hakemlerin yetkisine itiraz, itiraz eden tarafın esasa ilişkin iddialarını sunmasından evvel yapılmalıdır. Yine aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca taraflardan birinin tahkime katılımı veya hakem ataması, onu yetki konusunda itiraz etme hakkından mahrum bırakmayacaktır.

İngiliz Tahkim Kanununun 31. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hakem mahkemesinin yetkisini aştığı itirazı, yetki dışında kaldığı iddia edilen meselenin söz konusu olmasından sonra derhal dile getirilmelidir. Hakem mahkemesi geç bir itirazın sunulabilmesine tarafın gecikmeyi gerekçelendirmesi halinde karar verebilir. Görüldüğü üzere bu hususta İngiliz hukuku ve Alman hukukundaki düzenlemeler bire bir aynı niteliktedir.

31. maddenin 4. fıkrası uyarınca hakemlerin kendi yetkisi hakkında verecekleri karar sadece yetki hakkında verilecek bir karar ile yapılabileceği gibi, esasa ilişkin mesele hakkında verilen nihai karar aşamasında da verilebilecektir. 4. fıkra bu hususta taraflara bir seçim hakkı tanıyarak, tarafların yetki hakkında verilecek kararın niteliği hakkında bir anlaşmaya varmaları halinde hakem heyetinin bu şekilde yetki kararını vermesi gerekliliği düzenlenmiştir.

İngiliz Tahkim Kanununun 32. maddesi ise, hakem yetkisi hakkında mahkemelerin karar verebilme meselesini düzenlemektedir. 32. maddenin ilk fıkrası uyarınca mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında karar verebilmesine olanak sağlanmıştır. Mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında karar verebilme olanağı ve bunun şartları 32. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca

¹⁰⁸ Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration**, s.409

mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında karar verebilmeleri ancak şu şartlar altında mümkündür:

a) *Tahkim yargılamasına taraf olan herkesin yetki meselesinin mahkemelerce çözümlenmesi konusunda anlaşmış olması ve ya*

b) *Hakem heyetinin rızası ile yetki meselesinin mahkemelere tevdi edilmiş olması ve mahkemenin:*

- *bu husus hakkında karar vermenin masraflar açısından ciddi bir tasarruf sağlayacağı ve*

- *bu başvurunun gecikme olmaksızın yapıldığı ve*

- *bu incelemenin mahkemelerce yapılmasının haklı nedenlere dayandığı konusunda tatmin olması gerekmektedir.*

32. madde kapsamında mahkemelere yapılacak böyle bir başvuru, tahkim yargılamasının taraflarının hepsinin bu hususta anlaşmalarıyla yapılmış olmadıkça, yetki meselesinin hangi nedenlerle mahkeme eliyle çözümlenmesi gerektiği yönündeki gerekçelerini de içermesi gerekmektedir.

32. maddenin 4. fıkrası uyarınca, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça hakem heyeti mahkemenin yetki konusundaki yargılaması devam ederken kendi tahkim yargılamasına devam edebilir ve hatta uyuşmazlık hakkında karar verebilecektir.

5) ABD

Amerikan hukuk sisteminde tahkim konusundaki düzenlemeler ve uluslararası anlaşmalar bu konudaki hukuki kaynakları oluşturmaktadır. ABD New York Sözleşmesi, Panama Konvansiyonu ve ICSID Konvansiyonu tarafı olmakla beraber, Federal Tahkim Kanunu ile bu uluslararası metinlerdeki düzenlemeleri kendi iç hukukuna da almıştır¹⁰⁹. ABD’de eyaletlerin kendi bünyelerinde de tahkim kanunları mevcuttur. Federal Tahkim Kanunu bunları tamamlayıcı niteliktedir. Federal Tahkim

¹⁰⁹ Christopher R. Drahozal, **International Arbitration Law in the United States**, International Commercial Arbitration, A comparative Survey, ICOC Publication, No: 2007/45, s. 65

Kanunu'nda iç tahkim ile milletlerarası tahkimin tabi olacağı düzenlemeler açısından bir ayırım yapılmamıştır.

Federal Tahkim Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca “*Mahkeme taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının varlığı hakkında tarafların dinlenmesi (ve yargılamanın devam etmesi) sonucunda tatmin olunca tarafların söz konusu anlaşma hükümlerince uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi hususunda karar verecektir.*”

*Prima Paint Corp v Flood & Conklin Mfg. Corp*¹¹⁰ davası Amerikan Yüksek Mahkemesince tahkim şartının ayrılabilirliği ilkesinin Amerikan tahkim hukukunda kabul edildiği davadır. Bu davada tahkim anlaşmasının hileli olduğu iddiası dışında herhangi bir uyuşmazlığın hakem heyeti tarafından çözüme kavuşturulacağı düzenlenmiştir¹¹¹.

*First Options of Chicago v Kaplan*¹¹² davasında Amerikan mahkemesi tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişiler açısından tahkim anlaşmasının bağlayıcılığı hususunda hakemlerin vermiş oldukları kararın yeniden mahkemelerce incelenmesi ve konu hakkında karar verilmesi gerekliliğini belirtmiştir. Bu kararda mahkeme tarafların tahkime elverişlilik gibi hususlarda karar verme yetkisini tahkime giderek çözme konusunda açıkça anlaşmamışlarsa bu hususta karar verme yetkisi mahkemelerde olacağına hükmetmiştir. Bundan sonraki mahkeme kararlarında da tarafların anlaşmalarında açıkça hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerine dair bir yetkilendirme ya da bu yetkiyi tanımış bir kurum metnine atıfta bulunulmadığı sürece bu konularda karar verme yetkisinin mahkemelerde olduğu belirtilmiştir¹¹³.

First Options of Chicago v Kaplan davasından daha yeni tarihli bir karar olan *Buckeye Check Cashing Inc. V. Cardegna* davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliği hususunda bir anlaşmazlık olması halinde bu

¹¹⁰ *Prima Paint Corp v Flood & Conklin Mfg. Corp*, 388 US. 395 (1967)

¹¹¹ Drahozal, **International Arbitration Law in the United States**, s. 69

¹¹² *First Options of Chicago v Kaplan* 514, US. 938 (1995)

¹¹³ Drahozal, **International Arbitration Law in the United States**, s. 70

meselenin hakemlerce çözümlenmesi gerektiğini belirterek, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkim anlaşmasının taraflarca aktedilip akte edilmediği meseleleri arasında bir ayırım yaparak *First Options of Chicago v Kaplan* kararından farklı bir karar vermiştir.

Doktrinde bir görüş uyarınca¹¹⁴ ABD’de hemen hemen diğer tüm milli hukukların aksine, NY Sözleşmesinin uygulandığı bir devlet olmasına rağmen, Federal Tahkim Kanununun 4. maddesinin etkisinde kalan bir uygulama gelişmiş olup tahkim prosedürünün bazı “ön meseleler” çözümleninceye dek bekletilmesi söz konusudur¹¹⁵.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının varlığının incelemesiyle ilgili yapılacak değerlendirme iki açıdandır. Birincisi tahkim anlaşmasının kapsamı diğeri de ön mesele olan tahkim anlaşmasının varlığı, yani tarafların böyle bir anlaşma ile bağlı olup olmadığı ve tahkime elverişlilik konusudur. Doktrinde bir görüş, gelişmekte olan içtihatlar incelendiğinde, ABD’de bu meseleler hakkında karar verme yetkisi, taraflardan birinin talebiyle hakem heyetine değil, milli mahkemelere verildiğini ileri sürmektedir¹¹⁶.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin bir çok kararında uygulama alanı bulan bu düzenleme bir MTO tahkimi olan *Microchip Tech Inc v US Philips Corp*¹¹⁷ davasında da uygulanmıştır. Bu davada yetkiye ilişkin uyuşmazlık tahkim anlaşmasının taraflarından birinin halefi olan tarafın tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı noktasında toplanmıştır. Bu davada Yüksek Mahkeme, “*Amerikan Temyiz Mahkemesi Federal Dairesi John Wiley & Sons, Inc v. Livingston* davasında, Yüksek Mahkeme tarafların tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı meselesinin mahkeme tarafından incelenecek bir “ön mesele” olduğuna karar vermiştir.” demiş ve de tahkim anlaşmasının süresinin dolup dolmadığı meselesinin de gene bir ön sorun olarak

¹¹⁴ Buhler/ Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s. 100

¹¹⁵ Buhler/ Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s.103

¹¹⁶ Buhler/ Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s. 104

¹¹⁷ *Microchip Tech Inc v US Philips Corp* 367 F. 3d 1350 (Fed.Cir., 2004)

mahkemelerce çözümleneceğini söylemiştir. Bu kararıyla temyiz makamı ilk derece mahkemesinin tahkime yer olmadığı kararını onamıştır.

Amerikan mahkemelerince yetki konusundaki “ön mesele” genellikle tarafların tahkim anlaşmasıyla bağlı olup olmadığı ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmaması sorunu olarak nitelendirilmektedir. Fakat taraflar tahkime elverişlilik konusunun hakemlerce çözümleneceği konusunda bir anlaşma yapabilirler. *Stone & Webster Asia v Triplefine International* davasında, Amerikan Temyiz Mahkemesi 2. Dairesi tahkime elverişlilik konusunda karar verme yetkisinin MTO hakem mahkemesinde olduğunu çünkü tarafların anlaşmasının “tüm uyuşmazlıkların” tahkimle çözüleceği yönünde açık bir düzenleme getirdiğini belirtmiştir. Tarafların anlaşmasında açıkça ve herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde “tahkime elverişlilik” meselesi hakkında doğacak uyuşmazlığın çözümünün hakemlere bırakılıyor olması nedeniyle bu hususta milli mahkemelerin yetkili olmadığı belirtilmiştir.

Bu konuda ABD uygulamasının bir diğer özelliği de yetki hakkındaki ön meselenin incelenmesinde milli mahkemeler aşamasında jüri duruşmasının da yapılacak olmasıdır. Ayrıca *discovery* adı verilen özel delil toplama yöntemi de ön meselenin çözümlenmesi açısından kullanılabilir¹¹⁸.

E. Değerlendirme

Taraflar arasında bir uyuşmazlığın meydana gelmesi halinde milli hukuklarca, devlet yargılamasına alternatif olarak, tarafların bu hususta gereği gibi anlaşmaları halinde, hakemlerin söz konusu uyuşmazlığı çözümede yetkili olacakları kabul edilmiştir. Bu açıdan hakemler yetkilerinin kaynaklarını taraflar arasında yapılmış olan tahkim anlaşmasından almaktadırlar.

¹¹⁸ Buhler/ Webster, **Handbook of ICC Arbitration**, s. 105

İncelendiği üzere taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmasının iki etkisi bulunmaktadır. Tahkimin anlaşmasının pozitif etkisi uyarınca yapılan tahkim anlaşması ile taraflar söz konusu uyuşmazlığın çözümü hususunda hakemleri yetkilendirmektedirler. Tahkim anlaşmasının negatif etkisi uyarınca taraflar milli mahkemelerin söz konusu uyuşmazlığın çözümü konusunda yetkili olmamalarını amaçlamaktadırlar. Bu durumda uyuşmazlığın mahkemeler eliyle mi yoksa hakemlerce mi çözümleneceği konusu taraflar arasında akdedilmiş geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığına bağlıdır. Taraflar arasında akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı, diğer bir deyişle hakemlerin yetkili olup olmadığının belirlenmesi açısından yetkili mercinin hakemler mi yoksa mahkemeler mi olduğu yukarıda izah edildiği gibi tahkime uygulanan hukuk ve kurallardaki düzenlemelerle doğrudan ilgilidir.

İncelendiği üzere bugün birçok modern tahkim düzenlemesi ve kurum kurallarında hakemlerin yetkisinin bizzat hakemlerce incelenmesi konusunda hakemler lehine bir yetkilendirme sağlayan *competence-competence* prensibinin kabul edildiği görülmektedir. Türk hukukunda da milletlerarası tahkimde bu prensip kabul edilmiştir. Taslak usul kanununda da bu prensibin kabul edilmesi yönündeki yaklaşım görülmektedir. Bu kapsamda taslak usul kanunu da modern düzenlemelere uyum sağlamayı hedeflemektedir.

Competence-competence uyarınca söz konusu uyuşmazlık hakkında hakemlerin yetkili bulunup bulunmadığı konusu bizzat hakemlerce çözümlenecektir. Bu prensip, bazı yazarlarca, tarafların uyuşmazlığın çözümü konusunda hakemleri yetkilendirmiş olmaları durumunun, hakemlerin yetkisi hakkında çıkabilecek uyuşmazlıkları da kapsayacak olmasının sonucu olarak değerlendirilmiştir. Bu açıdan bazı milli hukuklardaki düzenlemeler uyarınca, uyuşmazlığın mahkemelere taşınması halinde, mahkemelerce yüzeysel olarak tahkim anlaşmasının mevcudiyetine dair yapılacak bir ön inceleme (yada bazı düzenlemeler uyarınca daha derinlemesine bir geçerlilik incelemesi) ile uyuşmazlığın yetki itirazı dahil olmak üzere hakemlere tevdi edilmesi söz konusudur. Çünkü hakemler yetkileri hakkında inceleme yapma yetkisini bizzat

geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından ve söz konusu tahkime uygulanan hukuk ve kurallardaki düzenlemelerden almaktadırlar.

Competence-competence prensibinin avantajı, tahkim yargılamasının davalının kötü niyetli yetki itirazları ile mahkemelerin müdahalesine maruz kalmasını ve yargılamanın geciktirilmesini önler bir etkisinin oluşudur. Gerçekten de *competence-competence* prensibinin kabul edilmemiş olması halinde, taraflar arasında mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen davalı tarafından yapılacak basit bir yetki itirazıyla dosyanın mahkemelere taşınması söz konusu olabilecektir. *Competence-competence* prensibinin kabulü ile, tahkim yargılamasının kesintisiz ve seri bir şekilde devamı mümkün kılınmıştır. Aksi yönde bir kabul tarafların tahkime başvurma hususundaki amaç ve beklentilerini sonuçsuz bırakabilecektir.

Hakemlerin kendi yetkileri hususunda yapacakları yargılama, aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere hakem yetkisinin özellikle tahkim yargılaması sonrasında tenfiz, iptal ve temyiz davası aşamalarında mahkemelerce incelenecek olması nedeniyle hassas bir incelemeyi gerektirecektir. Hakemlerin yetkisiz olarak karar vermiş olmaları bir tenfiz engeli oluşturduğu gibi hakem kararının iptal edilmesi sonucunu da doğurabilecektir. Bu açıdan hakemler yargılamaları sonucunda verecekleri kararın etkisiz ve geçersiz bir karar olmamasını temin etmek amacıyla yargılama sırasında uygulanacak hukuku dikkate alarak yetkili bulduklarını tespit etmeye çalışacaklardır. Bu denge ile hakemlerin kendi yetkileri konusunda karar verme yetkilerinin bulunması sistemi kendini denetlemektedir.

Competence-competence prensibinin kabul edilmiş olması davalının kötü niyetli itirazlarının daha kolay bir şekilde bertaraf edilmesi açısından davacı lehine bir düzenleme olduğu gibi, tahkimi daha efektif bir uyuşmazlık çözüm yolu haline getirmeyi amaçladığından tahkim uygulaması açısından da faydalı bir düzenlemedir.

Competence-competence prensibi ve uygulamasının saymış olduğumuz avantajlarının yanı sıra dezavantajı, prensibin uygulanması sonucunda hakemlerin yetkileri hakkında verecekleri kararın nihai olmayışının yaratabileceği sakıncalar

olacaktır. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere hakemlerin yetkileri hakkında verdikleri kararlar tenfiz ve iptal davası aşamalarında mahkeme denetimine tabi tutulmaktadır. Bu açıdan hakemlerin kendini yetkili görerek uyuşmazlık hakkında vermiş oldukları kararın yetki nedeniyle iptal edilmesi ya da tenfiz edilememesi mümkündür. Bu durumda ortaya çıkan hakem kararının icra kabiliyeti olmayacak bu da taraflara gereksiz para ve zaman kaybı oluşturmuş olacaktır. Bu prensibin, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale ederek hem tarafları gereksiz zaman ve para kaybindan kurtarıyor olması, hem de hakemlerin yetki hakkında verecekleri kararın nihai olmayışının getirdiği sakıncalar göz önünde bulundurulduğunda menfaatler dengesi uyarınca bu prensibin kabulünün bir tercih meselesi olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Bugün bir çok modern hukuk sisteminde, aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere bu prensibin bu şekilde uygulanmasındaki menfaatler tercih edilmektedir.

III. Hakem Yetkisinin Mahkemelerce İncelenmesi

A. Hakem Yetkisinin Tahkim Yargılaması Öncesinde veya Sırasında İncelenmesi:

Hakem yetkisi milli mahkemeler önünde birçok farklı etapta inceleme konusu olacak bir mesele haline gelebilir. Hakem yetkisi, tahkim yargılaması başlamadan evvel taraflarca doğrudan ve ilk olarak mahkemelere başvurulması halinde mahkemelerin önüne gelebileceği gibi, tahkim yargılaması devam ederken ve tahkim yargılaması sona erdikten sonraki aşamalarda da mahkemelere taşınması mümkündür. Hakem yetkisinin milli mahkemeler önünde tahkim yargılamasının sona ermesinden sonraki aşamada incelenmesi meselesi B başlığında detaylı olarak incelenecektir. Bu kısımda mahkemelerin tahkim yargılamasından önce ve tahkim yargılaması sırasında hakem yetkisi hakkında yapacakları incelemeye değinilecektir.

Taraflar kendi iradeleriyle uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme hususunda anlaşmış olsalar bile, tahkim sürecinin birçok aşamada mahkeme müdahalesiyle karşılaşması mümkündür¹¹⁹. Tarafların tahkim sürecinin durdurulması hakkında karar verilmesini talep etmesi, tahkim sürecine zorlanması, malvarlığını haciz gibi sınırlamalar konulması, tahkim kararına *res judicata* etkisinin verilmesi gibi konularda milli mahkemelerin müdahalesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda

¹¹⁹ William W. Park, **The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction**, 13 ICCA Congress Series (2006) p. 55 by Prof. William W. Park (Cohasset, USA) s.13

hakem yetkisi ve bu yetkinin sınırları konusunda milli mahkemelerin ne zaman ve ne şekilde müdahalede bulunabilecekleri tahkime uygulanacak hukuktaki düzenlemelerle ilgili olacaktır¹²⁰.

1) Türk Hukukunda:

a. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hakemlerin Yetkisi

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere, MTK'ya tabi bir uyuşmazlık hakkında hakem yetkisine karar vermek yetkisi MTK md. 7 uyarınca hakemlere tanınmıştır. MTK md. 7/H hükmünde MTK kapsamındaki bir uyuşmazlığın çözümü hakkında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkilerinin olduğu öngörülmüştür. Söz konusu madde hükmü uyarınca “*Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.*”

MTK'ya kapsamında bir tahkime tabi bir uyuşmazlık hakkında taraflarca mahkemeye başvurulması ve yahut hakem yetkisine mahkeme nezdinde itiraz edilmesi halinde mahkemelerin tutumunun ne olması gerektiği MTK md. 5.'de düzenlenmiştir. MTK'nın 5. maddesi uyarınca MTK'ya tabi bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa karşı taraf tahkim itirazında bulunarak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümünü temin edebilir. MTK md. 5 uyarınca:

Tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin

¹²⁰ A.g.e s.13

uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.

Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir.

Tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, taraflardan birinin, aralarındaki uyuşmazlığı, doğrudan mahkemelere taşınması mümkündür. Bu halde, diğer tarafın ileri süreceği tahkim itirazı ile uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesini temin etmek; bir anlamda tahkim anlaşmasının varlığına rağmen korunmasını sağlamak, gereğini yerine getirmek mahkemelerin işi olmaktadır¹²¹. Taraflardan birinin uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir dava açması yerine bu sefer, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin mahkemeler yoluyla ilk elden tespitini istemesi de mümkündür. Kanaatimizce bu durumda da mahkemelerce yapılması gereken md. 5 uyarınca yapılacak tahkim itirazını dikkate alarak tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin meselenin çözümünü hakemlere bırakmak olmalıdır. Aksi yönde verilecek bir karar hakem yetkisi hakkında karar verme yetkisini hakemlere bırakan MTK 7/H düzenlemesinin uygulama alanını daraltacaktır. MTK 7/H düzenlemesi ve hakem yetkisi hakkında hüküm kurma konusunda hakemlerin yetkilendirilmiş olması yukarıda hakem yetkisinin hakemlerce incelenmesi bahsinde detaylı olarak ele alınmıştır.

MTK 5. madde kapsamında ileri sürülecek tahkim itirazı üzerine mahkemeler, taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığını tespit etmeleri halinde meseleden el çekecektir. Bu halde MTK md. 7/H uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliği de dahil olmak üzere hakem yetkisi hakemler tarafından incelenecektir. Ancak bu noktada mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlığı hakkında yapacağı incelemenin sınırı hakkında bir düzenleme mevcut değildir. Aşağıda detaylı olarak inceleneceği üzere bazı milli hukuklarda mahkemelerin bir ön inceleme şeklinde

¹²¹ Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi**, s.15

tahkim anlaşmasının varlığına kanaat getirmeleri halinde meselenin hallini hakemlere bıraktığı görülmektedir (örneğin Fransa, İsviçre hukuku). Bazı milli hukuklarda ise mahkemeler daha derinlemesine bir yargılama yaparak tahkim anlaşmasının geçerliliği, hakemlerin yetkisi ve tahkime elverişlilik konularında müspet bir sonuca varmaları halinde uyuşmazlıktan el çekmektedirler (örneğin Amerikan hukuku).

Türk Hukukunda ise, bu konudaki yaklaşımlar arasında doktrinde mahkemelerce tahkim anlaşmasının geçerliliğinin de incelenmesi gerektiği görüşü yer almıştır¹²². Bu görüş uyarınca bir an için tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili olarak mutlaka hakemlerin karar vermesi gerektiği düşünülecek olsa dahi hakemlerin tahkim şartının geçerli olup olmadığı hakkında kararlarının, MTK md. 15 uyarınca mahkemeler tarafından denetlenebileceğinden hareketle, bu yönde bir kabulün boşa zaman ve para harcanmasını engelleyecek bir yol olacağı belirtilmiştir. Mahkemenin geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu hükme bağlaması durumunda hakem kararına karşı tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı sebebiyle iptal davası açmak söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına yönelik kesinleşmiş bir hakem kararının bulunması, geçerli olmayan bir tahkim anlaşmasına rağmen büyük bir zaman ve para kaybına yol açacak şekilde, uyuşmazlığın boşu boşuna tahkimde çözülmesini engelleyecektir.

Doktrinde bir görüşe göre¹²³, tahkim sözleşmesine dayanılarak verilecek olan yabancı hakem kararının Türkiye’de tenfizi mümkün değilse (mesela yabancı hakem kararının milliyetini taşıyacağı devlet ile Türkiye arasında karşılıklılık şartı yoksa) davalı Türk mahkemesinde tahkim itirazında bulunamaz. Söz konusu görüşe göre, verilecek yabancı hakem kararının Türkiye’de tenfizi mümkün olmayacaksa, davalının tahkim itirazını kabul etmemek gerekir. Çünkü, bu tahkim itirazı kabul edilince, Türk mahkemesinde açtığı dava bu nedenle reddedilen davacı, yabancı tahkim sözleşmesine göre hakemlerde açacağı dava sonucunda alacağı yabancı hakem kararı hakkında Türkiye’de tenfiz kararı alamaması üzerine Türk mahkemelerinde yeniden dava açmak zorunda kalacaktır. Bu ise, hak aramayı çok

¹²² Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 98

¹²³ Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, Demir Demir Yayıncılık, Cilt: VI, 2001, İstanbul, s. 6140

güçleştiren ve geciktiren ve çok masraflı bir yol olacaktır. Bu nedenle Türkiye’de tenfizi mümkün olmayacak bir hakem kararı alma imkânının bulunmasına rağmen, davacının, Türk Mahkemesinde dava açmakta hukuki yararı bulunduğu fikri benimsenmektedir.

Kanaatimizce yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizinin mümkün olmayacağı ve bu sebeple Türkiye’de icra için yeni bir hukuki prosedürün başlatılacak olmasındansa Türk mahkemelerinin tahkim itirazını baştan reddetmesi usul ekonomisine uygun bir çözüm olacaktır. Ancak bu çözümün yaratacağı riskler de bulunabilir. Türk mahkemelerinde tahkim itirazının reddedilmesi ve bunun sonucunda tahkim ve Türk mahkemesi yargılaması sonunda verilen iki çelişkili kararın ortaya çıkması halinde, Türk mahkemesi kararının tahkim mahkemesinin milliyetindeki ülkede tenfizinin talep edilmesi de bir başka sorun oluşturabilecektir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, özellikle MTK düzenlemesinin yürürlüğe girmesinden sonra tahkim itirazının düzenlendiği 5. madde kapsamında böyle bir ayırımı yer verilmemiş olması bu hususta bir yapay bir ayırımı gidilmesinin mümkün olamayacağını göstermektedir. Nitekim Yargıtay’ın MTK’nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde dahi oluşan içtihatları bu hususu doğrular niteliktedir¹²⁴. Özetle kanaatimizce de hakem kararının Türkiye dışında tenfiz edilebilecek olması ve hakem kararının tenfiz edilemeyeceğinin önceden bilinmesinin zor olması bu çözümün taşıyacağı riskler olarak değerlendirilebilecektir.

b. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Hakemlerin Yetkisi

Hakem yetkisine itirazın mahkeme nezdinde yapılması konusundaki bir diğer yaklaşım ise, hakemlerin uyuşmazlıkta yetkili olup olmadığına mahkemelerin karar vermesi gerektiğini belirtmektedir¹²⁵. Bu yaklaşımla hakemin tayin edilmemesi ve

¹²⁴ Yarg HGK 20.6.1973, 5786/879, Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 6142

¹²⁵ Alim Taşkın, **Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi**, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1999, s.115 vd.

diğer sorunlar bakımından, hakemin tayinini gerektiren bir tahkim sözleşmesinin yokluğuna, butlanına veya çözümlenecek uyuşmazlığa ilişkin olmadığına dayanılması ve bu nedenlere binaen hakemlerin gelecekte yetkisizliklerinin anlaşılması halinde, zamandan tasarruf sağlanacağı, yargı yolu uyuşmazlığının başlangıçta giderilmesi düşüncesine dayanan HMUK 519. madde ile mahkeme yetkilendirilmiş bulunmaktadır.

HMUK 519. madde hükmü uyarınca:

Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur.

Buna göre HMUK kapsamına tabi bir tahkim yargılamasını öngören bir uyuşmazlık halinde hakem yetkisine itiraz mahkeme nezdinde çözümlenecektir.

Yargıtay' ın HMUK 519. madde ile ilgili birçok kararı bulunmaktadır. Bir kararında¹²⁶ Yargıtay "Taraflardan birinin HUMK'nun 520. maddesine göre, karşı tarafa hakemini seçmesini bildirmesi üzerine karşı taraf, davanın tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceğinin tesbiti için anılan yasanın 519. maddesine göre bir tesbit davası açabilir. Davacı idare karşı tarafla aralarındaki uyuşmazlığın hakemde görülüp görülmeyeceğinin tesbiti ile ilgili olarak işbu davayı açtığına ve bu davanın mahkemece incelenerek sonuca bağlanması gerektiği halde aksine düşünce ile talep edilen şekilde tesbit davası açılmayacağından bahisle istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir" diyerek tahkim sürecinin başlamış olmasından sonra taraflardan birinin (davalının) uyuşmazlığın tahkimle çözülemeyeceği yönündeki itirazları doğrultusunda açılmış olan tespit davasında bu hususta hüküm verme yetkisinin mahkemede olacağı belirtilmiştir.

Yargıtay bir başka kararında¹²⁷ tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin genel mahkemelerde görülmesi gerekliliği görüşünden hareketle, genel mahkemelerde dava

¹²⁶ 15 HD. 12.4.1993, 227/1692 (Erol Ertekin / İzzet Karataş, **Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması**, Ankara 1997, s.127)

¹²⁷ Yarg 13 HD., 17.2.1994,9170/10152 "Taraflardan birinin HUMK'nun 520. maddesine göre, karşı tarafa hakemini seçmesini bildirmesi üzerine karşı taraf, davanın tahkim yoluyla çözümlenip

açılmamış olsa bile hakemler kendilerine gelen böyle bir itirazın varlığı halinde taraflara genel mahkemelerde dava açmak için önel vermesi gerekliliğinden bahsetmiştir.

Davacı tahkim sözleşmesine rağmen uyuşmazlığın esası hakkında mahkemede dava açarsa, mahkeme tahkim sözleşmesini kendiliğinden gözeterek görevsizlik kararı veremez. Yargıtay'ın bu hususta kökleşmiş içtihatları bulunmaktadır¹²⁸. Mahkemenin tahkim sözleşmesini gözetebilmesi için davalının davanın tahkim yolu ile görülmesi gerekir şeklinde bir tahkim itirazında bulunması gerekir. Davalı bu tahkim itirazını esasa cevap süresi içinde ileri sürebilir¹²⁹.

Doktrinde bir görüşe göre davalının tahkim itirazını cevap süresi içinde ileri sürmesi şartı nedeniyle tahkim itirazı ilk itirazlara benzetilmekte ise de teknik anlamıyla bir ilk itiraz olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁰. Bu görüş uyarınca ilk itirazların karşı taraf muvafakat etse bile esasa cevap süresi geçtikten sonra ileri sürülemeyecek olması oysa tahkim itirazı kapsamında davacının bu yönde bir itirazı bulunmaması halinde tahkim itirazının mahkemece incelenecek olması tahkim itirazını ilk itirazlardan ayıran yönlerdendir¹³¹.

çözümlemeyeceğinin tesbiti için anılan yasanın 519. maddesine göre bir tesbit davası açabilir. Davacı idare karşı tarafla aralarındaki uyuşmazlığın hakemde görülüp görülmeyeceğinin tesbiti ile ilgili olarak iş bu davayı açtığına ve bu davanın mahkemece incelenerek sonuca bağlanması gerektiği halde aksine düşünce ile talep edilen şekilde tesbit davası açılmayacağından bahisle istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir"

¹²⁸ Yarg TD 25.12.1958 58/3309-3171 "Taraflar arasında bu konuda her ne kadar bir tahkim sözleşmesi bulunmakta ise de davacı buna rağmen dava açmışsa, mahkeme bu konuda görevsizlik kararı veremez." Benzer yönde kararlar için bkz: Yarg 4. HD,6.4.1972, 956/3075; Yarg TD 25.12.1958, 3309/3171, Yarg 11. HD 4.2.1986, 6788/409

¹²⁹ Bir olayda davalı 21.10.1970 günlü cevap lahiyasında, tahkim itirazında bulunmaksızın md.1972ye göre cevap süresinin uzatılmasını istemiş, mahkeme bu istek hakkında olumlu bir karar vermemiştir. Davalı, bundan sonra verdiği 27.1.1971 günlü dilekçesi ile tahkim itirazında bulunmuş, davacı savunmanın genişletilmesine muvafakat vermediğinden tahkim itirazı nazara alınmamıştır (Yarg TD 21.4.1971, 2103/3192)

¹³⁰ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s.5968

¹³¹ Yarg 19. HD 11.12.1995, 10564/11939 "Davalının esasa cevap süresi içinde tahkim yoluna başvurması gerektiği ileri sürülmelidir. Cevap süresi geçtikten sonra bildirilmesi halinde, karşı tarafın açık veya kapalı muvafakatı olmadıkça nazara alınmaz.

Tahkim yargılaması başlamadan mahkemelere başvurularak hakem yetkisi hakkında bir tespit kararı alınması mümkündür. Bu husustaki bir Yargıtay kararı¹³² uyarınca “*Davacının aralarında çıkan uyuşmazlığı hakem yoluyla çözmek için mahkeme aracılığı ile hakemini seçmesini davalıdan istemesi üzerine davalı uyuşmazlığın hakemde çözülemeyeceğini ... savunmuş, mahkemece de önce bu yönün karara bağlanması gerekli bulunmuş ise de, mahkeme uyuşmazlığın hakemde çözülüp çözülmeyeceğini karara bağlamadan hakemleri seçmek suretiyle Usulün 519. maddesine giren bu itirazı zımnen reddetmiş sayılır. Davalının temyizi kabil olan bu kararı temyiz etmemekle uyuşmazlığın hakemde görülemeyeceğine ilişkin itirazın reddi kesinleşmiş bulunmaktadır. O halde kesinleşen bu yön artık ne hakemlere, ne de Yargıtay’a karşı ileri sürülemez. Diğer temyiz itirazları ise Usulün 533. maddesinde sayılan nedenlerden hiçbirine uygun olmamasına göre tüm itirazların reddi ve hakem kararının onanması gerekir.*”

Davalı hakem seçimini yapan mahkemeden “davanın tahkim yoluyla çözülemeyeceği” hakkında hiçbir itirazda bulunmazsa kendisine hakem seçimi için başvuru mahkeme bu konuda hiçbir inceleme yapmadan sadece hakem seçimiyle yetinir. Bu halde, mahkemenin kararının konusu sadece hakem seçimi olduğundan bu karar sadece hakem seçimi konusunda kesin hüküm teşkil eder (md.237/1). Davanın tahkim yoluyla çözüleceği hakkında kesin hüküm teşkil etmez. Çünkü hakem seçimi kararında davanın tahkim yoluyla çözülüp çözülemeyeceği konusu incelenmiş ve karara bağlanmış değildir.

Yargıtay bir kararında¹³³ bu yönde görüş bildirerek: “*Kesin hükmün varlığından söz edilebilmesi için HUMK’un 237. maddesinde sayılan şartların oluşması gerekir. Bunlar davanın konusu, dava sebepleri ve tarafların aynı olmasıdır. Ticaret Mahkemesi hakem tayin ederken ihtilafın tahkime tabi olup olmadığı hususunda bir karar vermemiştir. Yalnız (...) 3. hakemin seçimine yönelik bir karar vermiştir. “Kesin hüküm ancak konusunu teşkil eden husus hakkında muteber olacağından HMUK md.237” Ticaret Mahkemesinin kararı ancak 3. hakemin seçimi hakkında*

¹³² Yarg 13 HD. 11.7.1975, 6859/4965

¹³³ Yarg 13 HD 22.4.1993, 2051/3488

kesin hüküm teşkil edecektir. Hakem tayini hakkında dava açılmasından sonra fakat verilen karar kesinleşmeden önce 519. maddeye göre tespit davası açılmıştır. Hakem tayinine dair kararda da tahkim koşulunun geçerliliğine ilişkin olumlu ve olumsuz bir tahkikat yapılarak bağlayıcı biçimde bir tespit belirlenerek hükme bağlanmamıştır. Böyle bir durumda kesin hükmün varlığından söz edilemeyeceği açıktır... Tahkim koşulunun geçerliliği 3. hakem tayini davasında tartışıldıktan sonra geçerliliği kabul edilip 3. hakemin seçimine karar verilmiş olsaydı ancak o zaman Ticaret Mahkemesinin 3. hakem tayini kararı uyuşmazlığın tahkime tabi olup olmadığı hususunda 519. maddeye dayanılarak açılmış tespit davası hakkında kesin hüküm teşkil etmesi mümkün görülebilirdi”.

Yukarıdaki bütün ihtimallerde md.519 gereğince verilen (ve kesinleşen) karar artık taraflar arasında maddi anlamda bir kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle hakemler bu kararlara bağlı oldukları gibi hakemlerin esas hakkındaki verdikleri karar Yargıtay tarafından “ bu davaya bakmak hakemlerin görevi dışındadır” gerekçesiyle bozulamaz (md.533/3).

Görüldüğü gibi HMUK kapsamında bir davanın tahkim yolu ile görülüp görülemeyeceği hakkında çıkan uyuşmazlığı 519. madde düzenlemesi kapsamında mahkemeler tarafından çözümlenmesi gerekir. Bu uyuşmazlık bir davanın belli bir tahkim sözleşmesinin kapsamına girmediği iddiası ile çıkabileceği gibi, tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu ve yahut uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı iddiasından da doğabilir. Söz konusu iddialar, öncelikle mahkemelerde dava açılmış olması, davalının buna karşı tahkim itirazında bulunmuş olması nedeniyle davacının gündeme taşıyabileceği iddialar olabileceği gibi, öncelikle hakem mahkemesinde dava açılmış olması nedeniyle davalının hakem mahkemesinde ileri sürebileceği iddialar da olabilir.

Dava mahkemede açılmış ve davalı esasa cevap süresi içinde tahkim itirazında bulunmuş ise mahkeme 519. madde uyarınca hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde yetkili olup olmadığını re’sen inceler. Hakemlerin yetkisiz olduğuna karar verilmesi halinde hakim davayı esastan incelemeye başlayacaktır.

Hakemlerin yetkili olduğu yönünde karar verirse, artık açılmış olan ya da açılacak tahkim yargılaması sırasında davalının uyuşmazlığa mahkemelerde bakılması gerekliliğine ilişkin bir itirazda bulunması yetkisi yoktur. Çünkü mahkemenin uyuşmazlığın çözümünün hakemlere ait olduğu gerekçesiyle vermiş olduğu dava dilekçesinin reddi kararı md.519'daki karar niteliğindedir¹³⁴.

Benzer şekilde davanın öncelikle hakemler önünde açılmış olması ve davalının hakemlerin yetkisine itiraz etmesi halinde de 519. madde uyarınca hakemlerin yetkisi hakkında belirleme yapma yetkisi mahkemelere ait olacaktır. Bu halde hakemler, hakemlerin davaya bakmasına itiraz etmiş olan davalıya md.519 uyarınca mahkemede tespit davası açması için bir süre verirler ve mahkemenin bu konuda vereceği kararı bekletici mesele yaparlar¹³⁵. Yukarıda da benzer misaller verilmiş olduğu üzere konu ile ilgili olarak Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları bulunmaktadır¹³⁶.

Bu içtihatlar uyarınca hakemlerin kendilerine yetkileri hakkında bir itiraz yapılmış olması halinde meseleyi doğrudan mahkemeye tevdi ettirmeleri ve yetkileri hakkındaki karara kadar herhangi bir işlem yapmamaları gerekir.

Alman ZPO S 1040 Abs. 3'de mahkemenin hakem yetkisi hakkında karar verinceye kadar hakem yargılamasının devam edeceği şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Bunun sonucu olarak hakemlerin mahkeme bu kararı verene kadar işlem yapmaya ve belki de karar vermeye yetkili olduğu söylenmelidir. Benzer veya aksi yönde bir hükmün açıkça HMUK kapsamında öngörülmemiş olması doktrinde değişik fikirlerin doğmasına sebep olmuştur. Doktrinde hakemlerin reddine ilişkin talep hakkında bir karar verilinceye kadar hakemlerin yargılamaya devam edemeyecek olmasından hareket eden bir görüşe göre¹³⁷ hakemlerin yetkileri hakkında mahkemenin vereceği karara kadar herhangi bir işlem yapması mümkün

¹³⁴ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s.5986, Benzer yönde Yargıtay kararı için bkz. Yarg TD 12.5.1959, 295/1409

¹³⁵ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü** s. 5986

¹³⁶ Yarg 15 HD 13.4.1995, 6228/2250; Yarg 4. HD 14.11.1996 8668/9844; Yarg 4 HD 13.6.1965, 5056/3466; Yarg 4 HD 16.4.1964, 15909/2169; Yarg 9. HD 28.6.1965, 5538/5703

¹³⁷ Necip Bilge/Ergun Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 816

değildir. Eski Alman ZPO S 1037'deki çözüm tarzını savunan bir diğer görüşe göre ise¹³⁸ hakemlerin yetkileri hakkında karar verilinceye değin yargılama yapmalarına engel olmamak gerekir. Nasılsa 533/3 hükmü uyarınca temyiz yoluyla hakemlerin yetkisi dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermeleri engellenebilecektir. Bu görüşün sürat ve ucuzluk ilkelerinin geçerli olduğu tahkim yargılaması açısından en tutarlı görüş olduğu savunulmuştur¹³⁹.

Kanaatimizce de 519. madde hükmünün açık ifadesi ve Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları¹⁴⁰ hakemlerin yetkileri hakkında karar verilinceye değin beklemesi ve bu kararı bir bekletici mesele haline getirmesini gerektirmektedir. Ancak bu halde aşağıda detaylı olarak değinileceği üzere 519. madde hükmünün tahkim yargılaması açısından getireceği sakıncaların önüne geçilemeyecek olduğunun ayrıca belirtilmesinde fayda vardır.

Belirtilmiş olduğu üzere kendilerine yetkileri hakkında bir itiraz eden hakem veya hakem heyeti meseleyi 519. madde hükmü karşısında mahkemeye tevdi etmek durumundadır. Burada hakemlerin meselenin halli için mahkemeye başvurması beklenemez. Yetkiye itiraz eden davalının mahkemeye başvurmak üzere talep etmiş olduğu süreyi davalıya tanıyarak meselenin mahkemede çözümlenmesini beklemelidir.

Doktrinde bir görüş¹⁴¹ uyarınca hakemlerin yetkisine itiraz eden davalının, aynı zamanda hakemlerden yetkileri hakkında karar verilmesi üzerine meselenin mahkemelere tevdi için süre istemesine lüzum yoktur. Zira davalının hakemlerin davaya bakamayacağı şeklindeki itirazı aynı zamanda bu konuda dava açmak için

¹³⁸ İlhan Postacıoğlu, **Medeni Usul Dersleri**, 6. baskı, İstanbul 1975, s.613

¹³⁹ Saim Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II,7. Baskı, İstanbul,2000 s. 548

¹⁴⁰ Yarg 13. HD, 17.2.1994, 9170/10152 “*Gerek tahkim sözleşmesinin geçersizliği, gerekse asıl sözleşmenin geçersizliği genel mahkemelerde görülür. Bu nitelikteki davalar tahkim usulü ile hakemlerce görülemezler.. Dava hakemlerde açılmış olsa dahi dava niteliği ve özelliği itibarıyla tahkim şartının kapsamına girmediğinden usulün 519. maddesince hakem kurulunun tarafa mahkemeye başvurması için önel vermesi ve açılacak davayı bekletici sorun kabul etmesi gerekir.*”

¹⁴¹ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü** s.5987

kendisine süre verilmesi talebini de kapsar. Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşleri aksi yöndedir¹⁴².

Kanaatimizce de, özellikle medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip olan herkesin hakem olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, hukukçu kimliğine sahip olmayan, dolayısıyla görevinin icrasıyla ilgili olan kanunda öngörölmüş koşul ve gereklilikleri bilmesi mümkün olmayan bir kişinin talep olmaksızın süre vermesi gerektiği hakkındaki hususu re'sen göz önünde bulundurmasını beklemek gerçeğe aykırı olacaktır.

Davalı tarafından hakemlerin mahkemede dava açması için verilmiş süre kapsamında meselenin mahkemelere taşınması halinde 519. madde kapsamında hakemlerin mahkemelerce verilecek olan kararı beklemesi icap eder. Zira söz konusu madde hakemlerin yetkisi hakkında karar vermesi yetkisini münhasıran mahkemelere bırakmıştır.

Hakemlerin davalıya mahkemelerde dava açması için süre tanınması halinde öncelikle iki ihtimal meydana gelebilecektir:

- Davalı verilmiş olan süre zarfında mahkemelere başvurabilir ve mahkemeden bu hususta karar vermesini talep edebilir.
- Davalı verilmiş olan süre zarfında mahkemeye başvurmayabilir.

Öncelikle davalının verilmiş olan süre zarfında mahkemeye başvurmamış olması durumunda meselenin ne şekilde cereyan edeceği doktrinde¹⁴³ şu şekilde incelenmiştir: Davalı kendisine hakemlerce verilen süre içinde mahkemede menfi tespit davası açmazsa hakemlerce kendisine ikinci bir kesin süre verilmelidir. Bu süre

¹⁴² Yarg TD 15.3.1971,199/1994 "Olayda hakemini tayin eden taraf anlaşmazlığın mahkemeye halli gerektiğini ileri sürmüş fakat bu hususta mahkemeye başvurmadığı gibi hakem kurulundan mehil verilmesi talebinde de bulunmamıştır. Talep edilmeyen bir husus hakkında karar vermeleri hakemlerden beklenemez. Bu itibarla anlaşmazlığın mahkemede görülmesi gerektiğini ileri süren tarafın talebi olmaksızın hakemler bu uyuşmazlığın halli için kendilerinden mehil veremeyecekleri gibi yine tarafların talepleri ile bağlı olan mahkemeye Usulün 519. maddesi gereğince uyuşmazlığın çözülmesi için dosyayı kendiliğinden gönderemez.

¹⁴³ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü** s.5988

zarfında da tespit davası açmazsa, davanın mahkemede açılması gerektiği yönündeki itirazından vazgeçmiş sayılmalıdır (HUMK md. 525, md.163). Bu halde, taraflar arasında davanın hakemlerde görülüp görülemeyeceğine ilişkin bir uyuşmazlık kalmamış olacağından hakemler davaya bakmaya devam ederler.

Bir diğer olasılık ise, davalının mahkemeye başvurması için kendisine verilen önel zarfında meselenin halli için mahkemeye başvurmasıdır. Bu durumda mahkemenin vereceği karar açısından da 2 farklı ihtimal doğmaktadır:

- Hakemlerin yetkili olduğuna karar verilmesi
- Hakemlerin yetkisiz olduğuna, söz konusu uyuşmazlığın mahkemeler eliyle çözümlenmesi gerektiğine karar verilmesi

Mahkeme hakemlerin yetkili olduğuna; bir başka deyişle, söz konusu uyuşmazlığın taraflarca öngörölmüş olan geçerli tahkim sözleşmesi kapsamında olduğu ve usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş hakemler eliyle çözümlenmesi gerektiğine karar verilirse, bu durumda mahkeme nihai bir karar verecek ve hakemler meseleyi esastan inceleyip çözüme kavuşturacaklardır. Burada mahkemenin verdiği karar bir nihai karar niteliğinde olduğundan temyiz edilmesi mümkün olacaktır¹⁴⁴.

Doktrinde bir görüş uyarınca yukarıda incelenmekte olan prosedürde hakemlerin davalının yetkisizlik itirazı sebebiyle meseleyi mahkemelere taşıması için vermiş olduğu süre zarfında tahkim süresinin işlememesi gerektiği öngörölmüştür. Yargıtay bazı kararlarında¹⁴⁵ bu yönde görüş benimsenmiştir. Fakat Yargıtay daha

¹⁴⁴ Yarg 15. HD 27.12.1973, 403/415 “Daha önce davalı idarenin 519. maddeye dayanarak mahkemede açtığı davanın dilekçesi ve mahkeme kararı incelendiğinde, davalı idarenin açtığı davanın konusunun Genel Şartların 33. maddesindeki hükme dayanarak hakeme gidilip gidilemeyeceğinin umumi olarak tespitinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme de tahkim şartının geçerli olduğunu kabul ile genel olarak taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların hakem heyeti marifetiyle çözümlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu hüküm Yargıtay yolundan geçerek kesinleşmiştir”

¹⁴⁵ Yarg TD 12.3.1959 454/756 “İhtilafın tahkim yoluyla halli icapedip etmediği hakkındaki davanın neticelenmesi için geçen müddetin tahkim müddetine mahsup edilemeyeceğine binaen kararın tahkim müddeti geçirildikten sonra verildiği hakkındaki itirazlar varit değildir”
Yarg TD 28.2.1961,3030/875 “Davalıların Usulün 519. maddesine dayanarak ileri sürdüğü itirazın halli için hakemler dosyayı mahkemeye tevdi etmiş olmaları sebebiyle bu tarihten itibaren bu kanuni sebepten dolayı bir muamele yapmadıklarından mahkemece itirazın reddi üzerine tekrar işe başladıkları .. tarihine kadar müddet işlemez.”

sonraki kararları ile md.519'a göre dava açılmasının ve hakemlerin o davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapmış olmalarının kendiliğinden tahkim süresini durdurmayacağı, m.529'a göre hakimden tahkim süresinin uzatılması için karar alınması gerektiği görüşünü benimsemişlerdir¹⁴⁶.

Kanaatimizce de hakemlere mahkemenin hakemlerin yetkisi hakkındaki kararının oluşmasına kadar meseleyi esastan incelememe ve bekletici mesele yapma zorunluluğunun kanun tarafından öngörüldüğü düşünüldüğünde bu süre zarfında herhangi bir işlem yapması mümkün olmayan hakemlerin inceleme süresinin bu süre kadar kendiliğinden uzatılması gerekmektedir. Kanunda benzer bir uygulama 528. madde hükmünde öngörülmüştür. Söz konusu madde uyarınca "*Tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi zuhur ederse ceza mahkemesince bu bapta karar verilinceye kadar tahkikat tehir olunur ve tahkim müddeti cereyan etmez.*" Yukarıda da değinmiş olduğumuz üzere Yargıtay bu maddeyi de göz önünde bulundurarak bu yönde bir düzenlemenin 519. madde için öngörülmüş olmadığı gerekçesiyle mahkemenin hakem yetkisini incelemesi için yapılan bekletici meselenin halli süresi zarfında geçen müddette hakemlerce herhangi bir işlem kanunen yapılamayacak olsa bile bu süreyi tahkim süresinden saymıştır¹⁴⁷.

Doktrinde bir görüş¹⁴⁸ tahkim süresinin işleyip işlemeyeceği hakkında hakemlerin reddedilmeleri konusundaki Yargıtay'ın savunduğu bir görüşe dayanarak sürenin işlemeyeceğini iddia etmektedir. Bunun karşısındaki görüş ise¹⁴⁹, hakemlerin reddini düzenleyen 522. maddenin 2. fıkrası uyarınca, kanunun yeni bir hakem seçilinceye kadar geçen sürenin eklenebilecek olması ihtimalini düzenlenmiş olması sebebiyle, tahkim süresinin işlemeye devam ettiğini öngördüğünü ileri sürmüştür. Gerçekten de hakemin reddini düzenleyen 522. madde hükmü uyarınca

¹⁴⁶ Yarg TD 3.3.1971, 4224/856 "*Usulün 519. maddesi hükmünden de anlaşılacağı üzere 528. maddede olduğu gibi bu madde de tahkim müddetinin cereyan etmeyeceği hakkında bir hüküm kabul edilmemiş olması itibariyle 6 aylık sürenin kendiliğinden uzatıldığı sonucu çıkartılamaz. Böyle bir durumda 529. madde gereğince sürenin uzatılması için mahkemeden karar alınması iktiza ederdi. O halde 6 aylık süre içinde verilmemiş olduğundan hakem kararının bozulması gerekir.*"

¹⁴⁷ Yarg 15. HD 16.2. 1976, 3947/617 "*Usulün 519. maddesi uyarınca mahkemeye başvurma halinde aynı Yasanın 528. maddesinde belirtilen bir kayıt 519. madde hükmünde bulunmadığından tahkim süresinin durması söz konusu edilemez.*"

¹⁴⁸ Bilge/ Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, s. 817

¹⁴⁹ Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, s. 549

“Hakemlerden biri ret veya istifa sebebiyle ayrılırsa yerine diğeri intihap olunur. Bu halde hakim tahkim müddetini temdit edebilir.”.

Kanaatimizce bu sürenin uzatılması hâkimden talep edilmediği için kanunen öngörülen 6 aylık sürenin aşıldığı gerekçesiyle tahkim süresinin dolduğunu kabul etmek pek de adil olmayacaktır. Kanun 519. madde düzenlemesini yaparken ZPO md. 1040/ 3 gibi açıkça hakem yargılamasının devam edeceğine ilişkin bir hükmü öngörmemiş olması kanunda bir boşluk yaratmış olsa da bu boşluğun öngörülen benzer hükümlerdeki gayeye uygun olarak doldurulması ve sürenin kendiliğinden uzamasının gerekliliğini ifade etmek isteriz. Ancak her ihtimale karşı hâkimden süre talep edilmesi gerekliliğinin tahkim yargılamasında davacı olan tarafa tavsiye edilmesinde de fayda bulunmaktadır.

Yukarıda değinilmekte olan hakemlerin yetkisi hakkında karar verilmesi amacıyla davalıya mahkemeye başvurması için hakemlerce süre verilmiş olması ve davalının buna uyarak mahkemeye başvurmuş olması halinde mahkemenin verebileceği karar hakkındaki ikinci ve son ihtimal ise söz konusu ihtilafın çözümlenmesi için hakemlerin değil ancak mahkemelerin yetkili olduğuna karar vermesidir.

Bu durumda verilmiş olan bu karar yine bir nihai karar niteliğinde olduğundan temyiz edilmesi mümkün olabilecektir.

Mahkemenin kendisinin yetkili olduğuna dair vermiş olduğu kararın kesinleşmesi üzerine hakemler “davaya bakmanın mahkemenin görevine girdiği” gerekçesiyle kendilerine ibraz edilmiş olan dava dilekçesinin reddine karar vermeleri gerekmektedir.

Davacı bu ret kararının kesinleşmesinden itibaren (md. 193’e göre) 10 gün içinde mahkemede davasını yeniden açarsa bu halde mahkemede açılmış olan dava hakemlerde açılmış olan davanın devamı sayılır. Buna karşılık, ret kararının kesinleşmesinden itibaren davacı 10 gün içinde mahkemelerde dava açmazsa hakem

mahkemesinde hiç dava açılmamış sayılacaktır (md.193 VI). Bu konunun pratik önemi dava açılması ile meydana gelen zamanaşımı kesilmesi meselesinde kendini gösterecektir.

Bunun dışında doktrinde hayli tartışmalı olan bir diğer mesele 519. madde hükmüne rağmen, tarafların iç tahkimde hakemlere kendi yetkileri hakkında devlet mahkemelerini de bağlayacak şekilde bir karar verme yetkisini tanıyıp tanıyamayacak olması meselesidir.

Soruna öncelikle sözleşme serbestisinin usul hukukunda sınırlarının ne olduğunun tespit edilmesi gerektiği açısından yaklaşan Alangoya ve Üstündağ'a göre¹⁵⁰ usul hukukunda ilke, usul hukuku kurallarının emredici olmasıdır. Dolayısıyla medeni hukukta öngörülen sözleşme serbestisi ve bunun sonuçları usul hukukunda geçerli olamayacaktır. Buna göre yargılama yetkisini elinde tutan devlet alternatif bir yargı yolu olarak tahkimi önermesine rağmen bu konudaki tekeli de tamamen kaybetmemek istemiş ve usul hukukunda düzenlediği bazı hükümler sayesinde bu konudaki kontrol yetkisini ve monopolünü kaybetmemeye çalışmıştır. Bu hükümlerden biri de md.519 olduğundan taraflar kanun hükmü gereği devlet mahkemelerine tanınan bu yetkiyi yapacakları anlaşmalar ile bertaraf edemeyeceklerdir.

Kanaatimizce de, her ne kadar md. 519 hükmünün getirmiş olduğu sakıncalar göz önünde bulundurularak tahkim yargılamasını adeta atıl bir duruma getirdiği ve bu sebeplerle karşılaştırmalı hukuktaki mevzuat dikkate alınarak yeniden gözden geçirilmesinin uygun olacağını düşünsek de, 519. maddenin açık hükmü karşısında kanunun bu tip bir yetkiyi hakemlere tanınması için tarafları yetkilendirmesine cevaz vereceğini düşünmenin imkanı yoktur.

Yargıtay da konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında¹⁵¹ davalı tarafından yapılan yetki itirazının çözümlenmesi için davalıya süre verip konunun

¹⁵⁰ Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku** s. 951, Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, Cilt I, 2000, s.150-151

¹⁵¹ Yarg. 9. HD 28.6.1965, 5538/5703

mahkemelerce çözümlenmesi yoluna başvurmaksızın hakem heyetinin yetki hakkında karar vermiş bulunmasının usule aykırı olduğu ifade edilmiştir. Kuru¹⁵², 15. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili vermiş olduğu benzer bir karara¹⁵³ düşülen muhalefet şerhinde, aksi görüşün ileri sürüldüğünü ifade etmiştir. Söz konusu muhalefet şerhi uyarınca süresinde yapılmayan tahkim itirazının daha sonra ileri sürülmesi karşı tarafça ileri sürülen savunmanın genişletilmesi itirazının kabulüyle reddedilmiş olduğundan hakemlerin esasa yönelik inceleme yapabileceği ileri sürülmüştür. Kanaatimizce burada muhalefet şerhinde, yukarıda izah edilmiş olduğu üzere, süresinden sonra yapılan tahkim itirazının karşı tarafın kabul etmemesi nedeniyle dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir. Yoksa yetki itirazı kendisine iletilen hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebileceğine ilişkin bir kabul söz konusu değildir.

Görüldüğü gibi 519. madde hükmü karşısında hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verme yetkileri bulunmamaktadır. Akla gelen bir soru tüm bu düzenlemelere rağmen, hakem yetkisine itiraz edilmesine rağmen 519. madde uyarınca, bu sorunu mahkemelere taşımayıp yetkisi hususunda hakemlerin karar vermesi durumunda ne olacaktır?

Bu durumda hakemler kendilerini yetkili görüp yargılamaya devam edebilecekleri ve esasa girip uyuşmazlığı bir karara bağlayabilecekleri gibi, yetkisizliklerine karar verip dava dilekçesini ret de edebilirler.

Hakemlerin kendilerine iletilmiş olan yetki itirazını kendileri inceleyip yetkili olduklarına karar vermeleri ve bunun ardından esasa girerek meseleyi karara bağlamaları halinde 532 vd maddelerde öngörülmüş olan karar sonrası prosedür işlemeye başlayacaktır. Buna göre, 532. maddede öngörülmüş olduğu üzere;

¹⁵² Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü** s 5989

¹⁵³ Yarg 15. HD 13.7.1994, 5182/4665

“Hakemler kararını, salahiyyetar olan mahkeme kalemine tevdi eder. Karar mahkeme kalemi mahzeni evrakında hıfzolunarak talep eden tarafa sureti verilir.

Mahkeme, kararın tevdi üzerine keyfiyeti ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa tahriren tebliğ ve bunu mübeyyin bir makbuz ahzeder. Karar, iki taraf hakkında ancak tebliğ tarihinde mevcut addolunur.”.

533. madde ise kararın hangi hallerde temyiz edilebileceğini düzenlemektedir.

Doktrinde bir görüş uyarınca¹⁵⁴ 532. madde kapsamında hakem kararı kendisine tevdi edilen mahkeme hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları karar hususunda bir inceleme yapıp karar veremez. Hakem kararı temyiz edilince (md. 533) mahkeme hakemlerce verilmiş olan kararı Yargıtay’a gönderir. Bunun üzerine ne yapılacağı hakkında Yargıtay kararları arasında iki görüş mevcuttur:

- Bazı Yargıtay kararlarına göre¹⁵⁵ bu halde hakemler yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermiş sayılırlar ve hakem kararının bu nedenle md. 533/3’e göre bozulması gerekir.

- Diğer bazı Yargıtay kararlarına göre¹⁵⁶ ise hakemlerin kararı doğru ise yani davaya bakmak hakemlerin görevine girmekte ise, hakemlerin davanın kendi görevlerine girdiğine karar vermiş olmaları md. 533/3’e göre bozma sebebi teşkil etmez

Kuru ikinci görüşün menfaatler dengesine ve usul ekonomisine daha uygun olacağı görüşündedir. Kanaatimizce de hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları karar doğruysa, yani mahkeme 519. madde uyarınca söz konusu incelemeyi yapsaydı vereceği karar da bu yöndeyseniz bu zorunluluğa uyulmadığı gerekçesiyle sonucu aynı olacak bir kararı bozmak yargılamayı uzatmaktan başka bir şey olmayacaktır.

¹⁵⁴ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü** s. 5989

¹⁵⁵ Yarg 4 HD 14.11.1966, 8668/9844, Yarg TD 12.7.1962, 855/2812

¹⁵⁶ Yarg 9. HD 9.1.1968,11738/565, Yarg TD 15.3.1971 199/1994

Aşağıda detaylı şekilde inceleneceği üzere 533/3 bir temyiz sebebi olması nedeniyle, söz konusu sebebin yani hakemlerin yetkisini aşır aşmadığının dolayısıyla hakem yetkisinin Yargıtay aşamasında da incelenmekte olduğu görülmektedir. Bu aşamada incelenen hakem yetkisi hakemlerin vermiş oldukları kararlarla aynıysa hakemlerin yapmış oldukları bu usule aykırılığın yaptırımının bozma sebebi oluşturacağını kabul etmek usul ekonomisine aykırı olacaktır.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu ihtimal ancak 519. madde kapsamında davalının mahkemelerde hakemlerin yetkisizliği hakkındaki iddiasının incelenmesi amacıyla dava açmamış olması ihtimalinde geçerlidir. Yoksa hakemler mahkemelerde açılan davayı göz ardı ederek yargılamasına devam etmiş ve meselenin esasına girip karar vermişlerse bu md.533/3 uyarınca bir temyiz nedeni olacaktır ¹⁵⁷.

Yukarıda değinilmiş olduğu üzere hakem heyeti teşkil etmeden ya da hakem seçimi yapılmadan dolayısıyla tahkim yargılamasından evvel davacının doğrudan mahkemelere başvurup 519. madde kapsamında hüküm tesis etmesini talep etmesi mümkündür. Bunun dışında hakem heyeti oluştuktan veya hakem seçimi yapılmış olduktan sonra davalının meselenin hakem eliyle çözümlenemeyeceği yönündeki itirazını hakemlere iletmeksizin doğrudan doğruya tespit davası açması durumunda ise, hakemlerin bu davadan haberdar olması sonucunda yapması gereken şey söz konusu davayı bir bekletici mesele olarak addedip bunun sonucuna göre yargılamaya devam etmeleri veya sonlandırmaları olacaktır. Bir üst paragrafta izah edilmek çalışıldığı üzere, hakemlerin bu davanın sonucunu beklemeksizin esasa girip karar teşkil etmeleri 533/3 uyarınca bir bozma sebebi sayılacaktır. Bu hususta Yargıtay'ın konu ile ilgili görüşü yukarıda izah edilmeye çalışılmıştır (bkz. dipnot no. 59). Bu yönde bir başka misal verilmek gerekirse Yargıtay yine başka bir kararında ¹⁵⁸ hakemlerin yetkisi hakkındaki itiraz üzerine mahkeme karar verinceye kadar hakemlerin konuyu bekletici mesele yapmaları gerektiğini belirtmiştir. Karara göre,

¹⁵⁷ Taşkın, **Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi**, dp. 65 “Yargıtay kararında şu görüşlere yer verilmektedir. “Tahkim konusunda doğrudan etkileyecek asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair çıkan uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesine kadar hakemlerin davayı bekletmesi gerekir. Hakemler mahkemenin yetkisine giren bir konuda mahkemeye başvurulmasını dikkate almadan karar vermekle ve kendilerini yetkili görerek asıl davayı sonuçlandırmakla yetkileri sınırları dışında kalan bir konuda karar vermiş bulunmaktadır. Bu durum HMUK 533/3 maddesi gereğince bir temyiz nedenidir (13. HD 17.11.1994, 7536/10153).

¹⁵⁸ Yarg. 15 HD. 6.12.1973, 277/317

“Davalılar cevap lahiyasında taraflar arasındaki sözleşmede tahkim şartı varsa da dava konusu ihtilafların tahkim anlaşmasının dışında kaldığını, bu nedenle davanın hakemde değil mahkemede açılması icap ettiğini ileri sürmüşlerdir. HUMK 519. maddesinde bir anlaşmazlığın hakem önünde çözümlenmesinin mümkün olup olmadığı hususunda doğan ihtilafların mahkemece çözümleneceği hükme bağlanmıştır. Hakemlerin böyle bir ihtilafları çözme yetkileri yoktur. Olayda davalılar kanuna uygun olarak bu hususta, yani dava konusu uyuşmazlığın hakem marifetiyle hal edilip edilemeyeceğini tespit için mahkemeye müracaat etmişler ve bu davaya ait dilekçe örneğini cevap lahiyası ile birlikte hakeme vermişlerdir. Bu durumda tahkim konusunda çıkan uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesine kadar hakemin davayı bekletmesi gerekir. Hakem mahkemenin yetkisine giren bir konuda mahkeme müracaat edilmiş olmasını dikkate almadan karar vermekle ve kendisini selahiyetli görerek asıl davayı sonuçlandırmakla yetkisi içine girmeyen bir mesele hakkında karar vermiş olmaktadır. Bu durum ise HUMK 533/3 maddesi gereğince bir temyiz sebebiştir. Hakem kararının anılan hüküm nedeniyle bozulması gerekir”.

Görüldüğü üzere, hakemlerin mahkemenin hakem yetkisi hakkında yapmış olduğu yargılamayı bekletici mesele yapmaksızın esasa girmeleri ve uyuşmazlık hakkında bir karar vermeleri 533/3 uyarınca bir bozma sebebiştir. Mahkeme kararını bekletici mesele yapmaksızın esasa girip hakemlerce karar verilmesi halinde, mahkemede yargılamanın sonucunda hakemlerin yetkileri hakkında verilen karar müspet ise, yani hakemlerin yetkisinin varlığı kabul edilmiş ise, hakemler bunu bekletici mesele yapmamış olduklarından dolayı yine de bunun bir temyiz gerekçesi oluşturacağını söylemek mümkün müdür? Kanaatimizce bu usule aykırılığın yaptırımının temyiz gerekçesi oluşturacağını söylemek usul ekonomisine aykırı olacaktır. Zira bu hususun yukarıda incelenen “hakemlerin kararı doğru ise, yani davaya bakmak hakemlerin görevine girmekte ise, hakemlerin davanın kendi görevlerine girdiğine karar vermiş olmaları md. 533/3’e göre bozma sebebi teşkil etmez” yönündeki Yargıtay kararlarından tek farkı hakem yetkisi incelemesinin Yargıtay’da değil, davalı tarafından tahkim yargılaması sırasında doğrudan başvurulmuş olan mahkemelerce verilmiş olmasıdır.

2) Bazı Milli Hukuklarda:

Devletlerin modern tahkim düzenlemelerinin bir çoğu tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlığın varlığı halinde taraflardan birinin milli mahkemelere başvurması halinde milli mahkemelerin meseleyi hakem heyetine tevdi etmesi gerekliliğini düzenlemiştir. Bu durum devletlerin taraf oldukları NY Konvansiyonu, Cenevre Konvansiyonu, Avrupa Konvansiyonu gibi uluslararası anlaşmaların da gereğidir.

Ancak hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermeye yetkili olması hususundaki yetkisi mutlak değildir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararların daha sonradan milli mahkemelerce denetlenmesi mümkün olduğu gibi, hakem yetkisine mahkeme nezdinde itiraz edilmiş olması halinde, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmeleri, ilk aşamada mahkemelerin mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına kanaat getirilmesiyle mümkün olacaktır. Bir diğer ifade ile ilk etapta yapılan bir ön inceleme ile mahkemeler mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına kanaat getirmediği müddetçe anlaşmanın mevcudiyeti ve geçerliliği hususunda dolayısıyla da yetkisinin kaynağını bu anlaşmadan alan hakemlerin yetkisini inceleme hususunda görevli ve yetkili olacaklardır.

Bazı milli düzenlemelerde hakemlerin kendi yetkisi ve tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkında karar verebilme yetkisi ancak hakem heyetinin kurulmuş olması şartına bağlanmıştır. Alman hukukunda olduğu gibi, hakem heyetinin kurulmamış olması halinde mahkemelerin tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve geçerliliği hakkında karar verebilmesi imkânının mevcut olduğu düzenlemelerde mahkemeler uyuşmazlığın tahkim anlaşmasına tabi olduğuna ilk incelemede kanaat getirmiş olsalar da meselenin hallini hakemlere bırakması için tarafları yönlendirmek yerine yargılamaya girebileceklerdir. Bazı milli hukuklardaki hakem yetkisinin hakemlerce incelenmesi bahsinde detaylı olarak ele alındığı üzere, hakem yetkisi hakkında mahkemelerce yapılan incelemelere burada kısaca değinilecektir.

a. Bazı Milli Hukuklardaki Düzenlemeler Uyarınca Mahkemelerce Tahkim Anlaşmasının Mevcudiyeti ve Geçerliliğinin İncelenmesi

Hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkilerinin kabul edildiği düzenlemeler uyarınca mahkemeler nezdinde hakem yetkisine itiraz edilmesi halinde milli mahkemelerin, tarafların uyuşmazlık çözümü için akdettikleri tahkim anlaşmasına vakıf olduklarında, meseleyi hakemlere tevdi etmesi gerekmektedir. Ancak mahkemelerin meseleyi hakemlere tevdi etmeden evvel tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliği hakkında yapacağı incelemenin derinliği milli hukuklardaki düzenlemeler ile ilgilidir.

Alman hukukunda ZPO,1032(1) uyarınca tahkime tabi bir uyuşmazlık hakkında mahkemelere başvurulması halinde, hâkim derhal tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kapsamını araştırmak zorundadır. Tahkim anlaşmasının geçerli olduğu hükmüne varan mahkeme meseleyi hakemlere tevdi edecektir. ZPO'nun 1032(2) maddesi ise hakem heyeti henüz kurulmamışsa, mahkemenin tahkimin uygulanabilir olup olmadığını inceleme yetkisinin de bulunacağını belirtmektedir. Ancak hakem heyetinin kurulmuş olup olmaması ancak mahkemelerin yapacağı incelemenin derinliği açısından önem taşımaktadır yoksa hakem heyet kurulmuş olsun ya da olmasın tahkim anlaşmasının mevcudiyetinin mahkemelerce incelenmesi öngörülmüştür.

Oysa İsviçre hukuku ve Fransız hukuku gibi bazı milli hukuklardaki düzenlemeler uyarınca tahkim itirazında bulunulması halinde mahkeme tahkim kararı verilinceye dek beklemek zorundadır. Bir başka deyişle tahkim anlaşmasının varlığına vakıf olan mahkeme, anlaşma açıkça geçersiz olmadığı müddetçe başka herhangi bir inceleme yapmaksızın meseleyi hakemlere tevdi edecektir. Fransız hukukunda competence-competence hakemlere yargı yetkisiyle ilgili “ilk söz

hakkının” verilmesiyle alakalıdır (NCPC art 1458). Fransız hukukunda Model Kanunun 8. maddesinden farklı olarak özel bir zamanlama kuralı getirmekte olup hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili meselelerin öncelikle hakemlerce görülmesi fikrine dayanmaktadır. Bu öncelik anlayışı mutlaktır. Bu yöndeki hakem kararlarının ancak sonradan mahkemelerce denetlenmesi mümkündür ¹⁵⁹.

NCPC’nin 1458. maddesi uyarınca, tahkim klozu içeren bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerinin önüne taşınması halinde, devlet mahkemesi kendisini yetkisiz olarak ilan etmek zorundadır. Söz konusu uyuşmazlık hakem mahkemesine taşınmamış olsa bile devlet mahkemesi hakimi, tahkim sözleşmesinde açıkça bir yokluk tespit etmemişse meseleden el çekip kendini yetkisiz ilan etmek zorundadır.

Ancak Fransız hukukunda düzenlenmiş bu kuralın bir istisnası Fransız Yüksek Mahkemesinin *Coprodag* davasında getirilmiştir. Karara göre, hakem heyetinin teşekkülüne ilişkin bir uyuşmazlığın önüne getirilmiş olması dışında milli mahkemeler ilk görünüş denetimi açısından mevcut bulunan tahkim anlaşmasına tabi bir uyuşmazlıkta tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme hakkına sahip olmayıp meseleyi hakemlere bırakmalıdır. Uyuşmazlık henüz hakemlere taşınmamış olsa bile mahkemelerin yapacağı inceleme tahkim anlaşmasının varlığına ön incelemeyle kanaat getirilmesinden ibarettir. Bu karar uyarınca mahkemeler hakem heyetinin teşekkülüne ilişkin bir uyuşmazlığın önüne gelmesi halinde tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilecektir.

Yukarıda tahkim anlaşmasının negatif etkisi ve milli hukuklardaki düzenlemeler bahsinde detaylı incelendiği üzere, uluslararası anlaşma ve düzenlemelerde mahkemelerin rolü ve müdahalesi bu denli sınırlı olarak düzenlenmemiştir. 1923 tarihli Cenevre Protokolünün 4. maddesi, NY Konvansiyonu’nun II. Maddesi, Uncitral Model Kanunu’nun 8. maddesi gibi düzenlemeler ve bu düzenlemelerden esinlenen milli hukuklarda mahkemelerin tahkim anlaşmasının “yoklukla malul, geçersiz, uygulanamaz ve ya icrası kabil olmadığını” tespit etmeleri durumunda

¹⁵⁹ Yeşilova, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi** s.435

uyuşmazlığın esasını inceleyebilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlığı ve dolayısıyla hakemlerin yetkisi hususundaki incelemelerinin daha derin ve etkin olduğunu göstermektedir.

Bu düzenlemeler uyarınca tahkim anlaşmasının “yoklukla malul, geçersiz, uygulanamaz ve ya icrasının kabil olmaması” durumları hakkında doktrinde¹⁶⁰ içtihatlardan yola çıkarak şu şekilde açıklamalar getirilmiştir.

Tahkim anlaşmasının yoklukla malul olması ya da geçersizliği anlaşmanın başından itibaren geçersiz olması ya da kurucu unsurlarında eksiklikler olmasını ifade etmektedir. Buna göre tahkim anlaşması tarafların iradelerinden yoksun, iradelerinin sakatlanmış olması sonucunda meydana gelmiş yahut mevcut olmayan bir kuruma atıf yapması gibi belirsizlik içermesi halinde yoklukla malul kabul edilecektir.

Tahkim anlaşmasının uygulanamaz olmasından maksat ise baştan itibaren geçersiz olmamakla beraber zamanla geçerliliğini yitirmiş olmasını ifade etmektedir. Tahkim anlaşmasının icra kabiliyetinden yoksun olması ise tahkimin efektif olarak başlaması ve devam etmesinin mümkün olmadığı durumları ifade eder. Örnek olarak tahkim anlaşmasında atanan hakemin, hakemlikten imtina etmesi ya da tahkim yeri olarak belirlenen yerde tahkim yargılamasının yapılmasının mümkün olmaması halleridir.

İşte uluslararası metinler ve bazı milli hukuklardaki düzenlemeler uyarınca hakem yetkisine kendi nezdinde itiraz edilmesi halinde tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, geçerliliği, uygulanabilirliği ve icra kabiliyetini inceleyecek olan mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında yapacakları incelemeler bu ve benzeri örneklerdeki gibi olacaktır.

Bu husustaki farklı yaklaşımın düzenlemelerin amacı düşünüldüğünde kendi içinde avantaj ve dezavantajlarını barındırdığını söylemek mümkündür.

¹⁶⁰ Julian D M Lew QC, Loukas A Mistelis/ Stefan M Kröll, **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, s. 342 vd.

Öncelikle mahkemelerin tahkim anlaşmasının mevcudiyeti ve geçerliliğini inceleme yetkisi ve hakkına sahip olduğu düzenlemeler incelendiğinde bunun özellikle hakemlerin yetki hakkında karar vermelerini esasa ilişkin verecekleri karar aşamasına bırakmaları halinde uğranılacak zaman ve masraf kaybını önleme açısından faydalı olduğu düşünülmektedir¹⁶¹. Bu açıdan özellikle hakemlere yetki hakkında verecekleri kararı yargılamanın başında bir ara karar ile vermelerini destekleyen İsviçre ve İngiliz hukukundaki düzenlemeler bu dezavantajı bertaraf edebilecek niteliktedir.

Fransız hukuku, 1961 tarihli Avrupa Konvansiyonu ve bugün bazı milli hukuklarda yer alan tahkim anlaşmasının varlığını adeta bir ön kanaat incelemesi niteliğinde değerlendirme yaklaşımı ise 2 nedene dayanmaktadır. Bunlardan ilki tahkim yargılamasının, mahkemelerin tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği, kapsamı ve uygulanabilirliği açısından denetimine tutarak, engellenmesini ve gereksiz yere geciktirilmesini önlemektir. Bir diğer neden ise zaten iptal ya da tenfiz aşamasında mahkemelerin incelemesine tabi tutulacak tahkim anlaşmasının varlığı geçerliliği ve kapsamı sorununun iki kez mahkemelere taşınmadan, mahkemelerce denetimin tek noktada toplanmasına olanak sağlanmasıdır¹⁶².

Daha usuli olan ikinci nedene kıyasen mahkemelerin denetiminin sadece bir ön inceleme boyutunca tutulmasının asıl önemli nedeni gecikmeleri ve tahkimin sürüncemede bırakılmasını engellemek olacaktır. Tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, kapsamı ya da geçerliliği hakkında mahkemelerce inceleme yapılmasına olanak veren hukuk sistemleri bu aşamada tahkim yargılamasının da devam etmesine olanak tanısa da kanaatimizce bu durumun yargılamayı ne denli sürüncemede bırakabileceğinin gösterilmesi açısından 1991 tarihli Amerikan Federal Mahkemesinin *SMG Swedish Machine Group v. Swedish Machine Group, Inc* kararının¹⁶³ incelenmesi yerinde olacaktır. Söz konusu uyuşmazlıkta taraflar arasında sözleşmede MTO tahkim şartı

¹⁶¹ Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration**, s. 410

¹⁶² **A.g.e** s. 412

¹⁶³ *SMG Swedish Machine Group v. Swedish Machine Group, Inc.*, No. 90 C 6081, 1991 U.S. Dist. Lexis 780 (N.D. III. Jan. 4, 1991); XVIII Y.B. COM. ARB. 457 (1993)

bulunmasına rağmen uyuşmazlık Amerikan mahkemelerine getirilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşme uyarınca uygulanacak hukuk İsveç hukuku olup, tahkim yeri Londra, tahkim dilli de İngilizce olarak belirlenmiştir. Mahkeme hakemlerin yetkili olup olmadığı hakkında incelemesinde öncelikle, tarafların tahkime konu edebilecekleri uyuşmazlıklar ile tahkimle çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar hakkında bir ayırım yapmış ve meseleyi İsveç hukukunda araştırmaya girerek İsveç hukuku uyarınca söz konusu uyuşmazlığın hangi tipe girdiği hakkında taraflardan görüş istemiştir. Taraflardan gelen görüşleri yetersiz bulan mahkeme yeni deliller istemiş ve bunlarla da tatmin olmayıp konu ile ilgili bir duruşma yapılmasına karar vererek tarafların tahkim anlaşması konusundaki asıl niyet ve gözettikleri gayenin tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu karar yargılamanın ne denli gereksiz ölçüde masraf ve zaman kaybına neden olduğunu kanıtlar niteliktedir.

Mahkemelerce tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı hakkında öncelikle bir denetimin yapılmasının avantajı ise iptal veya tenfiz aşamasında bu incelemeyi yapacak olan mahkemelerin bu aşamada hakemleri yetkisiz bulması riskine nazaran yargılamanın başında yapılacak inceleme ile yine gereksiz zaman ve masraf kaybının önlenmesinin mümkün olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki mahkemelerce tahkim anlaşmasının varlığı hakkında yapılacak ön inceleme de, yetki açısından hakem kararının iptali ya da tenfizinin reddedilmesi noktasında oluşabilecek riskleri aza indirgeyebilecek niteliktedir.

Özetle hakem yetkisine mahkemeler nezdinde itiraz edilmesi halinde mahkemelerin meselesi tahkim anlaşmasının varlığı hakkında yapılacak bir ön incelemeyle hakem heyetine mi bırakacağı yoksa tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, geçerliliği, kapsamı hakkında bir yargılama yapıp olumlu bir hükme ulaştıktan sonra mı meseleyi hakemlere tevdi edeceği milli hukuklardaki düzenlemelere göre değişmektedir ve her seçeneğin kendi içinde avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce hakemlerin yetkilerinin kaynağının tahkim anlaşmasında olması, milli mahkemelerce tahkim anlaşması hakkındaki incelemenin derinleşmesi oranında *competence-competence* prensibinin etkisizleştirilmesi sonucunu doğuracaktır.

b. Hakemlerin Kendi Yetkileri Hakkında verdikleri kararın tahkim yargılaması devam ederken incelenmesi (temyizi)

Hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları kararlar mahkemelerin denetimine tabidir. Mahkemelerin bu hususta yapacakları denetim hakemlerin esasa ilişkin verdikleri nihai kararın denetlenmesi gibi, kamu düzeni vb. nedenlerle kısıtlı olmayan derinlemesine bir denetimdir¹⁶⁴.

İngiliz Tahkim Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca tahkim yargılamasının taraflarından biri, diğer tarafa ve hakem heyetine ihbarda bulunmak şartıyla, hakemlerin yetkisi hakkında vermiş oldukları karara mahkemelere başvurarak itiraz edebilir. Bu başvuru hakemlerin yetki hakkında verdikleri karara itiraz şeklinde olabileceği gibi hakemlerin esasa ilişkin vermiş oldukları kararın hakemlerin yetkisiz olması gerekçesiyle iptali hakkında olabilir. İptal talebi ve mahkemelerin bu yöndeki incelemesine aşağıda detaylı olarak hakem yetkisine tahkim yargılaması sonrasında itiraz edilmesi bahsinde girilecektir. Hakemlerin yetkili olduklarına dair vermiş oldukları karara İngiliz mahkemelerinde itiraz edilmesi halinde mahkemelerce yapılacak inceleme sırasında 67. maddenin 2. fıkrası uyarınca hakem mahkemesinin tahkim yargılamasına devam etmesi mümkündür. Hakemlerin yetkisi hakkında vermiş oldukları karar mahkemelerce denetlenirken ve ancak bu denetim derdest iken, hakem mahkemesinin yetki konusunda yeni bir karar vermesi de mümkündür. 67. maddenin 3. fıkrası uyarınca mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında vermiş oldukları karar hakkında incelemesini ve yargılamasını tamamlamasının ardından hakemlerin kararını onama ya da bu karardan farklı bir karar verme olanağı bulunmaktadır.

Alman hukukunda yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere eski düzenlemeler uyarınca hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri karar nihai ilen ZPO 1040(3)'de yapılan yeni düzenlemeler ile artık hakemlerin kendi yetkileri hakkında

¹⁶⁴ Lew QC/ Mistelis/ Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, s. 337

verdikleri karar bir ön karar niteliğinde kabul edilmiştir. Bu ön kararın verilmesinden sonra 1 ay içinde taraflardan birinin mahkemeye başvurarak bu konuda kesin karar vermesini talep etmesi mümkündür. Hakem mahkemesi, milli mahkemeler önünde yetkiyle ilgili yargılama derdest iken tahkim yargılamasına devam etme ve hatta karar verme hakkına sahiptir ¹⁶⁵.

c. Hakem Yetkisi Hakkında Mahkemelerce Karar Verilmesine İlişkin Özel Düzenlemeler

Bazı milli hukuklarda hakemlerin yetkisi hakkında mahkemelere başvurularda bu hususta mahkemelerden ön karar niteliğinde bir karar alınması mümkündür. Örneğin belirli koşulların oluşmuş olması şartıyla Alman ve İngiliz hukukundaki düzenlemeler bu yöndedir¹⁶⁶.

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere Alman hukukunda hakem mahkemesi kurulmamış ve tahkim yargılaması başlamamış iken mahkemelere başvurularda tahkim yargılamasının mümkün olup olmadığı hakkında bir karar vermesinin istenmesi mümkündür. Bu konuda mahkemelere bir başvuru yapılabilmesi için tarafların rızası veya anlaşması gerekmemektedir. Uygulamada bu durum diğer tarafın tahkim başlatmasını önleyici nitelikte bir önlem olarak kullanılabilir.

İngiliz hukukundaki düzenlemeler incelenirken detaylı olarak inceleneceği üzere İngiliz hukuku uyarınca, hakem mahkemesi kurulmuş olsa bile mahkemelere hakemlerin yetkisi hakkında karar vermesi açısından bir başvurunun yapılmasına ve meselenin mahkemelerce incelenmesine olanak sağlanmıştır. Ancak böyle bir başvuru İngiliz Tahkim Kanunu'nun 32. maddesindeki sıkı koşullara bağlanmıştır.

¹⁶⁵ A.g.e s. 316

¹⁶⁶ Lew QC/ Mistelis/ Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, s. 351,352

Amerikan hukuku ve uygulaması uyarınca ise yine yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere mahkemelere yapılacak başvuru ve mahkeme incelemesinin bu denli istisnai ve sıkı koşullara bağlandığının söylenmesi mümkün değildir.

Devletlerin milli hukuklarının çoğunda, özellikle de UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alındığı düzenlemelerde mahkemelere yapılacak bu şekilde özel bir başvuruya olanak tanınmamıştır. Bu durum mahkemelerce hakem yetkisi ya da tahkime başvurulması gerekliliği ya da olanağı hakkında verilecek tespit kararlarının mümkün olmayacağı sonucunu doğurmaktadır.

B. Hakem Yetkisinin Tahkim Yargılaması Sonrasında İncelenmesi

1) Türk Hukukunda:

a. MTK Kapsamında İptal Davası Aşamasında İncelenmesi

Milletlerarası ticari tahkim merkezi olan ülkelerde hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların azaltılması yönünde bir eğilim bulunmaktadır¹⁶⁷. Bu eğilim temelinde hakem kararlarına karşı başvurulacak yolların kötüye kullanılması yatmaktadır¹⁶⁸. Aynı eğilim MTK'nın hazırlanması aşamasında da dikkate alınmıştır. MTK md. 15 uyarınca milletlerarası nitelikteki hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış olup, taraflara bu karara karşı ancak iptal davası açma hakkı tanınmıştır¹⁶⁹.

İptal yolu, tenfiziyle kesin hüküm ve icra kabiliyeti kazanacak ve adeta bir mahkeme kararı gibi mütalaa edilip bu yönde sonuçlar doğuracak hakem kararlarının usuli ve bazı esasa ilişkin konular açısından gerekli şartları taşıyıp taşımadığı açısından yapılan bir incelemedir. Hakemlerin yetkisi anlamında bu aşamada yapılan incelemenin mahkemeler açısından şu önem ve anlamı bulunmaktadır: Tarafların

¹⁶⁷ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 191

¹⁶⁸ Ziya Akıncı, **Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi**, s. 122 dp.10

¹⁶⁹ Nomer/ Ekşi/ Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s. 36

akdettiği tahkim sözleşmesi ile yargılama yetkisinden tahkim lehine vazgeçmiş olan mahkemeler, hakem kararının, mahkeme kararı gibi sonuçlar doğuracak olmasından evvelki bir aşamada gerçekten bu yetkinin hakemlere tesis edilip edilmemiş olduğunu, edilmişse de sınırları dâhilinde kullanılıp kullanılmadığını araştırıcaklardır. *Competence-competence* prensibi ve bunun avantajları gözetilerek hakemlere yargılama sırasında kendi yetkileri hakkında hüküm kurma yetkisinin tahsis edilmiş olmasında gözetilen menfaatler ile bu yetkinin sınırsız olmaması ve mahkemelerce denetlenmesi açısından gözetilen menfaatler dengelenmeye çalışılmıştır.

Yukarıda incelenmeye çalışıldığı üzere *comptence-competence* prensibi ve bunun sonuçları ve *seperability* prensibiyle olan ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda MTK kapsamında düzenlenmiş olan aşağıdaki iptal sebeplerinin hakemlerin *competence-competence* ve bunun sonuçları ile ilgili olarak kurmuş oldukları hükmün mahkemelerce denetlenmesi sonucu doğurduğu görülecektir. Bir başka deyişle, MTK'nın 7/H maddesinde düzenlenmiş olan hakemlerin yetkisi hakkında hüküm kurması prensibi ve bu prensibin uygulanması sonucunda hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları karar kesin ve nihai nitelikte değildir. MTK'nın 15. maddesinde düzenlenmiş olduğu üzere öncelikle hakemlerin yetkileri hakkında verdikleri kararın yanlış olduğunun ileri sürülmesi sonra da tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi ve hakemlerin yetkilerini aştıklarının ileri sürülmesiyle yapılacak bir iptal başvurusu yetkili mahkeme tarafından hakemlerin yetkilerinin incelenmesi sonucunu doğuracaktır¹⁷⁰.

MTK md. 15 uyarınca milletlerarası nitelikteki hakem kararlarına karşı temyiz yolu kapatılmış olup taraflara bu karara karşı ancak iptal davası açma hakkı tanınmıştır¹⁷¹. Nitekim Yargıtay da açıkça MTK'ya tabi olarak verilen hakem kararlarına karşı ancak iptal davası açılabileceği bu kararların temyizinin mümkün

¹⁷⁰ Nomer/Ekşi/Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s.51

¹⁷¹ Çelikel/ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar- Mahkeme Kararları**, s. 283

olmadığından bahsetmiştir¹⁷². Bu sebeple iptal davasını düzenleyen 15. maddenin başlığının “hakem kararlarına karşı kanun yolu” oluşu eleştirilmiştir¹⁷³.

Türk kanun koyucu hakem kararlarına karşı müracaatta söz konusu olabilecek başlıca iki sistem olan iptal ve temyiz sisteminden iptal yolunu tercih etmiştir. Bu seçim aslında milletlerarası tahkimle ilgili bütün yeni düzenlemelerde yapılan tercihe uygundur. İptal sisteminde hakem kararlarının denetlenmesinin oldukça sınırlı tutulması ve sadece bazı şekli sebeplere inhisar ettirilmesi sistemin özelliğini teşkil eder. Ancak doktrinde MTK’da yer alan iptal sebeplerinin hem usuli konuları hem de 15. maddenin f bendinde geçen “*Tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu*” yönündeki iptal sebebi açısından esasa ilişkin sebepleri de bünyesinde barındırması, MTK’da kabul edilmiş olan sistemin tutarlı olmadığı görüşünün doğmasına neden olmuştur¹⁷⁴.

MTK’nın 15/A maddesi uyarınca iptal davası sonucunda verilmiş olunan mahkeme kararının temyizi mümkündür. Bu anlamda hakem yetkisinin bir kez de mahkemeler tarafından temyiz aşamasında incelenmesinin mümkün olabileceği söylenmelidir. Hakem kararlarına karşı müracaatta iptal yolu yanında iptal olunan

¹⁷² Yarg 11. HD., 24.02.2006, 3953/1858 “4686 sayılı Milletler arası Tahkim Kanunu’na göre verilen hakem kararlarına karşı başvurulabilecek kanun yolu Yasa’nın 15. maddesinde düzenlenmiş olup, hakem kararlarına karşı ancak asliye hukuk mahkemesinde iptal davası açılabilceği öngörülmüştür. Mahkeme kararları açısından söz konusu olan temyiz, karar düzeltme kavramlarına Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer verilmemiştir. Davacı ve davalı vekillerinin temyiz istemi hakem kararının taraflara tebliği amacıyla hakem heyeti tarafından mahkemeye ibraz edilen hakem kararına karşı olup, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15 ve HUMK 432/4 maddesi gereğince taraf vekillerinin temyiz istemlerinin reddine karar vermek gerekmiştir.”

¹⁷³ Kalpsüz (sempozyum) C II S.296 Akıncı s. 192’den naklen “Her ne kadar maddenin başlığında kanun yolundan bahsedilmiş olsa da hakem kararlarının iptali yolunun bir kanun yolu değil bir müracaat yolu olduğu ifade edilmektedir. Zira iptal usulünde hakem kararının bozulması ve dosyanın yeniden hakeme gönderilmesi söz konusu değildir. İptal ile verilen karar ortadan kaldırılır. Nitekim iptal sebepleri de temyiz sebeplerinden farklıdır. İptal mercii taraflar arasındaki anlaşmaya ve hakem kararına bakarak, esasa girmeden değerlendirmesini yapar. Bundan sonra dosyanın tekrar hakeme gönderilmesi, hakemin ısrarı söz konusu değildir.”

¹⁷⁴ Turgut Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 102

kararların temyizine olanak tanımak suretiyle temyiz yolu da kabul edilmiş olup sistemin mütecanis ve tutarlı olmaktan çıkarıldığı ileri sürülmüştür¹⁷⁵.

İptal davası sonucunda hakemlerin yetkileri hakkında yanlış karar vermesi veya hakemlerin yetkileri aşmış olmaları nedeniyle hakem kararının iptal edilmiş olması halinde taraflar yeniden tahkime başvurabileceklerdir¹⁷⁶. Ancak tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle iptal edilmiş olan bir hakem kararı karşısında tarafların yeniden tahkime gitme olanakları bulunmamaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın yetkili ve görevli mahkemede açılması gerekecektir.

İptal davası sonucunda iptal davasının reddedilmesi halinde, bu kararın temyiz edilmemesi halinde karar kesinleşecek ve hakem kararı icra edilebilirlik imkânını kazanacaktır.

MTK md.15 hükmü uyarınca iptal davasında görevli mahkeme yetkili asliye hukuk mahkemesidir¹⁷⁷. Yine aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca iptal davası, otuz gün içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. İptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur.

15. maddenin 2. fıkrasında hakem kararlarının iptalini doğuracak sebepler sınırlı olarak sayılmıştır. Adı geçen maddeye göre hakem kararının iptaline neden olabilecek sebepler mahkemece re'sen gözetilen ve taraflarca ileri sürülmesi koşuluyla incelenecek sebepler olarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre;

¹⁷⁵ Turgut Kalpsüz, **Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi**, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara 2001, s. 125 vd.

¹⁷⁶ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s.235

¹⁷⁷ Yetkili mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olarak düzenlenmiş olması MTK'nun iptal ile ilgili hükümlerindeki bir diğer önemli aksaklık olarak mütaala edilmektedir. Bu görüş uyarınca hiçbir yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklar hakkında verilmiş olan hakem kararlarına karşı dahi Yargıtay'a müracaat imkanı tanınmış olan Türk Hukuku'nda MTK'ya göre verilmiş olunan hakem kararına karşı bir üst mahkemeye değil de aynı derecede bir mahkemeye müracaat imkanının verilmesi tutarlı ve tatminkar bulunmamaktadır (bkz. Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, s. 103 vd)

1. Başvuruyu yapan taraf;

a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu,

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını,

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini,

d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini,

e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını,

f) Tahkim yargılanmasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu,

g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini,

İspat ederse veya,

2. Mahkemece;

a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı,

b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu,

Tespit edilirse.

Milletlerarası nitelikli bir hakem kararının iptali söz konusu olabilecektir.

15. maddede düzenlenmiş iptal sebepleri ve bunların hakem yetkisiyle ilişkisine geçmeden önce tarafların iptal davası açma hakkından feragat edilebileceğinden bahsedilmesi yerinde olacaktır. 15. maddenin 5. fıkrasında kanunun koyucu hangi şartlarla ve ne şekilde iptal davası açmaktan feragat edilebileceğini düzenlemiştir. Buna göre:

Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.

15. maddenin 5. fıkrasında yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların iptal davasından feragat edebileceği düzenlenmektedir. Kanun bu açıdan iptal davasından feragat edebilecek taraflar konusunda sınırlama getirmiştir¹⁷⁸.

Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan tarafların iptal davasından feragat etmeleri halinde bu feragatin hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları kararları da kapsayıp kapsamayacağı akla gelen bir sorudur. Zira hakemlerin yetkiye ilişkin vereceği olumsuz bir karar ile tahkim yargılaması sona erecek ve şayet bu karar hakkaniyete aykırıysa davacı açısından bir hak kaybı oluşturabilecektir ya da tam tersi ihtimalde hakemlerin hakkaniyete aykırı olarak yetkili olduğuna karar vermeleri tahkim iradesi bulunmayan davalı açısından temel haklarına aykırılık oluşturacaktır. Taraflar iptal davası hakkında feragat ederken hakemlerin esasa ilişkin verecekleri kararların gecikmeksizin icra edilebilir olmasını amaçlamış olmaları durumunda, bu feragatin hakemlerin yetkiye ilişkin kararları açısından da uygulanması hedeflenenin dışında bir sonuç doğmasına neden olacaktır. Özellikle hakemlerin yetkisizliğine karar vererek yargılamayı sonlandırmasında bu feragatin yaratacağı riskler daha belirgin olacaktır.

¹⁷⁸ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.199

Kanunun lafzı göz önünde bulundurularak, kanaatimizce tarafların iptal davasından feragat etmesinin hakemlerin yetkiye ilişkin kararları açısından geçerli olmayacağını söylemek mümkün değildir. Özellikle de kanunun kısmen feragati mümkün kıldığı göz önünde bulundurularak tarafların iptal davasından feragat haklarını bazı iptal sebeplerine hasretmemiş olmaları halinde hakemlerin yetkiye ilişkin kararları hakkında da iptal haklarından feragat ettiklerini kabul etmek gerekecektir. Çünkü iptal davası açma hakkından tamamen feragat edilmesi, tarafların hiçbir suretle iptal davası açmayacakları anlamına gelmektedir. Buna karşılık tarafların MTK'nın 15. maddesinde yazılı belirli bazı iptal sebeplerine dayanılarak iptal davası açma hakkından feragat etmeleri, diğer bir ifadeyle iptal davası açma hakkından kısmen feragat etmeleri de mümkündür. Böyle bir durumda feragat edilen iptal sebeplerinin dışında kalan sebeplere dayanılarak iptal davası açılması mümkün olacaktır¹⁷⁹. Bizim de katıldığımız görüş uyarınca iptal davası açma hakkından tamamen feragat etmiş olan tarafların hakemlerin yetkiye ilişkin vermiş oldukları kararlar açısından da iptal davası açmaları mümkün olmayacaktır.

MTK'nın 15. maddesinde düzenlenmiş olan iptal sebepleri öncelikle hakemlerin yetkileri hakkında verdikleri kararın yanlış olduğunun ileri sürülmesi sonra da tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi ve hakemlerin yetkilerini aştıklarının ileri sürülmesiyle yapılacak bir iptal başvurusu yetkili mahkeme tarafından hakemlerin yetkilerinin incelenmesi sonucunu doğuracaktır.

i. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin İleri Sürülmesi:

Gerçekten de yukarıda ifade edilmiş üç iptal sebebi de hakemlerin yetkisi ve hakemlerin bunun hakkında vermiş oldukları kararlarla ilgili olup, iptal davası aşamasında bu yetki kararlarının mahkemelerce denetlenmesi sonucunu doğurmaktadır.

¹⁷⁹ A.g.e. s. 198

Tahkim anlaşmasının mevcut ve geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri hususundaki yetkileri *comptence-competence* prensibi bahsinde açıklanmıştır.

MTK md. 7 uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliği ve dolayısıyla bu nedenle hakemlerin yetkili olamayacağına ilişkin taraflarca yapılan itirazda karar verme yetkisi hakemlere bırakılmıştı. MTK kapsamında 15. madde'de hakemlerin tahkim anlaşmasının geçersizliği hakkında yapılan itiraz sonucunda geçerliliğine ve dolayısıyla yetkili oluşlarına dair vermiş oldukları kararın¹⁸⁰ iptal davası aşamasında mahkemelerce denetlenmesi mümkündür.

Tahkim anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı hukuka veya böyle bir seçim yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması iddiası iptal davası aşamasında mahkemelerce incelenecektir. Türk hukuku uyarınca tahkim anlaşmasının geçerliliği öncelikle tarafları tahkim iradelerini yazılı olarak yaptıkları sözleşmede karışıklığa yer vermeyecek şekilde açıkça belirtmelerine bağlanmıştır. Bunun yanı sıra geçerli bir tahkim şartı veya sözleşmesinden bahsedebilmek için hangi uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözüleceğine ilişkin taraf iradelerinin de anlaşılabilir olması gerekmektedir. Tahkim şartı veya sözleşmesinde tarafların tahkim iradesi açık olduğu sürece tahkim şartı içerik itibariyle geçerli sayılacaktır. Taraflar arasındaki mevcut bir ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıklar tahkim anlaşmasına konu edilebilecektir¹⁸¹.

Tahkim anlaşmasının taraflarca tabi kılındığı hukuka veya böyle bir seçim yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması iddiası tahkim yargılaması aşamasında davalı tarafından ileri sürülmemişse ve bu hususta bir itiraz yapılmamışsa, Türk hukukunda ve diğer bazı hukuklarda kabul edilmiş olan, davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması suretiyle tahkim anlaşmasının akdedilebileceğine ilişkin hükmün nazara alınması gereklidir¹⁸².

¹⁸⁰ HUMK kapsamındaki hakem kararları bakımından tahkim anlaşmasının bulunmamasının hakemlerin yetkisizliği çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusudur. Yargıtay muteber olmayan hakem şartına istinaden uyuşmazlığın hakemde görülerek neticelendirilmiş olmasının HMUK 533/3 maddesi uyarınca bozma sebebi olarak kabul etmiştir (Yarg 15. HD 14.6.1983 t 1350/1697)

¹⁸¹ Akinci, **Milletlerarası Tahkim** s. 215

¹⁸² Kalpsüz, **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, s. 107

Gerçekten, tahkimde davanın açılması ve davalının herhangi bir tahkim itirazında bulunmayarak esasa ilişkin savunmalarını ileri sürmesinden sonra hakem kararının aleyhte olması nedeniyle tahkim anlaşmasının bulunmadığını ileri sürmesi her şeyden önce dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Zira artık davalı taraf tahkim anlaşmasının bulunmadığı yolunda bir itirazda bulunmayarak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine muvafakat vermiş bulunmaktadır¹⁸³. Yargıtay bir kararında “ *davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının, 14.02.1990 tarihindeki telekstekteki hakem şartını benimsendiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir.* ” şeklinde karar vermiştir¹⁸⁴.

Bu açıdan incelendiğinde şayet tahkim anlaşmasının geçersizliği hakkındaki itiraz şekil ya da tarafların iradesinden kaynaklanan bir itiraz değilse, tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin iddianın iptal sebebi olmasının yolu davalı tarafından tahkim yargılaması sırasında bu hususa itiraz edilmiş olması ve hakemlerce geçerli bir tahkim anlaşması olduğu yönünde karar verilmiş olması halidir. Hakemlerin yetkilerinin kaynağının tahkim anlaşması olması düşünüldüğünde mahkemece iptal davası aşamasında yapılacak, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında verdikleri kararın denetlenmesi adeta hakemlerin yetkileri hakkında kararın denetlenmesi sonucunu doğuracaktır.

ii. Hakemlerin Yetkileri Hakkında Vermiş Oldukları Kararın Yanlış Olduğunun İleri Sürülmesi:

Hakemlerin yetkileri hakkında karar verme yetkileri, *competence- competence* prensibi sonucunda verilmiş olan yetki kararının mahkemeler nezdinde incelenmesi ve dolayısıyla hakem yetkisine ilişkin mahkemelerce karar verilmesi sonucunu

¹⁸³ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim** s.216

¹⁸⁴ Yarg 19. DH 26.01.1996 6153/610; Yarg 19. HD 26.01.1996 6154/611 (Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s. 216 dp. 440)

doğuracak en doğrudan ve açık iptal sebebi, hakemlerin yetkisi hakkında yetki ya da yetkisizlik kararının hukuka aykırı olduğunun ileri sürülmesidir (md. 15.1/d).

MTK md. 7’de düzenlendiği üzere MTK’ya tabi bir hakem yargılamasında tarafların hakemlerin yetkisiz olduğuna ilişkin yapmış olduğu yetki itirazı hakemlerce incelenerek karara bağlanacaktır.

Bu sebeple hakemlerin kendi yetkileri hakkında vermiş oldukları kararın mahkeme denetimine tabi olduğu ve hakemlerin yetkileri hakkında yapılmış olan itirazların yargılamanın sonundaki kararın iptali aşamasında mahkemeler tarafından denetlenebileceğini belirtmekte fayda vardır.

Hakemlerin yetkileri hakkında yapılan itiraz üzerine tahkim yargılaması sırasında verebilecekleri iki yönde karar bulunmaktadır: hakemlerin yetkisizliğine karar vermesi ve yahut yetkili olduğuna karar vererek yargılamaya devam etmesi.

İtiraz üzerine hakemlerin yetkisiz oldukları hükmüne varmaları halinde yargılama sona erecek ve karar taraflara tebliğ edilecektir. Bu kararın hukuka aykırı olduğu kanaatini taşıyan taraf (muhtemelen tahkim davasında davacı) 30 gün içinde görevli ve yetkili asliye hukuk mahkemesinde dava açabilir.

MTK kapsamında yapılan bir tahkim yargılamasında da md. 14/2 uyarınca hakemlerin kısmi karar verebileceği öngörülmüştür. Buna göre “*Aksi kararlaştırılmadıkça, hakem veya hakem kurulu kısmi kararlar verebilir*”. Bir diğer deyişle esas olan hakemlerin kısmi karar verebilme serbestisidir. Taraflar aksini kararlaştırarak hakem veya hakemlerin kısmi karar vermesini engelleyebilirler.

Verilen kararın türü hakemlerin yargılama yetkisi hakkında vermiş oldukları olumlu kararın hangi aşamada iptal davasına konu olabileceği sorunuyla doğrudan ilişkilidir. Yargılama yetkisi açısından verilen olumlu kararın bir *kısmi karar* olduğu kabul edilirse hakemlerin bu uyuşmazlık hakkında artık meseleden el çektikleri de

göz önünde bulundurularak tahkim yargılamasının esasına girmiş oldukları bir aşamada md. 15 kapsamında iptal davası başlatılabilmesi mümkün olabilecek midir?

15/A/I kapsamında iptal davasına konu olabilecek hakem kararlarının türleri açısından bir ayırım yapılmamış olması sebebiyle hakemlerin yargı yetkilerinin bulunduğu ilişkin kararların derhal denetlenmesinin mümkün olabileceği düşünülebilir. Ancak belirtmelidir ki, İsviçre kanununun *competence-competence* prensibini düzenleyen 186. maddesinin 3. fıkrası uyarınca ise hakemlerin yetkilerine ilişkin verdikleri karar *interlocutory decision* niteliğindedir. Bu durumda MTK'da özel bir düzenleme olmaması nedeniyle mehzaz kanundan esinlenilecek olunursa, hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları kısmi kararın uyuşmazlığın tümü hakkında karar verilmeden iptal edilemeyeceği de düşünülebilir.

Hakemlerin yetkiye ilişkin itiraz üzerine yetkili oldukları hükmüne varmaları halinde tahkim yargılaması devam edecektir. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüş¹⁸⁵ hakemlerin kendi yetkileri hakkında vermiş oldukları bu karar hakkında yargılama devam ederken, kanunda taraflara mahkemeye başvurma imkânı tanınmamış olduğudur. Model Kanun'da ve bazı yabancı hukuklarda (bkz yukarıda Alman hukuku, İngiliz hukuku) öngörülmüş olan bu imkan yerine MTK 15/A/1/d uyarınca davacının iptal davasında “hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini” kanıtlaması durumunda hakem kararının iptal edilebileceğinden bahsedilmiştir.

Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya seçimine katılmış olmaları, hakem yetkisine itiraz hakkını ortadan kaldırmayacaktır¹⁸⁶. Ancak kanaatimizce hakemlerin yetkisizliği nedeniyle MTK'nın 15.1.d hükmü uyarınca iptal davası açılabilmesinin tek yolu tahkim yargılaması sırasında hakemlerin yetkisine itiraz edilmiş olmasıdır. Çünkü madde metninde de açıkça belirtildiği üzere bu madde hükmünde düzenlenen iptal nedeni hakemlerin yetki hakkında verdikleri kararın hukuka aykırı olduğunun iddia edilmesidir. Dolayısıyla hakemlerin yetkisi hakkında herhangi bir itiraz

¹⁸⁵ Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim** s. 110

¹⁸⁶ Kalpsüz, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, s.110

yapılmamış ve hakemlerce bu hususta bir karar açıklanmamış olduğu ihtimalinde hakemlerin yetkisine ancak tahkim anlaşmasının geçersizliği ya da hakemlerin yetkisini aşmış olduğu iddiasıyla iptal davasında itiraz edilmesi mümkün olacaktır.

iii. Hakemlerin Yetkilerini Aşmış Oldukları Gerekçesiyle İptalin Talep Edilmesi

MTK md. 15 uyarınca hakemlerin yetkilerini aşmış oldukları gerekçesiyle hakem kararının iptal edilmesi mümkündür. Burada tahkim şartının geçersizliği değil hakemin sözleşmede belirlenmiş olan sınırlara riayet etmeksizin bu yetkisini kullanması ve dolayısıyla yetkisini aşması söz konusudur.

Hakemlerin yetkilerini aşmış oldukları gerekçesiyle hakem kararının iptalinin talep edilmesi durumunda meselenin iki boyutu vardır. Bir yandan hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararın mahkemeler önünde tartışılması söz konusudur. Diğer yandan ise davacının talebinden fazlasına hükmetmeme, tarafların belirlemiş oldukları esasa uygulanacak hukuktan ziyade bir başka hukuk kuralları çerçevesinde hüküm kurmuş olmaları gibi usuli meseleler açısından da mahkemelerin sundukları bir denetim güvencesi boyutu bulunmaktadır. Ayrıca aşağı da (b) başlığında daha detaylı inceleneceği üzere kanaatimizce burada mahkemece yapılacak denetimin *revision au fond* yasağı açısından da hassas bir durum söz konusudur.

Meselenin usul kurallarını güvenceye alan yönleri bir kenara bırakıldığında MTK'da düzenlenmiş olan bu iptal sebebinin de hakem yetkisi açısından mahkemelerin bir denetim ve belirleme aracı olarak görülmesi mümkündür. Çünkü tarafların hakem veya hakemlerin yetkilerini aştığına dair itirazlarını tahkim yargılaması sırasında da dile getirmesi nedeniyle açıkça hakemlerin kendilerini yetkili görerek yargılamaya devam etmesi veya herhangi bir itiraz olmasa da hakemlerin kendilerini yetkili sayarak karar vermiş olmaları nedeniyle hakemlerin yetkileri açısından verdikleri müspet bir karar mevcuttur ve bu karar iptal davası aşamasında denetlenebilmektedir.

b. HUMK Kapsamında Temyiz Aşamasındaki İncelenme

Yukarıda ifade edildiği üzere 519. madde uyarınca hakemlerin yetkisi hakkında karar verecek olan makam mahkemelerdir. Ayrıca 533. madde uyarınca hakemlerin yargılama sırasında yetkilerini aşmaları durumunda da mahkemelerin müdahalesi söz konusu olabilir.

HUMK md. 533 uyarınca; “ *Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur:*

1 Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,

2 Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

3 Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri.

4 Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri,

Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur.”

Madde metninde anıldığı üzere hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir mesele hakkında karar vermiş olmaları bozma sebebidir. Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi olmamasına rağmen hakemlerin kendilerini yetkili sayıp karar vermiş olması hali gibi, açılan dava sonucunda hakemlerin karar verdiği hususların taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin kapsamına girmediği halde, hakemlerin kendilerini görevli sayarak davaya bakmış olmaları halinde de vermiş oldukları karar md. 533/3 uyarınca bozulacaktır.

Öğretide ileri sürülen bir görüş uyarınca HUMK 533/2 ile 533/3’deki temyiz nedenini birbirinden ayırmak son derece güçtür. Zira ikinci bentteki “talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi” hali, üçüncü bentte ifade edilen yetki tecavüzünden farklı değildir. Bu nedenle kanun koyucunun bir tekrar yaptığından söz edilebilir¹⁸⁷. 533/3. madde’de 533/2. maddede düzenlenmiş olan temyiz nedenine ek olarak

¹⁸⁷ Rabi Koral, *İç hukukumuzda Tahkim*, İÜHFİM, 1947, C. XIII, S.1, s. 1075-1076

hakemlerin mevcut ve geçerli bir tahkim anlaşması olmaması nedeniyle madde itibariyle hiç yetkili olmayışlarıdır.

Taraflar tahkim sözleşmesinde gerek usul hukuku, gerek maddi hukuk yönünden tahkimin tabi olacağı şartları kararlaştırabilirler. Hakemler taraflarca kararlaştırılan bu şartlara uymak zorundadırlar. Aksi halde taraf iradesinin dışına çıkarak “talepten fazlaya” karar vermiş sayılırlar.

İç tahkimde hakem kararlarına karşı gidilebilecek bir kanun yolu olarak öngörülmuş temyiz incelemesinde, hakem yetkisiyle ilgili olarak mahkemelere inceleme yapma hakkı tanınmıştır. Bunun nedeni mevcut bir tahkim anlaşması nedeniyle yargılama yetkilerini hakemler lehine bırakmış olan mahkemelere, yargı yetkilerinden adeta feragat etmelerinin nedeninin mevcut olup olmadığının tarafların başvurusuyla incelemesinin menfaate uygun oluşudur.

Hakemlerin geçerli bir tahkim sözleşmesinde öngörülen yetkileri dışında kalan meseleler hakkında karar vermiş olmasının md.533/3 uyarınca bir bozma nedeni olacağı hususunda bir çok Yargıtay kararı mevcuttur¹⁸⁸. Bunun gibi hakemlerin bazı nedenlerden dolayı tamamen yetkisiz olması halinde de vermiş olduğu kararın yetkisi dışında verilmiş bir karar olmasından bahisle md.533/3 uyarınca bozma sebebi teşkil edeceği Yargıtay kararlarında belirtilmiştir¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Yarg. TD 8.3.1958, 370/659 “*Hakemlerde açılan bir şirketin feshi davasında, hakemlerin şirketin fesih ve tasiyesine karar verdikten başka, kendilerine tahkim sözleşmesi ile yetki verilmiş olmadığı halde tasiye memuru tayinine de karar vermiş olmaları md.533/3’e göre bozma sebebidir.*”

Yarg 15. HD 27.12.1973, 403/415 “*Daha önce davalı idarenin 519. maddeye dayanarak mahkemede açtığı davanın dilekçesi ve mahkeme kararı incelendiğinde, davalı idarenin açtığı davanın konusunun Genel Şartların 33. maddesindeki hükme dayanarak hakeme gidilip gidilemeyeceğinin umumi olarak tespitinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme de tahkim şartının geçerli olduğunu kabul ile genel olarak taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların hakem heyeti marifetiyle çözümlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu hüküm Yargıtay yolundan geçerek kesinleşmiştir. Ancak bu niteliğiyle bu karar, taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar hakkında bir kesin hüküm teşkil eder. Sözleşmeden doğmayan uyuşmazlıklara tesiri söz konusu değildir. Oysa döviz kur farkından dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlık yukarıda da açıklandığı üzere sözleşme hükümlerinden doğmuş değildir. Bu itibarla döviz kur farkından doğan uyuşmazlık bakımından kesin hüküm varlığından da bahsedilemez.*”

¹⁸⁹ Yarg TD 24.2.1959, 2954/564 “*Bir kişinin hakemlik yapması bir şarta (olayda asıl hakemin İstanbul’da bulunmaması şartına) bağlı olur ve bu şart gerçekleşmediği halde o kişi davaya hakem sıfatıyla bakar ve karar verirse, “ ihtilaflı hakem sıfatıyla rüiyet ve halletmeğe salahiyetli olmayan o*

Bir görüşe göre¹⁹⁰, hakemlerin bakmış oldukları dava tahkim sözleşmesinin kapsamına girmekte ise, hakemlerin md.519'a göre dava açması için davalıya süre vermeyerek davanın kendi görevlerine girdiğine kendilerinin karar vermiş olmaları md.533/3'e göre bozma sebebi teşkil etmemelidir. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarında görüş birliği yoktur.

Yargıtay İçtihatı Birleştirme Genel Kurulunun 28.1.1994 tarih 4/1 no'lu kararı hakemlerin yetkilerini inceleme ve aşma durumu halinde temyiz talebini kabul etme hükmünün ne denli geniş yorumlanabileceğinin bir göstergesidir. Söz konusu kararında Yargıtay hakemlerin maddi hukuk kurallarına uymadan karar vermesi bir temyiz nedeni olarak sayılmıştır:

"Yargıtay Onbeşinci Hukuk Dairesi Başkan ve Üyeleri 3.5.1993 günlü bir kararla; hakem kararlarına ilişkin temyiz nedenlerinin HUMK.nun 533. maddesinde sayılan usul kurallarıyla sınırlandırıldığı ve hakem kararlarının hiçbir zaman maddi hukuka uygunluğunun incelenemeyeceği şeklinde Daire kararları bulunduğu gibi bunun aksine, tahkim sözleşmesi veya şartında uyumsuzluğun; "Türk Maddi Hukuk kurallarına göre çözümleneceği" öngörülmüş ise, bu durumda hakemlerin verdiği kararların maddi hukuka uygun bulunması gerektiği, aksi halde kendilerine verilmiş yetkinin dışına çıkmış sayılacaklarından HUMK.nun 533. maddesinin 3. bendi uyarınca kararın maddi hukuka uygunluğu bakımından incelenip, yasaya aykırılık saptandığında bozulmasına ilişkin Daire kararlarının da mevcut olduğu, uygulamada bu görüşlerden herhangi biri üzerinde oybirliği sağlanamadığı ve farklı kararların verilmesi halinin önlenemediği ileri sürülerek, içtihadı birleştirme yolu ile farklı uygulamanın giderilmesi istenmiştir.

Onbeşinci Hukuk Dairesi'nin 12.11.1973 gün ve 68/212; 12.11.1973 gün ve 145/222; 28.12.1973 gün ve 379/425 sayılı kararlarında, "Yargıtay'ın hakem

kimsenin verdiği karar salahiyet dışı verilmiş bir karar olup HUMK 533. maddesinin 3. bendinde yazılı bozma sebebiyle maluldur. ""

¹⁹⁰ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 6099

kararları yönünden mahkeme kararlarında olduğu gibi maddi veya şekli hukuk açısından ve hakka aykırı düşen yönlerden geniş bir temyiz inceleme yetkisine sahip olmadığı" kabul edilmiş; 26.2.1985 gün ve 4288/652; 15.6.1989 gün ve 1023/2841 sayılı kararlarda ise, "Hakem sözleşmesi veya şartında; Türk Maddi Hukukunun uygulanması kabul edilmiş ise, hakemlerin bununla bağlı oldukları ve buna uyulup uyulmadığı hususunun temyiz konusu yapılabileceği" benimsenmiştir.

Özet olarak değinilen bu kararlardan ilk üçünde, Usul Yasasının 533. maddesine göre hakem kararlarının temyizi yönünden özel ve sınırlı bir düzenlemenin getirildiği benimsendiği halde; diğer kararlarda, eğer hakem sözleşmesi veya şartında, "Hakemlerin, taraflar arasındaki uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlenecekleri" öngörülmüş ise, hakemlerin maddi hukuk kuralları çerçevesinde karar vermeleri gerektiği ve verilen bu kararların da, mahkeme kararları gibi temyiz edilebileceği esası kabul edilmiştir.

Özel Dairenin açıklanan bu kararları arasında içtihat aykırılığının bulunduğu oybirliğiyle karar verildikten sonra konunun esasının görüşülmesine geçilmiştir.

Yapılan görüşmelerde, hakem kararlarının temyizinin Usul Yasasının 533. maddesinde özel biçimde düzenlendiği ve bu kuralın gözönüne alınması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, eğer hakem sözleşmesi veya şartında hakemlerin uygulayacakları kurallar bakımından özel uygulama kuralları, yani maddi hukuk kurallarının uygulanması öngörülmüşse, hakemlerin bu kuralları gözönüne alarak karar vermelerinin zorunlu bulunduğu ve bu kurala uymama halinin mahkeme kararları gibi temyiz nedeni yapılabileceği öne sürülmüştür. Bu görüşmelerde, tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlerin uygulayacakları maddi hukuk kuralları yönünden özel bir düzenleme yoksa, hakem kararlarının temyiz incelemesinin içtihadı birleştirmenin kapsamı dışında kaldığı vurgulanmış ve görüşmelerde, hakem sözleşmesi veya şartında maddi hukuk kurallarının öngörülmesi hususu ve bu koşula aykırı karar verilmesinin temyiz edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi yapılmıştır.

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

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

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

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

Yargıtay kararında da belirtildiği üzere mehzaz Neuchatel Kanunu md.448 hakemlerin maddi hukuk kurallarına aykırı karar vermelerini de bir temyiz nedeni olarak addetmiştir. Ancak HMUK md. 533 düzenlemesi yapılırken bu hüküm kanunumuza alınmadan ancak sayılan 4 halin temyiz sebebi oluşturabileceğinden bahsedilmiştir.

Yargıtay sözü geçen kararında mukayeseli hukuktan ve Türk doktrininden de konu ile ilgili görüşler alarak hakemlerin taraflarca uyulması yönünde karar aldıkları maddi hukuk kurallarına aykırı karar almalarının 533/3 kapsamında yetkilerini aşmış oldukları gerekçesiyle temyiz nedeni oluşturacağına karar vermiştir.

Doktrinde bir görüŖe göre¹⁹¹, hakemler BK md.398 uyarınca tarafların vekili konumundadır. Vekalet sözleşmesine göre vekil kendisini vekil edenin açık talimatına aykırı davranamaz. Taraflar hakemlerin maddi hukuka göre karar vermelerini kararlaŖtırmıŖlarsa hakemlerin yetkilerini bilerek sınırlamıŖ olurlar. Bunun sonucu hakemler maddi hukuk kuralları dıŖına ıkarlıarsa yetkilerini aŖmıŖ olacaklarından verilen hakem kararı HUMK md.533/3 hükmü uyarınca bozulabilir.

Konu ile ilgili doktrinde sözü edilen fikirler Ŗu Ŗekilde özetlenebilir:

Alangoya'ya göre¹⁹², yasalarımızda, hakemlerin maddi hukuka bağlı olmayacakları ve hakkaniyete göre karar verecekleri hususunda bir kural yoktur. Tahkim bir yargı niteliğinde olduğuna göre, kural yasaların uygulanmasıdır. Hakemde dava aan kimse, kendi yasal hakkına dayanmıŖ demektir. Yani, yasa uygulamasını istemektedir.

Hakem önünde dava açılması halinde yasaların uygulanmayacağı gibi bir sonuca varılması için haklı nedenler bulunmamaktadır. Öte yandan, taraflar hakeme baŖvurmakla objektif bir uygulamadan vazgemiŖ değillerdir. Objektif uygulama istemi de ancak yasaların uygulanmasıyla oluşur. Bununla beraber taraflar, hakemlerin buyurucu maddi hukuk kuralları dıŖında kalan maddi hukuk kurallarının uygulanmayacağı hususunda bir anlaşma yapabilirler.

Yine aynı yazara göre, hakemlerin maddi hukuk kurallarına aykırı olarak verdiği kararlar yönünden temyiz yolu açık tutulmalıdır. Çünkü asıl olan hakemlerin maddi hukuk kurallarına uymak suretiyle karar vermeleridir. Her ne kadar HUMK' un 533. maddesinde temyiz nedenleri sınırlı olarak gösterilmiŖ ise de, Yargıtay bu temyiz nedenlerini zaman zaman geniŖletmiŖtir. Yasanın sınırlı ifadesi yasanın amacı karŖısında, daha doğrusu tahkime baŖvurulmasının nedenleri göz önüne alındığında, bu temyiz nedenlerinin geniŖletilmesi gerekir. Yasanın, belli bir hususun çerçevesini çok dar tutmak suretiyle düzenlemiŖ olması, yasanın amacını haklı gösterdiği hallerde

¹⁹¹ Kemal Dayınlarlı, **HUMK'da Düzenlenen İ Tahkim**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd Ŗti, Ankara 1997, s.110

¹⁹² Yavuz Alangoya, **Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul 1973, s.153 vd.

bir tamamlamaya gidilmesi yani yasada bir boşluğun varlığı kabul edilerek bu boşluğun doldurulması olanaklıdır¹⁹³.

Bilge'ye göre ise¹⁹⁴, yasa'da açık bir hüküm bulunmamasına karşın, hakemlerin, bu örgütün özel bünyesi olarak tarafların tespit edecekleri maddi hukuk kurallarına göre karar vereceklerini kabul etmek gerekir. Demek ki, maddi hukuk kuralları bakımından da hakem yargılamasında taraflar irade serbestliğine sahiptirler. Ancak, kamu düzeni ve genel ahlak kuralları saklıdır.

Kuru¹⁹⁵ ise, tahkim sözleşmesinde uyuşmazlığın çözümü için "Borçlar veya Medeni Kanuna göre" hakemlerin karar vereceği öngörülmüşse, hakemlerin bu koşula göre karar vermelerini ve aksi halin temyiz nedeni yapılabileceğini kabul etmiştir.

Yeğengil'de "Tahkim" isimli eserinde¹⁹⁶, şu ifadelerle yer vererek "*Usul Kanunumuz, hakem kararlarının ancak kanunda gösterilen sebeplerden dolayı bozulabileceğini kabul etmiştir(...). Mevaz Kanununun karşılık 488. maddesi farklı bir hükmü kapsamaktadır. Mevaz maddenin 1. fıkrasında, hilafına mukavele olmadıkça hakem kararlarına karşı aşağıda yazılı haller dışında temyiz yoluyla itiraz edilemez, denilmiş ve son fıkrasında da, hakem kararları son üç sebepten biriyle bozulduğu takdirde muayyen olan şekli de yeni bir hakem mahkemesi teşkil olunur ve ona yeni bir müddet verilir, denilmiştir. Mevaz kanun maddesinin birinci fıkrası hükmüne nazaran taraflar hakem kararlarına karşı kanunun kabul ettiği sebepten başka sebepleri de kabul edebilirler. Kanunumuzda buna cevaz verildiğine dair bir hüküm bulunmadığına göre, tarafların kanunda sayılan sebepler dışında mukavele ile başka sebepleri de kabul edip edemeyecekleri hususu yoruma ihtiyaç gösteren bir meseledir. Tarafların temyiz sebepleri konusunda aralarında akdedebilecekleri mukavele, aynı zamanda hakemlerin yetkilerini sınırlayan bir usul mukavelesi*

¹⁹³ A.g.e s.217

¹⁹⁴ Necip Bilge, **Hakem Yargılamasında Hukuk Kaideleri**, Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1966, s.105 vd.

¹⁹⁵ Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, s. 4073 vd

¹⁹⁶ Rasih Yeğengil, **Tahkim**, İstanbul 1974 s. 323 vd

niteliğindedir. Kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırı olmayan usul mukavelelerinin hem taraflar ve hem hakemler açısından bağlayıcı olduğu ilim ve yargı içtihatlarıyla kabul edilmiştir(...). Taraflar arasında akdedilen hakem kararlarının, adalet ve nesafet kaidelerine uygun olmamasının bir bozma sebebi olacağını mukavele etmişlerse bu esaslara aykırı hakem kararının mukaveleye dayanılarak bir bozma sebebi teşkil etmesi gerekir.(...) Taraflar temyiz sebeplerinin genişletilmesi hakkındaki mukavelenin geçerli olmasına karşılık, bu sebeplerin azaltılması ve daraltılması hakkındaki mukavelelerin geçerli olamayacağı kanısındayız" tarafların, hakem sözleşmesi veya şartına özel kuralları getirmek suretiyle temyiz nedenlerini genişletebileceğini kabul etmiştir.

"Kanun Yolları ve Tahkim" adlı eserinde¹⁹⁷ Üstündağ ise " *Tarafların hakemleri maddi hukuk ile bağladıkları hallerde, buna hakemlerin uyması yerinde olur. Zira, maddi hukuka aykırılık hakem kararları için bir temyiz sebebi değilse de, tarafların maddi hukuka bağlı tutma hususundaki anlaşmasına rağmen, buna aykırı hareket eden hakemlerin kararları, HUMK. m. 533/3 uyarınca nakzedilmelidir*" demektedir.

Ansay¹⁹⁸ ve Dayınlarlı'da¹⁹⁹ hakem kararlarının bozma nedenlerinin genişletilebileceği görüşündedirler.

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

¹⁹⁷ Saim Üstündağ, **Kanun Yolları ve Tahkim**, 2. Bası, İstanbul 1973, s.122

¹⁹⁸ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, Ankara 1960 s. 419

¹⁹⁹ Kemal Dayınlarlı, **Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri**, Prof. Dr. Erast E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 798 vd

Öğretideki baskın görüşün aksini savunan Koral²⁰⁰ ise, Usul Yasamızın 533. maddesindeki düzenlemenin, hakem kararlarının denetlenmesini kolaylaştırmak ve sadeleştirmek amacıyla yapıldığını açıklamıştır.

Postacıoğlu²⁰¹ ise, konuya değişik bir açıdan yaklaşmış ve Usul Yasamızın 533. maddesinin duraksamaya neden olacak bir hüküm taşımadığı ve maddi hukuk kurallarına uyulmaması halinin temyiz edilebilmesi için yasa değişikliğine gerek bulunduğunu öne sürmüştür.

Yargıtay bundan sonraki kararları İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun konu ile ilgili kararına uygun kararlar vermiştir²⁰².

Doktrinde 533/3. maddede düzenlenmiş olan temyiz nedeniyle ilgili olarak yapılan ve konumuzla doğrudan ilgili olan tartışılacak diğer meseleler şunlardır: Bilindiği üzere HMUK 519. madde uyarınca hakemlerin, yetkilerine ilişkin bir itirazın kendilerine yapılmasından sonra konuyu mahkemelere tevdi etmesi ve mahkemelerin bu konudaki kararını bekletici sorun yapması gerekir. Bununla beraber kanun yollarına başvurmada da dürüstlük kuralına uyulması gerekir²⁰³. Mesele bu açıdan incelendiğinde tahkim yargılaması sırasında hakemlerin yetkisine itiraz hiç yapılmamışsa da (çünkü yapılırsa 519. madde uyarınca hakemlerin meseleyi mahkemeye tevdi etmesi gerekirdi) 533/3 maddesi uyarınca hakem yetkisinin bir temyiz nedeni olarak kullanılması mümkün müdür? Kanaatimizce bu sorunun cevabı bazı haller açısından olumsuz olmalıdır. Çünkü aksi halde tahkim yargılamasında hakem yetkisine karşı çıkmayan ancak yargılamanın sonunda davayı kaybeden tarafın kötü niyetli başvurularına imkân tanınmış olunacaktır. Ancak bu yönde yapılacak kesin bir kabul 533. maddenin uygulamasını oldukça daraltacağı gibi, dürüstlük

²⁰⁰ Koral, **İç Hukukumuzda Tahkim**, s.1038 vd

²⁰¹ Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, s. 807

²⁰²Yarg 15. HD, E. 1997/1934, K. 1997/2941, T. 5.6.1997 “Uyuşmazlığın hakemlerce maddi hukuk kuralları uygulanarak çözümleneceğini öngören kaydın varlığı halinde, buna aykırı karar verilmesi bir temyiz nedenidir. Ayrıca hakemlerce verilen kararda yargılama giderlerinin gösterilmesi ve bunun re'sen dikkate alınması gerekir. Hakemlere verilecek ücretin kararlaştırılmadığı, fakat toplantı tutanağındaki giderlerle hüküm fıkrasındaki miktarın farklı olduğu görüldüğünden, eğer bu fark hakem ücretiyse hakemlerin ücreti kendilerinin belirlediği sonucuna varılabilir ki; imkan yoktur.”

²⁰³ Ramazan Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, S Yayınları, s.97

kuralına aykırı hareket etmeksizin yetkiyi temyizde gündeme getiren taraf açısından da hak kaybı yaratacaktır. Bu nedenle somut olayın şartlarının değerlendirilerek yorum yapılması yerinde olacaktır.

Akla gelen bir diğer soru, 519. madde anlamında mahkemenin hakemlerin yetkisinin mevcudiyeti hususunda karar vermiş olması ve buna dayanılarak yargılamanın devam etmesi halinde de hakem yetkisi bir temyiz nedeni olacak mıdır? Kanaatimizce burada hakemlerin değil mahkemenin vermiş olduğu bir karar söz konusu olduğundan hakem kararının bu nedenle temyizi söz konusu olamayacaktır. Bu noktada hakem kararının yetkiye ilişkin temyiz edilebilmesinin tek nedeni hakemlerin yetkilerini aşması olabilir. Ancak yetkili mahkemenin 519. madde kapsamında verdiği hakem yetkisine ilişkin kararın bir üst makam olan Yargıtay'da temyizi söz konusu olabilecektir.

Bu konuda yöneltilebilecek son soru da yetki itirazı yapılmış olmasına rağmen 519. maddeyi uygulamayarak bu itirazın reddi hakkında hakemlerin karar vermiş olması ve hakemlerin bu konuda vermiş oldukları kararın doğru olması halinde bu bir bozma nedeni oluşturacak mıdır? Yargıtay'ın konu ile ilgili vermiş olduğu bir kararında²⁰⁴, hakemlerin 519. maddeyi uygulamadan yani yetki itirazında bulunan davalıya mahkemelerde dava açması için süre vermeden itirazı reddedip yargılama yapmış olması ve yetkiye ilişkin itirazının doğru olması halinde bununun 533/3. madde anlamında bir bozma nedeni sayılamayacağına karar verilmiştir.

Hakem kararının 533/3 uyarınca bozulması halinde, hakem heyetinin yeniden teşkil etmesi gerekir. Yeni heyete karar vermesi için 6 aylık süre verilir.

Bununla birlikte Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar uyarınca²⁰⁵, hakem kararı 533/3 uyarınca bozulmuş olsa bile, bozma nedeni tahkim sözleşmesinin geçersizliğine dayanıyorsa, hakem heyetinin yeniden seçilmesi ve yeni bir tahkim müddeti tayin olması söz konusu olamaz. Çünkü geçersiz tahkim şartına istinaden hakem heyetinin

²⁰⁴ Yarg 9. HD. 9.1.1968, 11738/86, Kuru, Usul VI. S.5990, aynı yönde İlter Erdemir, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, İstanbul 1986, 2. baskı, Ankara 1998 s. 1951

²⁰⁵ Yarg 15.HD 14.6.1983, 1983/1350-1697

yaptığı tüm işlemler batıl olup, uyuşmazlığın yetkili ve görevli mahkemece çözülmesi gerekir²⁰⁶.

Hakem kararının bozulmasından sonra, bozmadan sonra yeni tayin olunan hakemler bozma sebepleri ile sınırlı olarak karar vereceklerdir. Yeni hakem heyeti bozma kapsamı dışına çıkamayacaktır.

c. Tenfiz Aşamasında İncelenmesi

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfiz usulü 27/11/2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun'un (MÖHUK) 60 ila 63. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Bununla beraber Türkiye aynı konuları düzenleyen milletlerarası tahkim sözleşmelerine de taraf olmuştur. Bu nedenle, bir konu, hem kanunlarımızın, hem de taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmelerin kapsamına girdiği takdirde hangi kuralların uygulanacağına tespiti gerekir²⁰⁷.

Milletlerarası sözleşmelerin Türk hukukunda nasıl uygulanacağına ilişkin temel prensip, Anayasa'nın 90. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."²⁰⁸

Bu düzenleme doğrultusunda Türkiye'nin taraf olduğu Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 1958 tarihli New York Sözleşmesi, milletlerarası tahkim veya hakem kararlarının tenfizini düzenlediği için, özel düzenleme olarak öncelikle uygulanacaktır²⁰⁹.

²⁰⁶ Dayınlarlı, **İç Tahkim**, s.127

²⁰⁷ Ergin Nomer/ Cemal Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, 17. Bası, Beta Yayınevi, 2009 İstanbul, s. 475

²⁰⁸ Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1994,s. 114

²⁰⁹ 1982 tarihli MÖHUK döneminde, Türkiye'nin New York Konvansiyonuna 1982 yılından sonra taraf olduğu dikkate alınarak zaman bakımından daha yeni bir düzenleme olması sebebiyle de lex posterior sıfatıyla da öncelikle uygulama alanı bulacağı düşünülürken 2007 tarihinde yürürlüğe giren yeni MÖHUK karşısında böyle bir düşüncüyü sürdürmenin artık mümkün olmadığı söylenebilecektir.

Kaldı ki, MÖHUK md.1 fıkra 2 hükmünde “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.” denilmekle aynı konuda bir milletlerarası sözleşme bulunması halinde söz konusu milletlerarası sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanacağı ifade edilmektedir.

Bu durumda yabancı bir hakem kararı New York Sözleşmesinin kapsamına giriyorsa artık MÖHUK hükümlerine göre değil, New York Sözleşmesi hükümlerine göre tenfiz edilecektir²¹⁰. Bu nedenle sadece New York Sözleşmesi'nin kapsamı dışında kalan hakem kararlarının MÖHUK hükümlerine göre tenfizi istenebilecektir²¹¹.

MÖHUK'un 62. maddesinde belirtilen ve yabancı hakem kararının tenfizi için engel oluşturabilecek sebepler şunlardır:

- Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış olması,
- Hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olması,
- Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün olmaması,
- Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş olması,
- Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış olması,
- Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz olması,
- Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı olması,

Ancak 5781 sayılı yeni MÖHUK kapsamında eski düzenlemeden çok da ayrılmamış olduğu gerçeği de göz önünde bulundurarak halen bu prensibin geçerli olduğu da savunulabilecektir.

²¹⁰ Aysel Çelikel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, Beta Yayınevi, 2000, İstanbul s. 420

²¹¹ Nomer/ Ekşi/ Öztekin, **Milletlerarası Tahkim**, s. 115

- Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor olması,
- Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş olması

Maddenin a fıkrasında düzenlenen “Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış olması” olduğuna ilişkin itirazın ileri sürülerek tenfiz talebinin reddine karar verilmesinin istenmesi halinde hakem yetkisinin tenfiz aşamasında incelenmesi gündeme gelecektir²¹². Aynı şekilde maddenin g fıkrasında belirtilmiş olduğu üzere “Hakem kararının, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin olduğu veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor olduğuna” ilişkin itirazın ileri sürülerek tenfiz talebinin reddine karar verilmesinin istenmesi halinde yine hakem yetkisinin tenfiz aşamasında incelenmesi gündeme gelecektir²¹³.

Benzer bir düzenleme New York Sözleşmesinin V. Maddesinin 1. fıkrasının a ve c bendinde de bulunmaktadır. NY Konvansiyonu’nun V. maddesi uyarınca:

1. Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafların talebi sebkmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz;

a. II maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tabiki gereken kanuna göre ehliyyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tâbi kılındığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise;

²¹² Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008, Ankara, s. 755

²¹³ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, s.280

b. Aleyhine hakem hükmü dermeyan olunan taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame temek imkanını elde edememiş bulunur ise, veya

c. Hakem kararı hakem mukavelesinde veya hakem şartında derpiş edilmeyen bir ihtilafa müteallik olur yahut hakem mukavelesi veya hakem şartının şümülünü aşan hükümleri muhtevi bulunursa; bununla beraber hakem kararının hakemliğe tâbi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerden tefrik edilebilecek durumda ise bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir, yahut

d. Hakem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine ve mukavelede sarahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu hükümlerine uygun değilse; yahut

e. Hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye olmamış olur veya, bunun, verildiği memleket kanunu yahut tâbi olduğu kanun bakımından salahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa.

Hakem kararının tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyetli makamı tarafından aşağıdaki hallerin mevcudiyeti müşahede edilecek olursa, tanıma ve icra talebi kezailik reddolunabilir.

a. Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre ihtilâf mevzuunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması; veya

b. Hakem kararının tanıma ve icrasının mezkur memleketin amme intizamı kaidelerine reddolunabilir.

Buna göre hakemler sadece tarafların tahkim anlaşması yaptığı halde ve bu konuda yetkili olup, yine hakemlik görevlerini tarafların tahkim anlaşmasında belirledikleri usulde ve sınırlar içerisinde yerine getirmek durumundadır. Aksine

hareket hakemlerin yetkilerini aşma anlamına gelecek ve tenfiz engeli oluşturacaktır²¹⁴.

Hakemlerin yetkilerini aşmaları kavramı altında, sözleşmede yetkilendirilmiş oldukları sınırları aşarak karar vermiş olmalarını anlamak gerekir²¹⁵.

Kendi yetkileri hakkında müspet bir karar vermiş ve yapılan itirazların incelenmesi sonucunda uyuşmazlığın yetkileri kapsamına girmiş olduğuna karar vererek esas hakkında bir hüküm kuran hakemlerin bu yetkisi tenfiz aşamasında bir tenfiz engeli olarak ileri sürülebilmekte ve mahkemelerden bu doğrultuda bir inceleme yapması talep edilebilmektedir²¹⁶.

Mahkemelerin yapmış oldukları inceleme sonucunda, hakemlerin hüküm kurdukları uyuşmazlık konusunda hakemlerin bu konuda vermiş oldukları kararın aksine, yetkilerini aştıkları sonucuna varılırsa bu hakem kararı tenfiz edilemeyecek ve uygulanma kabiliyeti bulunmayacaktır. Uluslararası anlaşmalarda, aşağıda inceleneceği üzere bazı modern milli hukuklarda ve Türk hukukunda mahkemelere hakem yetkisinin tenfiz aşamasında incelenmesi hakkının verilmesiyle gözetilen menfaat şudur: Tenfiz edilmesiyle uygulanma kabiliyeti bulunacak hakem kararında, kararı veren mercii olan hakemler yetkilerini tahkim sözleşmesinden almaktadırlar. MTK kapsamına giren tahkim açısından 7/H maddesi uyarınca hakemlere yargılama sırasında yetkileri hakkında karar verme imkanı tanınmasının, masraf ve zaman kaybı açısından ve aynı zamanda kötü niyetli itirazları bertaraf etme açısından faydalı olduğu muhakkaktır. Ancak iç hukukta söz konusu karar uygulanabilir hale gelmeden evvel, yargılama yetkilerinden hakemler lehine vazgeçmiş olan mahkemelere, hakemlerin yetkisinin kaynağını tarafların bu konudaki itirazlarıyla inceleme hakkı tanınmıştır.

Öncelikle MÖHUK 62/g hükmü (New York Sözleşmesi V/1 c) uyarınca “Hakem kararının, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin

²¹⁴ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, s.326

²¹⁶ Nomer, **Milletlerarası Usul Hukuku**, s. 201

olduğu veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor olduğuna” ilişkin itirazın davalı tarafından ileri sürülerek tenfiz talebinin reddine karar verilmesinin istenmesi halinde tenfiz aşamasında hakem yetkisinin incelenmesi gündeme gelmesi meselesine değinilecektir.

Hakemlerin sözleşme ile yetkilendirildikleri meseleler dışında hüküm kurmaları yetkilerini aşmaları anlamına gelecek ve bir tenfiz engeli oluşturacaktır. Örneğin tarafların sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yolunu öngörmüş olmaları ancak hakemlerin ayrıca haksız fiilden doğan bir sorumluluk hali için de hüküm kurmaları bu kapsama girecektir²¹⁷.

Yargıtay’ın hakemlerin yetkilerini aşmaları ve bu durumun bir tenfiz engeli oluşturması hali ile ilgili pek çok kararları bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 9357/4209 nolu ve 3.6.2002 tarihli kararında şu hükme varmıştır: “*Davacı ile davalı arasında üç adet sözleşmenin bulunduğu çekişme yoktur. 11.3.1998 tarihli sözleşmede uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi kararlaştırılmış olup, 17.4.1998 tarihli sözleşmede anılan sözleşmeye atıf yapıldığından bu sözleşmede de hakem şartının mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, 16.3.1998 tarihli sözleşmede ise hakem şartı mevcut değildir. Bu halde, 16.3.1998 tarihli sözleşmeden doğacak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün değildir. Mahkeme hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında) yabancı hakem kararının tenfiz istemini reddeder.”*

Hakemlerin yetkilerini aşmaları halinde hakem kararının hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin olan veya şartın sınırlarını aşan kısım hakkında tenfizinin reddedilmesi söz konusu olacaktır.

Hakemlerin yetkilerini aşmaları halini düzenleyen NY Sözleşmesinin V.1.c maddesi ve MÖHUK’un 62/g maddesi hakem kararlarının belirli bir milli hukuka tabi olması konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Zaten prensip itibariyle

²¹⁷ Aysel Çelikel/ Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınevi, 2009, İstanbul, s. 662

hakemlerin tarafların tahkim sözleşmesi ile kendilerine vermiş olduğu yetki içinde karar vermiş olup olmadıklarını tesbitte uygulanacak hukuk sorunu ile karşılaşılacaktır. Burada esas alınacak husus, tarafların tahkim sözleşmesi ile hakemlere vermiş oldukları yetkinin kapsamıdır²¹⁸.

MÖHUK md. 62/a'da öngörülen "tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış olması" hali hakimin tenfizi red sebeplerindedir.

Yapılan tahkim sözleşmesinin geçersiz olması veya hiç yapılmamış ve esas sözleşmede de öngörülmemiş olması halinde hakim tenfiz talebini reddetmek zorundadır.

Bu durumun hiç kimsenin rızası hilafına, tabi olduğu devlet mahkemelerinden başka bir makam veya merci önüne çıkarılamayacağı şeklindeki Anayasa Hukuku ilkesinin (Anayasa md.37) bir gereği olduğu söylenmektedir²¹⁹.

Türk Hukukunda tahkim anlaşmasını akdetmek için vekilin özel yetkiye sahip olması gerekliliğinden (BK md. 388/II) yola çıkılarak özel yetkisi bulunmayan vekilin akdetmiş olduğu tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğünün, temsil olunca, dürüstlük kuralına aykırı olmadığı müddetçe ileri sürülmesi durumu da tahkim anlaşmasının bulunmaması nedeniyle tenfiz talebinin reddedileceği hallerden biri olarak düşünülebilir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus yabancı hakem kararlarının tenfizi usulünde, tenfiz hâkiminin geniş anlamda usul hukuku görüşü açısıyla yetkilendirilmiş olduğunun gözden kaçırılmaması gerekliliğidir. Tenfiz hâkiminin yapılmış anlaşmaları maddi hukuk bakımından yeniden inceleme yetkisi yoktur. Maddi hukuka ait bir ihtilaf hakkında karar veremeyecektir. Mesela maddi hukuka ait bir ihtilaf

²¹⁸ Akıncı, **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, s. 127

²¹⁹ Nomer/ Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 508

niteliğinde olduğundan, bir tahkim anlaşmasının muvazaalı olup olmadığının incelemesini yapma ve kararını verme yetkisi tenfiz hakeminde bulunmamaktadır²²⁰.

Yargıtay 19. HD 09.11.2000 tarih ve 7171/7602 no'lu kararında hakemlerin uygulanacak maddi hukuk kurallarını değil de farklı maddi hukuk kurallarını uyguladığı iddiasının bir tenfiz engeli olabileceğine işaret etmiştir(benzer karar Yargıtay İçtihatı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından HMUK md.533/3 açısından da kurulmuştur, bkz. HMUK md.533/3 açısından temyiz makamında hakem yetkisinin incelenmesi). Her ne kadar Yargıtay kararında hakemlerin uygulanacak hukuku doğru tespit etmeleri nedeniyle hakemlerin yetkisini aşmadığı sonucuna varılsa da hükmün mefhumu muhalifinden hakemlerin uygulanacak hukuku değil, bir başka hukuku uygulamaları hakemlerin yetkisini aşması olarak nitelendirilmektedir. Söz konusu Yargıtay kararındaki ilgili bölüm şu şekildedir:

“Davalı, davanın esasına sözleşmenin bir parçası olan şartnameye göre İsviçre Hukuku uygulanması gerekirken İngiliz Hukuku uygulanarak hakemlerin yetkilerini aştığını savunmuştur. Tarafların sözleşmeden doğan uyumsuzluklara uygulanacak maddi hukuku önceden saptamaları mümkündür. Ancak taraflar arasındaki sözleşmelerde uyumsuzluk halinde hangi maddi hukukunun uygulanacağı hususunda açıklık yoktur. Hakem Heyeti İngiliz ve İsviçre Hukukundan hangisinin uygulanacağı konusunda uzmanların görüşünü de değerlendirerek bir sonuca gitmiştir. Bu nedenle hakemlerin yetkilerini aşarak karar verdiği kabul edilemez.”

Kanaatimizce hakemlerin maddi hukuka uygun karar vermemeleri *revision au fond* yasağı kapsamında dikkatlice tahlil edilmesi gereken bir durumdur. Gerçekten de yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde olduğu gibi, yabancı hakem kararlarının tenfizinde de kararın maddi içerik yönünden doğruluğu inceleme konusu yapılamaz. Bu prensibin istisnası yabancı hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olması halinde söz konusu olabilecektir²²¹.

²²⁰ A.g.e. s.509

²²¹ A.g.e. s.508

Revision au fond yasağının açılımı doktrinde farklı tanımlarla ifade edilmekteyse de gerek doktrin, gerek Yargıtay'ın açık bir şekilde vurguladığı üzere tenfiz aşamasında kararın esas bakımından doğruluğunun incelenmesi mümkün olmayacaktır²²².

Doktrinde Çelikel²²³, hakimin tenfiz kararını verirken yabancı karara uygulanan hukukun doğru seçildiğini, doğru uygulandığını, delillerin doğru takdir edildiğini dolayısıyla kararın esas yönünde doğruluğunu incelemesini öngören *revision au fond* sistemi Türk Hukukunda kabul edilmediğini belirtmektedir. Tenfiz kararını verirken hakimin yapacağı iş, kararın kanunda yazılı şartları yerine getirip getirmediğini tespit etmektir. Tanıma ve tenfiz şartlarına ilaven hakimin takdirini kullanması mümkün değildir.

Şanlı²²⁴, esas konusunda yapılan hukuki tavsif ve vakıaları değerlendirme biçimine;netice itibariyle yapılan yargılama sonucunda ulaşılan adli hakikate itibar edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Gökyayla²²⁵, hakimin tenfiz şartları dışında ilamın muhtevasını incelemede bulunma imkanının olmayacağından bahsetmiştir.

Akıncı'ya²²⁶ göre uyuşmazlığın esasına uygulanan hukuk konusu, hakemlerin kendilerine verilen yetki çerçevesinde hareket etmeleri bakımından önem taşıyabilir. Zira taraflar sözleşmede hakemlerin hangi hukuku uygulayarak uyuşmazlığı çözeceklerini kararlaştırmışlarsa hakemlerin kendilerine verilen bu yetkinin dışına çıkmamaları gerekir. Aksi halde hakemler yetkilerini aşmış olacaklardır. Bununla

²²²Yarg 19. HD E. 2000/717, K. 2000/7602, T. 9.11.2000 “*Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminata hükmedilmesinin savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle de reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hakem kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (revision au fond/) kapsamında bulunduğundan lenfiz mahkemesine bu iddiayı inceleme yetkisi tanınmamıştır.*”

²²³ Çelikel **Milletlerarası Özel Hukuk** s. 382-383

²²⁴ Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s.181

²²⁵ Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara 2001, s. 75,

²²⁶ Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, s.271

beraber tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde hakemlerin yetkilerini aştığı iddia edilemez.

Kanaatimizce de *revision au fond* yasağı göz önünde bulundurularak, hakemlerin verdikleri hükmün esastan denetlenmesi sonucunu doğurmaksızın, açıkça belirlenmiş hukukun değil de bir başka hukukun uygulanmış olduğu durumunun mevcudiyeti halinde bunun hakemlerin yetkilerini aşmaları durumu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde tartışılan bir diğer konu ise, taraflardan birinin vermiş oldukları dilekçe ile tahkim anlaşmasında belirlenen hususlar dışında bir karar verilmesinin talep edilmiş olması ve karşı tarafın buna itiraz etmemiş olması tahkim anlaşmasının tadil edildiği anlamını taşıyıp taşımadığı noktasındadır.

Akıncı tarafların hakeme verdikleri dava dilekçelerindeki taleplerden ziyade, tahkim anlaşmasındaki kayıtların hakemler için bağlayıcı olacağı söylenmiştir²²⁷. Buna göre dilekçelerde tahkim anlaşmasındaki sınırları aşan talepler tahkim anlaşmasının değiştirildiği anlamına gelmeyebilir. Tahkim anlaşması yapmak veya tahkim anlaşmasını değiştirmek için vekile özel bir yetki verilmesi gerekmektedir²²⁸.

Kanaatimizce de tahkim anlaşmasını değiştirmeye yetkili olmayan tarafından düzenlenmiş olan dilekçede hakem yetkisini aşan kısım için de bir talepte bulunulmasının tahkim anlaşmasını değiştirmeyecektir.

Bu kapsamda tahkim yargılaması sırasında bu duruma itiraz etmeyen tarafın daha sonra tenfiz aşamasında bu duruma itiraz ederek hakemlerin yetkilerini aştığını ve bu sebeple bu kısmın MÖHUK md.62/g hükmü uyarınca tenfiz edilemeyeceğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması olacaktır.

²²⁷ A.g.e. s.273

²²⁸ YHGK., 18.10.2006, 15-609/656 (Yayınlanmamıştır.)

Bu durumda MÖHUK md.62/g hükmünün ancak tahkim yargılaması sırasında, hakemlerin yetkilerini aşan bir karar vermeleri ihtimali doğduğunda (karşı tarafın bunu dilekçesinde talep etmesi gibi) buna itiraz edilmesi ve buna rağmen hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermeleri halinde bir tenfiz engeli oluşturabileceğinin söylenmesi mümkündür. Ancak bu noktada tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması gerekliliği de dikkate alınması icap eden bir husustur.

Tarafların dilekçelerinde böyle bir talep olmaksızın hakemlerin nihai kararında kendilerini yetkili addederek, tahkim anlaşmasının sınırları içinde kalmayan bir husus hakkında hüküm kurmaları halinde, taraflardan daha evvel yetki aşımı itirazının yapılması beklenemeyeceğinden, böyle bir itirazın yapılmamış olması 62/g açısından bir tenfiz engeli oluşturmayacaktır.

MTK hükümlerine göre verilen hakem kararlarının icrası, HUMK'un tahkime ilişkin hükümlerine tabi olmadığı gibi, Türk (milli) hakem kararları oldukları için, 1958 tarihli New York Sözleşmesi hükümlerine de tabi değildir. MTK hükümlerine göre verilen hakem kararı, ya karara karşı iptal davası açmaktan feragat edilmiş veya iptal davası açma süresinin sona ermiş olması halinde ya da iptal davası açılmış ise iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesiyle icra edilebilme gücüne sahip olur. Yetkili mahkemenin vereceği icra edilebilirlik belgesi, hakem kararının icrası için gerekli ve yeterlidir²²⁹.

Bu durumda belirtmek gerekir ki, hakem yetkisinin tenfiz aşamasında incelenmesi ancak tahkim yargılamasının MTK hükümlerine tabi olmadığı yabancı hakem kararları için mümkün olacaktır.

Özetle gerek MÖHUK 67. madde düzenlemesi, gerek NY Sözleşmesi V. Madde düzenlemesi hakemlerin yetkileri konusunun tenfiz aşamasında mahkemelerce incelenmesine imkan tanımıştır. Bu durumun hiç kimsenin rızası hilafına, tabi olduğu devlet mahkemelerinden başka bir makam veya merci önüne çıkarılamayacağı şeklindeki Anayasa Hukuku ilkesinin (Anayasa md.37) bir gereği olduğu söylenmektedir.

²²⁹ Nomer/ Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, s.519

2) Bazı Milli Hukuklarda:

a. İptal ve Temyiz gibi Kanun Yolları Aşamasında İncelenmesi:

i. Almanya

ZPO'nun²³⁰ 1059. maddesi vd hükümlerinde hakem kararlarına karşı kanun yolu olarak iptal davası açma imkânı tanınmıştır. Alman hukuku uyarınca hakem kararlarına karşı temyiz yolu öngörülmemiş ancak kararın İstinaf mahkemesinde iptali hakkında dava açılacağı düzenlenmiştir. 1998 tarihli değişiklikten önce Alman hukuku uyarınca hakem kararlarına karşı iptal davası açılmasında görevli ve yetkili mahkeme ilk derece mahkemesi iken Eyalet yüksek mahkemesi iptal için birinci derecede yetkili olmuştur(ZPO 1062). Eyalet Yüksek Mahkemesi kararlarına karşı kanun yolu ile gidilebilecek makam ise Alman Federal Mahkemesi olarak düzenlenmiştir (ZPO 1065)²³¹.

Yetkili mahkemeyi düzenleyen 1062 hükmü uyarınca hakemlerin yetkiliği olduğunu belirten ara hakem kararlarına karşı incelemenin Eyalet Yüksek Mahkemesince yapılacağı düzenlenmiştir.

Hakem kararlarına karşı kanun yollarını düzenleyen ZPO 1059. madde hükmü uyarınca taraflarca ileri sürülmesi halinde dikkate alınan ve mahkemelerce re'sen dikkate alınan olmak üzere iptal sebepleri 2'ye bölünerek incelenmiştir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği ve hakemlerin yetkilerinin kapsamı dışında karar vermeleri taraflarca ileri sürülecek iptal nedenleri olarak düzenlenmiştir²³².

²³⁰ <http://www.dis-arb.de/materialien/schiedsverfahrensrecht98-e.html>

²³¹ İbrahim Özbay, **Hakem Kararlarının Temyizi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.91

²³² Rützel/ Wegen/ Wilske, **Commercial Dispute Resolution in Germany**, s. 150

ii.İsviçre

LDIP'nin yürürlüğe girmesinden evvel hem milletlerarası tahkim hem de iç tahkimi düzenleyen Konkordat, İsviçre hukukunda bugün sadece iç tahkim açısından düzenlemeler içermektedir. Ancak LDIP uyarınca hakem yargılaması devam ederken milli mahkemelerin katılımının öngörüldüğü hallerde Konkordat uygulama alanı bulacaktır²³³.

İsviçre'de kantonlar düzeyinde iç tahkim bakımından hakem kararlarına karşı kanun yolları Konkordat md. 36- 40 iptal davası ve 41-43'de düzenlenmiş olan yargılamanın yenilenmesi yolu olarak öngörülmüştür²³⁴. Doktrinde Konkordat md. 36- 40 arasında düzenlenmiş olan iptal yolunun HMUK 533. maddede düzenlenmiş temyiz hükmüne karşılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir²³⁵.

Konkordat uyarınca hakemlerin yetkisine ilişkin ön görülmüş olan iptal nedenleri; hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili ya da yetkisizliğine ilişkin kararları ve hakemlerin yetkilerini aşarak, kapsam dışı konularda karar vermesi olarak düzenlenmiştir. Konkordat uyarınca yetkili devlet mahkemesi bu konuda hakemlerin yetkiye ilişkin kararlarını denetleme yetkisine sahiptir.

Milletlerarası tahkimde ise hakemlerin yargı yetkileri hakkında vermiş olduğu her iki yöndeki kararın da mahkemece, iptal davası yoluyla, denetlenmesi mümkündür (LDIP m.190). LDIP'nin 190. maddesi uyarınca hakem yetkisi açısından iptal nedeni oluşturabilecek nedenler Konkordat ile paraleldir. Buna göre hakemlerin hukuka aykırı olarak yetkili ya da yetkisizliğine ilişkin kararları ve hakemlerin yetkilerini aşarak, kapsam dışı konularda karar vermesi halleri iptal nedeni olarak sayılmıştır.

²³³ Özbay, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s.94

²³⁴ A.g.e s.94

²³⁵ Koral, **Kanun Yolları Sistemimiz**, s. 568

iii.Fransa

NCPC uyarınca Fransız hukukunda iç tahkim bakımından hakem kararlarına karşı başvurulabilecek üç farklı kanun yolu öngörülmüştür. Bunlar hakem kararlarının iptali yolu (NCPC md. 1482-1485); istinaf yolu (NCPC md. 1486-1490) ve yargılanmanın yenilenmesi yoludur (NCPC md. 1498-1490).

Fransa'da iç tahkim açısından 1487. maddede sayılmış olan iptal nedenlerinden hakem yetkisiyle ilgili olanlar, tahkim anlaşması olmaksızın ya da geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanılarak karar verilmiş olması, hakemleri yargılama yetkilerini teyit etmeksizin yargılama yapmış olmalarıdır.

Fransa'da milletlerarası tahkim anlamında hakem kararlarına karşı başvurulabilecek tek yol ise iptal yoludur (NCPC md.1501 vd). 1502. maddede sayılan iptal nedenleri uyarınca hakem yetkisiyle ilgili olanlar, iç tahkimle ilgili 1487. maddeyle paralel gösterir niteliktedir. Bu nedenler tahkim anlaşması olmaksızın ya da geçersiz bir tahkim anlaşmasına dayanılarak karar verilmiş olması, hakemleri yargılama yetkilerini teyit etmeksizin yargılama yapmış olmalarıdır.

iv.İngiltere

İngiliz hukukunda hakem kararlarına karşı, itiraz ve temyiz olmak üzere iki başvuru yolu öngörülmüştür²³⁶.

Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları kararın itiraz yoluyla mahkemelerce denetlenmesi mümkündür. İngiliz Tahkim Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca tahkim yargılamasının taraflarından biri, diğer tarafa ve hakem heyetine ihbarda bulunmak şartıyla, hakemlerin yetkisi hakkında vermiş oldukları karara mahkemelere başvurarak itiraz edebilir. Bu başvuru hakemlerin yetki hakkında verdikleri karara itiraz şeklinde olabileceği gibi

²³⁶ İbrahim Özbay, **Hakem Kararlarının Temyizi**, s.106

hakemlerin esasa ilişkin vermiş oldukları kararın hakemlerin yetkisiz olması gerekçesiyle iptali hakkında olabilir. Hakemlerin yetkili olduklarına dair vermiş oldukları karara İngiliz mahkemelerinde itiraz edilmesi halinde mahkemelerce yapılacak inceleme sırasında 67. maddenin 2. fıkrası uyarınca hakem mahkemesinin tahkim yargılamasına devam etmesi mümkündür. Hakemlerin yetkisi hakkında vermiş oldukları karar mahkemelerce denetlenirken ve ancak bu denetim derdest iken, hakem mahkemesinin yetki konusunda yeni bir karar vermesi de mümkündür. 67. maddenin 3. fıkrası uyarınca mahkemelerin hakemlerin yetkisi hakkında vermiş oldukları karar hakkında incelemesini ve yargılamasını tamamlamasının ardından hakemlerin kararını onama ya da bu karardan farklı bir karar verme olanağı bulunmaktadır.

Hakemlerin yetkiye ilişkin verdikleri nihai kararında 67. madde kapsamında itiraz yoluyla mahkeme denetimine tabi tutulması mümkündür.

v.ABD

Federal Tahkim Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca hakem kararlarına karşı başvurulacak kanun yolu olarak iptal yolu düzenlenmiştir. Federal Tahkim Kanunu'nun 11. maddesinin b bendi hakemlerin yetkisi dışında konularda karar verilmiş olmasını bir temyiz nedeni olarak öngörmektedir. Mahkemeler hakemlerin yetkisi hakkında inceleme yaptıktan sonra hakem kararının hakemlerce tavzihine, hakem kararının bizzat mahkemece tavzihine veya tasdikine ve nihayet hakem kararının iptaline karar verebilecektir.

b. Tenfiz Aşamasında İncelenmesi:

i. Almanya

Yabancı hakem kararlarının tenfizi ZPO'nun 1061 ila 1065 maddeleri arasında düzenlenmiştir. ZPO'nun 1061(1) maddesi uyarınca hakem kararlarının tenfizi NY Konvansiyonu uyarınca yapılacaktır²³⁷. NY Konvansiyonu'nun VII.maddesi uyarınca ZPO'nun tenfiz açısından daha az sıkı olan hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple yabancı hakem kararlarının tenfizinde ZPO ve NY Konvansiyonu hükümlerinin beraber uygulandığı söylenebilecektir²³⁸. Bu sebeple Türk Hukuku'nu incelerken değindiğimiz NY Sözleşmesinin V. Madde hükmüne burada ayrıca değinmeden, yukarıda izahatlarımızı tekrar ettiğimizi belirtmekle yetineceğiz.

Tenfiz talebinin reddedilmesi nedenleri ZPO'nun 1059. maddesinde düzenlenmiştir. 1059. maddenin 1. bendinde tahkim sözleşmesinin uygulanan hukuk, tarafların tabi kıldığı hukuk ya da kararın verildiği yer hukuku uyarınca geçersiz olması bir tenfiz sebebi olarak sayılmıştır²³⁹. Belirtmek gerekir ki tahkim anlaşmasının sayılan birden fazla hukuk uyarınca geçerli olmadığının belirlenmesi tenfiz engeli oluşturmaktadır. Bu açıdan hakemlerin yetkisinin kaynağı olan tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflardan birinin talebi/itirazı uyarınca araştırılmasıyla hakemlerin yetkiye ilişkin verdikleri kararın tenfiz aşamasında mahkemelerce incelendiği görülebilecektir.

Hakemlerin yetkisine ilişkin bir diğer tenfiz red nedeni de 1059. maddenin 3. bendi uyarınca hakemlerin yetkilerini aşması, tahkim anlaşmasıyla tahkime tabi kılınmamış bir konu hakkında karar vermesidir. Bu açıdan da hakemlerin yetkili olduğu yönünde verdiği kararın (hakem yetkisi tahkim yargılaması sırasında hiç gündeme gelmemiş olsa bile hakemlerin bu konuda karar vermeleriyle zımnen yetkili

²³⁷ Emmanuel Gaillard/ Domenico Di Petre, **Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards**, Cameron May, 2008 s. 437

²³⁸ Wiessen/ Bartels, **Arbitration in Germany**, s. 337

²³⁹ Rützel/ Wegen/ Wilske, **Commercial Dispute Resolution in Germany**, s. 157

olduklarına karar verdiklerinden bahsedilebilir) mahkemelerce denetlenmesi söz konusu olacaktır.

Tenfiz talebinin reddedilmesi halinde bu yöndeki mahkeme kararının ZPO'nun 1065. maddesi uyarınca temyizi mümkündür. Bu durumda hakemlerin yetkisi ve bunun hakkında verilmiş mahkeme kararının yüksek mahkemece tekrar incelenmesi söz konusu olabilecektir.

ii.İsviçre

İsviçre hukukunda hakem kararlarının tenfiziyle ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. LDIP'nin 194. maddesi hakem kararlarının tenfizi için NY Konvansiyonu hükümlerine açıkça atıf yapmaktadır²⁴⁰. Bu açıdan NY Konvansiyonu V. Maddesinde düzenlenmiş olan hakem yetkisine ilişkin tenfiz red sebepleri açısından, hakem yetkisinin İsviçre hukuku uyarınca da tenfiz aşamasında da incelendiğini söylemek yeterli olacaktır²⁴¹.

iii.Fransa

Fransız hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfizi NCPC'nin 1500 vd. maddelerinde düzenlenmektedir²⁴². Tenfiz red sebepleri 1502. madde'de düzenlenmektedir. Madde düzenlemesi uyarınca tahkim anlaşmasının geçersiz ya da süresinin dolmuş olduğu (1502/1) ve hakemlerin yetkilerini teyit etmeden karar vermiş olmaları tenfiz red sebebi olarak sayılmıştır.

NCPC'nin 1501. maddesi uyarınca mahkemelerce verilmiş tenfiz ya da tenfiz talebinin reddi kararlarına karşı temyiz yolu açıktır. Bu düzenleme ile hakem yetkisi hakkında itirazın bir kez daha mahkemelerce denetlenmesinin mümkün olabilmesi söz konusudur.

²⁴⁰ Andreas Bucher/ Pierre-Yves Tshanz, **International Arbitration in Switzerland** s.159

²⁴¹ Gabrielle Kaufmann-Kohler/ Blaise Stucki, **International Arbitration in Switzerland**, A Handbook for Practitioners, Kluwer Law, Schultness, 2004, s. 175

²⁴² Fouchard/Gaillard/Goldman, **International Commercial Arbitration**, s.890 vd

iv. İngiltere

İngiliz hukuku uyarınca hakem kararlarının tenfizinin reddedilme nedenleri İngiliz Tahkim Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenmiştir. İngiliz Tahkim Kanunu'nun 103. maddesi uyarınca:

(1) Bir New York Konvansiyonu kararının tenfizi ancak aşağıdaki hallerde reddedilebilir.

(2) Bir kararın tenfizinin reddedilebilmesi için karşı tarafın aşağıdaki hususlardan birini kanıtlaması gerekmektedir:

(a) tahkim anlaşmasının taraflarından birinin (kendisine uygulanan hukuka göre) ehliyetsiz olması

(b) tarafların tabi kaldıkları hukuka ve yahut böyle bir belirleme yoksa kararın verildiği yer hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçersiz olması

(c) hakem atanması veya tahkim işlemleri konusunda kendisine gerekli ihbarların yapılmamış olması ve yahut davada iddia ve savunma haklarını kullanamamış olması

(d) kararın talep edilmeyen konularda verilmiş olması ve yahut tahkim anlaşması kapsamında verilmemiş olması ya da tahkim anlaşması kapsamı dışında konularda verilmiş olması

(e) hakem heyetinin teşekkülü ya da tahkim prosedürünün taraflar arasındaki anlaşmaya uygun yapılmaması ya da taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa tahkim yeri hukukuna aykırı olması

(f) kararın bağlayıcı hale gelmemesi ya da iptal edilmiş olması

Bu düzenlemeler ışığında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin tenfiz engeli oluşturması hakem yetkisinin tenfiz aşamasında mahkemelerce denetlenmesi sonucunu doğuracaktır.

v.ABD

Amerikan mahkemeleri yabancı hakem kararının tenfizi talebi hakkında uygulanacak red sebeplerinin belirlenmesi açısından farklı uygulamalar geliştirmişlerdir. Bazı mahkeme kararlarında NY Konvansiyonu'nun V. Maddesindeki tenfiz engellerinin uygulandığı görülürken bazı mahkeme kararlarında, mahkemeler Federal Tahkim Kanunu'nun 11. maddesindeki tenfiz engellerini uygulamaktadırlar. Ancak Federal Tahkim Kanunu ve NY Konvansiyonu'nun V. Maddesindeki tenfiz engelleri benzer olmakla beraber aynı değildir²⁴³.

Federal Tahkim Kanunu'nun 11. maddesinde düzenlenmiş tenfiz engelleri şunlardır:

1. *Hakem kararının hile, yolsuzluk veya herhangi gayrimeşru bir yolla verilmiş olması*
2. *Hakemlerde açıkça taraflılık ya da yolsuzluğa karışmış olması*
3. *Hakemlerin haklı sebepler gösterilmesine rağmen duruşmanın ertelenmesi talebini reddetmeleri; delil ibrazını reddetmeleri gibi nedenlerle hukuka aykırı davranmış olmaları ve yahut benzer nedenlerle taraflardan birinin haklarına helal getirilmiş olması*
4. *Hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermeleri ya da talep dışı karar vermeleri.*

Federal Tahkim Kanunu'nun 11. maddesinin 4. bendinde düzenlendiği üzere hakemlerin kendilerini yetkili sayarak hakkında karar verdikleri bir husus ile ilgili mahkemelerce denetim yapılarak hakemlerin yetki hakkında verdikleri kararın doğru olmadığı hükmü verilebilir. Mahkemeler taraflar arasındaki tahkim anlaşması uyarınca yargılama yetkilerini hakemler lehine bırakmış olmalarına rağmen tenfiz aşamasında hakemlerin yetkisinin sınırlarını belirleyerek, nerede kendi yetkilerinin başladığı dolayısıyla hakemlerin yetkilerinin nerede bittiğini araştırabilmektedirler.

²⁴³ Drahozal, **International Arbitration Law in the United States**, s. 81

C. Değerlendirme

Hakem yetkisinin mahkemelerce tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında incelenmesi meselesi ve bu incelemenin derinliği, tahkime uygulanacak hukukta ve başvuru millî mahkeme ülkesindeki düzenlemelerde *competence-competence* prensibinin kabul edilmiş olup olmaması ile doğrudan ilgilidir. Günümüzde hakem yetkisinin, hakem yargılaması öncesinde veya sırasında mahkemelerce incelenmesi yönündeki eğilim terk edilmiştir. İncelendiği üzere *competence-competence* prensibinin kabul edildiği düzenlemeler uyarınca, taraflar arasında mevcut bulunan geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına rağmen taraflardan birinin tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında millî mahkemelere başvurması halinde mahkemelerin yapacağı inceleme ancak taraflar arasında hakemleri yetkilendiren bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı şeklinde bir ön inceleme ölçüsünde ve derinliğinde olacaktır. Bahsedildiği üzere bazı millî hukuklarda ise tahkim anlaşmasının ayrıca geçerliliği, uygulanabilirliği gibi şartlarda incelenecek, bundan sonra meselenin çözümü, hakemlerin yetkisi hakkında itirazların çözümü de dâhil olmak üzere hakemlere tevdi edilecektir.

Tahkim yargılaması öncesinde ve sırasında mahkemelerin müdahalesinin bu denli sınırlı olması tarafların söz konusu uyuşmazlığın çözümü konusunda hakemleri yetkilendirmiş olmasının ve *competence-competence* prensibinin doğal bir sonucudur. Aksi yönde bir uygulama hem taraflar arasındaki anlaşmayı etkisiz kılacak hem de *competence-competence* prensibinin işlevselliğini kaybetmesine neden olacaktır.

Competence-competence prensibinin kabul edilmediği düzenlemeler açısından ise hakem yetkisini inceleme konusunda mahkemelerin yetkili olması söz konusudur. Buna göre yetkisinin kaynağını tahkim anlaşmasından alan hakemlerin, yetkisinin kaynağının sorgulandığı tahkim anlaşmasının varlığı hakkında yapılacak bir itirazı inceleme konusunda yetkisi bulunmayacak olduğu söylenmektedir. Bu halde tahkim yargılaması davalı tarafından yapılacak basit bir yetki itirazı ile kesintiye uğrayacak, dosya mahkemelere tevdi edilecek ve mahkemenin yetki hakkında yargılaması

sonuçlanıncaya dek tahkim yargılaması duracaktır. Bu uygulama tahkim yargılamasının efektifleştirilmesi açısından sakıncalar yaratabilecektir.

Modern düzenlemelerde *comptence-comptence* prensibinin kabulü ve mahkemelerin hakemlerin yetkisini tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında incelemesi son derece yüzeysel ve sınırlı olarak düzenlenmişken, hakem yetkisi hakkında son sözü söyleyecek mercii yine mahkemelerdir.

Hakem yetkisinin mahkemelerce tahkim yargılaması sonrasında incelenmesi, taraflar arasında bulunduğu iddia edilen tahkim anlaşması nedeniyle yargılama yetkisinden hakemler lehine feragat etmiş olan mahkemelerin, söz konusu hakem kararı, aynen bir mahkeme kararı gibi icra kabiliyeti kazanmadan önceki bir aşamada, yapılacak bir itiraz üzerine, gerçekten böyle bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı noktasında bir inceleme yapabilmesini ifade etmektedir. Bu açıdan incelendiğinde mahkemelerce bu aşamada yapılacak hakem yetkisi incelemesinin menfaatler dengesine uygun olduğu da söylenebilecektir. Zira hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararın hiçbir denetlemeye tabi tutulmaması bugün için gerçekçi olmayacaktır. Örneğin hakemlerin hakkaniyete aykırı bir şekilde yetkili olmadıkları halde kendilerini yetkili kabul ederek yargılama yapmaları ve karar vermeleri halinde, hiçbir tahkim iradesi bulunmayan davalı açısından bu kararın bağlayıcı olması temel haklara aykırı olacaktır. Aynı şekilde hakemlerin yanlış olarak yetkisiz olduklarına karar vermeleri ve yargılamayı sonlandırmaları halinde bu kararın denetlenemeyecek olması davacı açısından bir hak kaybı oluşturacaktır. Bu sebeple hakemlerin yetkileri hakkında vermiş oldukları kararlar bugün tüm hukuk sistemlerince denetlenmektedir. Bu denetim bahsedildiği üzere tenfiz, iptal ve bazı hukuk düzenlemeleri uyarınca temyiz aşamalarında mümkün olabilmektedir. Türk hukuku açısından iptal davası hakkından feragat edebilen tarafların bu feragatinin hakemlerin kendi yetkileri hakkında verdikleri kararlar açısından da geçerli olup olmayacağı da ayrı bir soru oluşturabilecektir. Zira tarafların iptal davası hakkından feragat ederken hakemlerin esasa ilişkin verecekleri kararların gecikmeksizin icra edilebilir olmasını amaçlamış olmaları durumunda, bu feragatin hakemlerin yetkiye ilişkin kararları açısından da uygulanması hedeflenenin dışında bir sonuç doğmasına

neden olacaktır. Ancak kanunun lafzı dikkate alındığında iptal davası hakkında feragati bazı iptal sebepleriyle sınırlamayıp, tamamen iptal davası hakkında feragat eden taraflar açısından hakemlerin yetkiye ilişkin kararlarına karşı iptal yoluna başvurmalarının mümkün olmayacağını düşünmekteyiz.

SONUÇ

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın devlet yargılamasına alternatif olarak tahkim yoluyla çözümlenmesi ancak taraflar arasında bu hususta gereği gibi bir anlaşmanın yapılmasıyla mümkündür. Hakemler yargılama yetkilerini tarafların tahkim iradesinden ve tahkim anlaşmasından almaktadırlar. Uyuşmazlığın çözümlenmesi hususundaki yargılama yetkisini mahkemelerden alarak hakemlere sağlayan tahkim anlaşması ve sonucunda oluşan hakem yetkisi, tarafların hak ve menfaatlerini güvence altına almak ve uyuşmazlığın çözümünün tarafların iradeleri doğrultusunda gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla tahkim yargılamasının farklı aşamalarında farklı mercilerce farklı menfaatler gözetilerek incelenmektedir.

Kurumsal tahkimlerde, tacirler açısından uyuşmazlığın tahkimle çözümü mümkün kılan tahkim kurumları yargılamanın başında, kendilerine müracaat edildiğinde, kurum kuralları ve nezdinde hakem yargılamasını mümkün kılan tahkim iradesinin bulunma ihtimalini ön incelemeye tabi tutmaktadırlar. Tahkim kurumlarınca yapılan ön inceleme taraflar açısından masraf ve zaman kaybını önleyeceği gibi kurum prestiji açısından da faydaları olan bir uygulamadır. Ön inceleme uygulamasının tek dezavantajı idari bir mercii tarafından hakem yetkisi gibi önemli bir konunun denetlenmesinin yaratabileceği risklerdir. Ancak uygulamada tahkim kurumlarınca tahkim anlaşmasının bulunma ihtimalinin dahi ön incelemenin müspet sonuçlanmasına yetecek nitelikte kabul edilmesi ve meselenin hakemlere tevdi edilmesi bu riskleri minimuma indirmektedir.

Çalışmamızda uygulama yaygın olarak tercih edilen MTO, LCIA, AAA, ICSID, ITO gibi kurumların düzenlemelerindeki ön incelemeye ilişkin uygulama ve kurallar incelenmeye çalışmıştır. Bu kurumların düzenleme ve uygulamalarının birbirine yakın ve pratiğe uygun olduğunu söylemekte fayda vardır. Ancak ITO'nun kuralları incelendiğinde diğer kurallardan farklı ve uygulamaya uygun olmayan bazı kayıtların da mevcut olduğunu görüldüğünü söylemekte fayda vardır. Özellikle

kuralların 2. maddesinde belirtildiği üzere, “*Bu hizmetten yararlanmak için, taraflardan hiç olmazsa birinin İstanbul Ticaret Odası veya İstanbul Sanayi Odası yahut İstanbul Ticaret Borsası veyahut İstanbul ve Marmara Bölgesi Deniz Ticaret Odası üyesi olması şarttır.*” koşulu genellikle uygulanan kurallardan farklılık gösteren, pratiğe uygun olmayan bir yaklaşımı sergilemektedir.

Tahkim yargılaması sırasında oluşacak bir yetki itirazı veya yetki problemi hakkında inceleme yapma yetkisi bugün bir çok modern düzenleme uyarınca hakem mahkemesine tanınmıştır. Bu düzenlemeler tarafların tahkime başvurmada gözettikleri menfaat olan yargılamanın hızlı ve seri bir şekilde yapılmasını temin etmeyi amaçlamaktadır. Hakemlerin yetkisi hakkında verilecek kararın mahkemelerce tenfiz, iptal ve/veya temyiz aşamalarında denetleniyor olması hakemlerin yetkileri hakkında yapacakları inceleme hassas olmalarını gerektirecektir. Aksi halde hakemler, hakkaniyete aykırı bir şekilde yetkili veya yetkisiz olduklarına karar vermeleri durumunda söz konusu hakem kararı iptal edilebileceğinin bilincindedirler. Bu açıdan sistem kendini denetlemektedir. Ancak yetki konusunda son sözün mahkemelerde oluşu, hakemlerin kendilerini yetkili sayarak yargılamaya devam etmiş olmaları ve yargılama sonucunda verilen kararın mahkemelerce yetki sebebiyle iptal edilmesi ya da tenfiz edilmemesi halinde, taraflar açısından zaman ve masraf kaybı oluşturabilecektir. Ancak bugün bir çok hukuk sisteminde ve kurum metninde menfaatler dengesi gözetilerek hakem yetkisinin incelenmesi konusundaki düzenlemeler bu şekilde yerini almıştır.

Türk hukukunda ise hakem yetkisinin hakemlerce incelenmesi konusunda MTK ve HMUK’a tabi yargılamalar açısından farklılık gözeterek kanun koyucu, MTK’ya tabi tahkim yargılamaları açısından MTK md.7/H ile hakemlerin yetki konusunda hüküm verme yetkilerinin olduğunu, MTK m.5 ile de mahkemelerin uyuşmazlığın kendilerine taşınmaları halinde meseleyi hakemlere tevdi etmek zorunda olduğunu düzenlemiştir. HUMK’a tabi tahkimler açısından ise md.519 uyarınca hakemlerin yetkisinin mahkemelerce inceleneceği düzenlenmiştir. Bu anlamda Türk hukukunda her 2 sistemin de yaşandığını söylemek mümkündür. Ancak kanunlaşması beklenen HUMK Tasarısı’nın 417. maddesinde kanun koyucu “*Tahkim sözleşmesinin*

konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılmışsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder.” hükmünü getirerek iç tahkim açısından da Türk hukukunu karşılaştırmalı hukuktaki sisteme yakınlaştırmıştır.

Competence-competence prensibinin kabul edildiği modern hukuklarda tahkim yargılaması öncesinde veya sırasında mahkemelerin hakem yetkisi hakkındaki incelemeleri oldukça sınırlı ve yüzeysel olabilecektir. Ancak yargılama sonunda tenfiz, temyiz veya iptal davası aşamalarında hakem yetkisi hakkında hakemlerce verilen kararın mahkemelerce denetlenmesi söz konusudur. Bu durum hakkaniyete aykırı olarak hakemlerin yetkili olduklarına karar vermeleri ve hüküm kurmaları halinde hiçbir tahkim iradesi olmayan davalının haklarını güvence altına aldığı gibi, hakemlerin hakkaniyete aykırı olarak yetkisiz olduklarına karar vermeleri halinde bu kararın da mahkemelerce denetlenerek davacının herhangi bir hak kaybına uğramaması güvence altına almaktadır. Mahkemeler tahkim yargılaması öncesinde ve sırasında, tahkim iradesi sebebiyle yargılama yetkilerinden hakemler lehine vazgeçseler de hakem kararı aynı mahkeme kararı gibi icra edilecek son aşamaya gelmeden evvel, tahkim iradesi hakkında yapılan bir itiraz sebebiyle bu iradenin varlığını, hakem yetkisinin varlığını inceleyebilmektedirler.

Bu düzenlemeler kararın kesinleşmesi ve icra edilebilir hale gelmesinden önce yetkili makamca yargılamanın yapılmış olmasının teminini sağlamakta aynı zamanda competence-competence prensibi açısından yetki incelemesi yapacak hakemler açısından hassas olmayı gerektirdiğinden bir iç denge mekanizması olarak gözükmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINCI Ziya, Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi, Batider, C. XVII, S.3'den Ayrı Bası, Haziran 1994 (Hakem Kararlarının Denetlenmesi)
- AKINCI Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007
- AKINCI Ziya, Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1994
- ALANGOYA Yavuz, Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973
- ARSLAN Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları
- ANSAY Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960
- BARCELO III John J., Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective, Vanderbilt Journal of Transnational Law Vol. 36:1115
- BERG Albert Jean Van Den, The New York Arbitration Convention of 1957, Kluwer Law, 1994, Boston
- BESSON Sébastien, Jurisdiction and Procedural Issues in International Commercial Arbitration, Université de Geneve
- BİLGE Necip, Hakem Yargılamasında Hukuk Kaideleri, Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1966
- BİLGE Necip / ÖNEN Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978
- BISHOP R. Doak / CRAWFORD James / REİSMAN W. Mizheal, Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary, Kluwer Law International, 2005, Netherlands
- BUCHER Andreas / TSHANZ Pierre-Yves, International Arbitration in Switzerland, Helbing& Lichtenhahn, January 1989

- BUHLER Michael / WEBSTER Thomas, Handbook of ICC Arbitration, Thomson, First Edition, London Sweet&Maxwell 2005
- ÇELİKEL Aysel / ERDEM Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi, 2009, İstanbul
- ÇELİKEL Aysel / NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, 8. Baskı, Beta Yayınevi, 2007
- DAYINLARLI Kemal, HUMK'da Düzenlenen İç Tahkim, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd Şti, Ankara 1997
- DAYINLARLI Kemal, Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Erast E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986
- DERAINS Yves / SCHWARTZ Eric A. , A Guide to the New ICC Rules of Arbitration, Kluwer Law International, 1998
- DIMOLITSA Antonias, Seperability and Kompetenz-Kompetenz, in ICCA. Congress Series No.9
- DRAHOZAL Christopher R., International Arbitration Law in the United States, International Commercial Arbitration, A comparative Survey, ICOC Publication
- DOST Süleyman, Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, 2006
- EKŞİ Nuray, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çöümüne İlişkin İstanbul Konferansı, 2008, Beta
- ERDEMİR İlter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1986, 2. baskı, Ankara 1998 s. 1951
- ERTEKİN Erol / KARATAŞ İzzet, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997
- FOUCHARD Philippe / GAILLARD Emmanuel / GOLDMAN Berkthold, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, Londons. 395
- GAILLARD Emmanuel / BANIFATEMİ Yas, Negative Effect of Competence- Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators
- GAILLARD Emmanuel / PETRE Domenico Di, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, Cameron May, 2008

- GÖKYAYLA Cemile Demir, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001
- HOLTZMAN Howard M. / NEUHAUS Joseph E., A Guide to The Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, Legislative History and Commentary, Kluwer Law, 1997, Netherlands,
- KALPSÜZ Turgut, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007
- KALPSÜZ Turgut, Yeni Milletlerarası Tahkim Kanununun Değerlendirilmesi, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara 2001
- KAUFMANN-KOHLER Gabrielle / STUCKI Blaise, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, Kluwer Law, Schultness, 2004
- KESER BERBER Leyla, Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi, Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz)", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara 2002
- KESER BERBER Leyla, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999
- KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Demir Demir Yayıncılık, Cilt: VI, 2001, İstanbul
- KORAL Rabi, İç hukukumuzda Tahkim, İÜHFİM, 1947, C. XIII, S.1
- K.V.S.K.Nathan, The ICSID Convention, The Law of the International Centre For Settlement of Investment, Juris, New York 2000
- LALIVE Pierre, Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration, les Process-Verbaux de l’ICCA
- LEW QC Julian D M/ MİSTELİS Loukas A / KRÖLL Stefan M, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International
- LOQUIN Eric, Arbitrage- Competence Arbitral-Introduction generale, J.-CL. PROC. CIV(1994) Fac. 1030,
- MAYER Pierre, The limits of severability of the Arbitration Clause, ICCA Congress series no:9 pg. 261-267

- MUSTILL Michael J., International and ICC Arbitration, London, Butterworths, December 1990
- NOMER Ergin / ŞANLI Cemal, Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, Beta Yayınevi, 2009 İstanbul
- NOMER Ergin / EKŞİ Nuray / ÖZTEKİN Günseli, Milletlerarası Tahkim, Beta Yayınevi, 2. Baskı, 2000, İstanbul
- NOMER Ergin / EKŞİ Nuray / GELGEL Günseli Öztekin, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2008
- ÖZBAY İbrahim, Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004
- PARK William W., The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction, 13 ICCA Congress Series (2006) p. 55 by Prof. William W. Park (Cohasset, USA
- PATOCCHI Paolo Michele / SCHERER Matthias, The Swiss International Arbitration Law Reports, 2008/2 No.2, Lenz&Staehelin, Geneva, 2008
- POSTACIOĞLU İlhan, Medeni Usul Dersleri, 6. baskı, İstanbul 1975
- POUDRET Jean-François, Le pouvoir d'examen du juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage, Schutless
- POUDRET Jean-François / BESSON Sébastien, Comparatavi Law of International Arbitration, Second Edition Updated and Reviewed, Schulthess
- REDFERN Alan / HUNTER Martin, Law And Practice of International Commercial Arbitration, London 1991, Sweet&Maxwell
- RUHİ Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2008, Ankara
- RUTZEL Stephan / WEGEN Gerhard / WILSKE Stephan, Commercial Dispute Resolution in Germany, German Law Accessible, Verlag C.H. Beck München, 2005
- SCHRERUER Christoph H., The ICSID Convention:A Commentary, Cambridge, 2001
- SCHWEBEL S., "The severability of the Arbitrational Agreement?", International Arbitration: Three Salient Problems, 1987

- ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Üçüncü Bası, Beta Yayınevi, 2005, İstanbul
- TAŞKIN Alim, Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1999
- TUYGUN Salih, ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:1, Güncel Yayınevi, İzmir 2007
- United Nations Conference on Trade and Development, Dispute Settlement, International Commercial Arbitration, 5.2. The Arbitration Agreement, United Nations, New York and Geneva, 2005
- ÜSTÜNDAĞ Saim, Kanun Yolları ve Tahkim, 2. Bası, İstanbul 1973
- ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II,7. Baskı, İstanbul,2000
- WIESSEN Guido Maria / BARTELS Anne Katrin, Arbitration in Germany, International Arbitration Law in the United States, International Commercial Arbitration, A comparative Survey, ICOC Publication, No: 2007/45
- YEĞENGİL Rasih, Tahkim, İstanbul 1974
- YEŞİLOVA Bilgehan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Milletlerarası Uyuşmazlık Çözümü Serisi No:3, Güncel Yayınevi, İzmir 2008
- YILMAZ İlhan, Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, Beta Yayınları, İstanbul 2004
- ZUBERBÜHLER Tobias / MÜLER Christoph / HABEGGER Philipp, Swiss Rules of International Arbitration, Commentary, Kluwer Law, Schultness, 2005, Zzürih, Bern
- Yararlanılan web siteleri:
http://www.arbitration-law.org/ICC/rules_arb_turc.pdf
<http://www.dis-arb.de/materialien/schiedsverfahrensrecht98-e.html>
http://www.lcia.org/ARB_folder/arb_english_main.htm#article1
<http://www.glose.org/Juris/7348.html>
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>

<http://www.jus.uio.no/lm/american.arbitration.association.international.arbitration.rules.2000/15.html>

www.kazanci.com.tr

http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1996/ukpga_19960023_en_3

(çevirim içi, Haziran 2010)

ÖZGEÇMİŞ

22 Kasım 1984 tarihinde İstanbul'da doğan Nazlı Kumbaracı, lise öğretimini Özel Saint-Benoit Fransız Lisesinde tamamladıktan sonra, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne başlamıştır. Fakülteyi 2005 yılında tamamlayan Nazlı Kumbaracı, aynı sene Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans programına kabul edilmiştir. 2008 yılında İstanbul barosuna kaydolan Nazlı Kumbaracı halen avukatlık yapmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite: Galatasaray Üniversitesi

Enstitü: Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı Soyadı: Nazlı KUMBARACI

Tez Başlığı: Hakem Yetkisinin İncelenmesi

Savunma Tarihi: 03 Eylül 2010

Danışmanı: Prof. Dr. Ziya AKINCI

JÜRİ ÜYELERİ

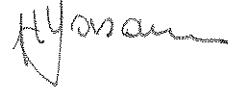
Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

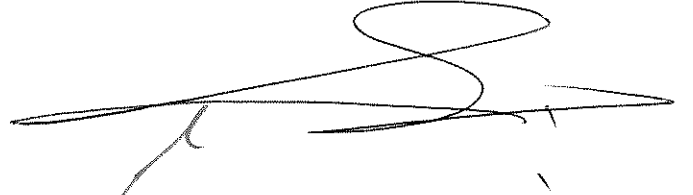
Prof. Dr. Ziya AKINCI



Prof. Dr. Hamdi Yasaman



Prof. Dr. Bahadır Erdem



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Mehmet BOLAK

