

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

**MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI
TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLU
OLARAK TAHKİM**

TEZ DANİSMANI

YRD. DOÇ. DR. TUNAY KÖKSAL

TEZİ HAZIRLAYAN

ATA KARAZİNCİR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TARSUS / MERSİN
EKİM – 2012**

T.C
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

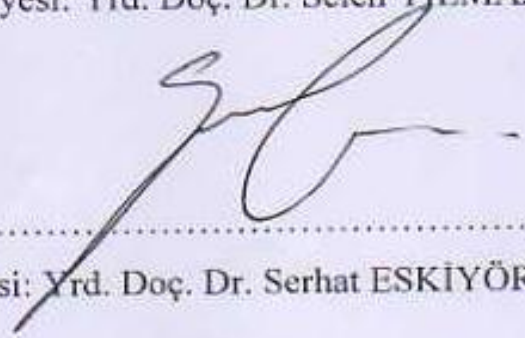
“Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu olarak Tahkim” başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından oy birliği ile Özel Hukuk Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.



Tez Danışmanı - Jüri Başkanı: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL



Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Selen YILMAZ



Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Serhat ESKİYÖRÜK

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylıyorum.


03/10/2012
Doç. Dr. Haluk KORKMAZYÜREK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü



Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların Çözüm Yolu Olarak Tahkim” isimli çalışma konusunun seçilmesinde, ülkemizdeki hukuk uygulayıcıları tarafından konunun hak ettiği ilgiyi görmemesi etkili olmuştur. Dünya’da ulusal ve uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde en güvenilir ve çok tercih edilen yargılama yolu olan tahkim kurumu, ülkemizde yeni yeni gelişme gösteren bir alandır. Konunun yeterince anlaşılmaması ve gereken ilgiyi görmemesi tahkim kurumunun gelişmemesinin önemli sebeplerinden biridir. Bu ve benzeri çalışmaların, konunun daha iyi anlaşılması ve tahkim kurumunun yaygınlaşmasına vesile olmasını temenni ediyorum.

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Ana Bilim Dalında yapmış olduğum Yüksek Lisans çalışması sonucunda, bu çalışmayı hazırlamamda içtenliği ile yardımını esirgemeyen Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL’ a; şahsıma büyük katkıları bulunan, hukuk dehası ve gerçek bir insan Prof. Dr. Erdal ONAR’ a; Türk Sinema, Tiyatro ve Edebiyatı’nın efsanesi, canım ağabeyim Nihat ZİYALAN’ a; kanser hastası olduğunda doktoruna ilk sorduğu soru: “Oğlumun mezuniyetini görebilecek miyim?” olan ancak buna ömrü yetmeyen sevgili Anneme sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunarım.

03 Ekim 2012
Ata KARAZİNCİR

ÖZET

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU ÇERÇEVESİNDE ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLU OLARAK TAHKİM

Ata KARAZİNCİR

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Tunay KÖKSAL

Ekim 2012, 115 Sayfa

Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığı çözecek uluslararası mahkemelerin bulunmayışı uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası tahkim yargılamasını neredeyse zorunlu hale getirmiştir. Ülkemizde yürürlükte bulunan 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası ticari tahkim yolunun tercih edilmesi konusunda önemli ilerlemeler kaydedilmesini sağlamıştır. Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, ülkemizi tahkim merkezine dönüştürecek düzeyde olmadığı da aşikârdır. Bu araştırmamızda, genel olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunu incelenmiştir. Ayrıca 1 Mayıs 2011 tarihinde Fransa'da yürürlüğe giren Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu; UNCITRAL tahkim kuralları; Avrupa Sözleşmesi ile son olarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı tahkime ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden de konu ile ilgili bölümlerde bahsedilmiştir.

Bu araştırmanın ilk bölümünde uluslararası ticari uyuşmazlıkların tarihsel gelişimi, tahkim kavramı ve alternatif çözüm yolları incelenmiştir. İkinci bölümde ise 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde tahkimin kurumunun işleyişi ele alınmıştır. Son olarak, üçüncü bölümde ise hakem kararına karşı kanun yolu ve hakem kararının icrası incelenmiştir. İnceleme sonucunda, hakem kararına karşı kanun yolunun Türk Hukukuna göre uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülmesinde zaman kayıpları doğurduğu görülecektir. Hakem kararının icra kabiliyeti ise uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim yolunun tercih edilmesindeki en önemli faktördür. Zira icra kabiliyeti bulunmayan hakem kararının ve yargılamasının hiçbir değeri olmayacaktır. Türkiye'nin New York Sözleşmesi'ne taraf olması ile birlikte, yabancı hakem kararının tanınması ve tenfizi konusunda dünya standartlarına ulaşıldığı söylenebilecektir.

Anahtar Kelimeler : Uluslararası Ticari Tahkim, Hakem, Uyuşmazlık, İcra

ABSTRACT

ARBITRATION AS THE RESOLUTION OF THE INTERNATIONAL COMMERCIAL CONFLICTS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE ACT ON INTERNATIONAL ARBITRATION

Ata KARAZİNCİR

Post Graduate Thesis, Private Law (Department)

Supervisor: Assist. Prof. Dr. Tunay KÖKSAL

October 2012, 115 pages

Due to the absence of international courts, international commercial conflicts require the system of international arbitration in order to resolve the disputes. International Arbitration Law No. 4686 which is in force in our country, has provided major improvements on preferring the international commercial arbitration for the settlement of the commercial conflicts. However, it is obvious that our International Arbitration Law is not on the level that will convert our country into a center of arbitration. In this research, in general, the resolution of the international commercial conflicts within the framework of the Act on International Arbitration No. 4686 is examined. Nevertheless, it is also referred to; The reform of National and International Arbitration Law in France which entered into force on 1st May 2011, UNCITRAL Arbitration Rules, European Convention which was held in Geneva, and finally the provisions of the Civil Procedure Law numbered 6100 which was entered into force in 01.10.2011 in the related chapters.

In the first chapter of this research, the historical development of international commercial conflicts, the concept of arbitration and alternative methods are examined. In the second chapter of this research, the function of the institution of arbitration within the framework of International Arbitration Law No. 4686 is discussed. Finally, in the third chapter, the legal objection actions to the arbitration awards and the enforcement of the awards are examined. In consequence of examining, the legal action to the arbitration awards, regarding resolving the international commercial conflicts by arbitration, under Turkish Law cause some delays. The most important factor in choice of arbitration for the international commercial conflict is the enforceability of arbitration awards. Forasmuch as, an arbitration process without the enforcement capability will have no value. It is able to argue that, Turkey is reached to world standards on the subject of the recognition and exequatur of foreign arbitraments with becoming a party to New York Convention.

Key Words: International Commercial Arbitration, Arbitrator, Conflict, Enforcement

KISALTMALAR

AAA	:American Arbitration Association
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
a.g.e	:Adı geçen eser
a.g.m	:Adı geçen makale
a.g.t	:Adı geçen tez
B.k.z	:Bakınız
CIB	:Corpus İċtihat Bankası
Çev.	:Çeviri
E.	:Esas
HD.	:Hukuk Dairesi
H.G.K	:Hukuk Genel Kurulu
C.G.K.	:Ceza Genel Kurulu
HMK	:Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	:International Chamber of Commerce
ICSID	:International Center for Settlement of Investment Disputes
İTO	:İstanbul Ticaret Odası
K.	:Karar
K.H.K	:Kanun Hükmünde Kararname
m.	:Madde
MTK	:Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÖHUK	:Milletlerarası Özel Hukuk ve Usül Hukuku Hakkında Kanun
no	:Numara
R.G.	:Resmi Gazete
s.	:sahife
T.B.M.M	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
UNCITRAL	:United Nations Commission on International Trade Law
Vd.	:ve devamı
Y	:Yargıtay
Y.H.G.K	:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y.K.D	:Yargıtay Kararları Dergisi

İÇİNDEKİLER

KAPAK.....	I
TEZ İMZA SİRKÜLERİ	II
ÖNSÖZ	III
ÖZET	IV
ABSTRACT	V
KISALTMALAR.....	VI
İÇİNDEKİLER.....	VII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

1.ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR VE TAHKİM KAVRAMI

1.1. Tarihsel Süreçte Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklar Ve Tahkim	2
1.2. İrade Serbestisi İlkesi.....	3
1.3. İhtiyari ve Mecburi Tahkim	4
1.4. Milli, Milletlerarası Ve Yabancı Tahkim Kavramı	5
1.5. Kurumsal ve Ad Hoc Tahkim.....	7
1.6. Milletlerarası Tahkimin Avantajları.....	9
1.7. Alternatif Çözüm Yolları	11
1.7.1. Arabuluculuk.....	12
1.7.2. Hakem(Teknik) Bilirkişilik Yöntemi.....	12
1.7.3. Sözleşmeye Üçüncü Kişilerin Müdahalesi Yöntemi	13
1.7.4. Ön Hakemlik Yöntemi	14

İKİNCİ BÖLÜM

2.4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU ÇERÇEVESİNDE TAHKİM

2.1. Kanunun Yürürlüğe Girmesi Ve Etkisi	15
2.2. Kanunun Uygulama Alanı	16
2.2.1. Taraflarca Kanunun Uygulanmasının Kararlaştırılması	16
2.2.2. Yabancılık Unsuru Taşıyan Ve Tahkim Yerinin Türkiye Olarak Belirlendiği Uyuşmazlıklar	17
2.2.2.1. Genel Olarak.....	17
2.2.2.2. Tarafların Yerleşim Yeri Veya Olağan Oturma Yeri Yada İşyerlerinin	18
(1). Ayrı Devletlerde Bulunması.....	18
(2). Tahkim Yerinden Başka Bir Devlette Bulunması.....	20
(3). Asıl Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin Önemli Bir Bölümünün İfa Edileceği Yerden Veya Uyuşmazlık Konusunun En Çok Bağlantılı Olduğu Yerden Başka Bir Devlette Bulunması	21
2.2.2.3. Yabancı Sermaye Ve Yabancı Kredi.....	22
2.2.2.4. Ülkelerarası Mal Ve Sermaye Geçişi.....	23

2.2.3. Tahkime Elverişlilik	24
2.2.3.1. Türkiye’de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar	25
2.2.3.2. İki Tarafın İradesine Tabi Olmayan Uyuşmazlıklar	26
2.2.3.3. Saklı Tutulan Milletlerarası Anlaşmalar	26
2.2.4. Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması	27
2.3. Tahkimde Görevli Ve Yetkili Mahkeme	28
2.4. Tahkim Sözleşmesi.....	29
2.5. Tahkim Yeri, Dili Ve Süresi	32
2.5.1. Tahkim Yeri	32
2.5.2. Tahkim Dili.....	34
2.5.3. Tahkim Süresi	35
2.5.3.1. Tahkim Süresinin Belirlenmesi	35
2.5.3.2. Tahkim Süresinin Başlangıcı.....	37
2.5.3.3. Tahkim Süresinin Uzatılabilmesi	38
2.6. Tahkim Yargılamasında İhtiyati Haciz Ve İhtiyati Tedbir.....	41
2.6.1. Genel Olarak	41
2.6.2. Devlet Mahkemelerinden İhtiyati Haciz Veya Tedbir Kararı Verilmesinin İstenmesi	42
2.6.3. Hakemlerin İhtiyati Haciz Veya Tedbir Kararı Vermesinin Koşulları	43
2.6.3.1. Taraflarca Aksinin Kararlaştırılmaması	43
2.6.3.2. Hakem Mahkemesinin Kurulması	43
2.6.3.3. Taraflardan Birinin Talebi.....	43
2.6.3.4. Teminat Gösterilmesi.....	44
2.7. Hakem Kurulunun Kurulması	44
2.7.1. Hakemlerin Sayısı	45
2.7.2. Hakemlerin Seçimi	46
2.7.2.1. Tahkim Sözleşmesinde Hakemlerin İsmen Belirlenmiş Olması.....	46
2.7.2.2. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi.....	47
(1) Tek Hakem Seçimi	48
(2) Üç Veya Daha Fazla Hakem Seçimi	48
2.7.2.3. Hakem Seçiminin Bir Başkasına Bırakılması.....	49
2.7.2.4. Mahkeme Kararı İle Hakem Seçiminin Yapılması	49
2.7.3. Hakem Olabilecek Kişiler	50
2.7.4. Hakemlerin Bağımsız Ve Tarafsız Olması	51
2.7.5. Hakemin Reddi.....	52
2.7.6. Hakemin İstinkafı ve Azli	53
2.8. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk	54
2.9. Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar.....	57
2.9.1. Yargılama Usulüne Uygulanacak Hukuk.....	57
2.9.2. Tarafların Eşitliği.....	59
2.9.3. Tahkim Yargılamasında Temsil Ve Avukatlık	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3.HAKEM KARARINA KARŞI KANUN YOLU VE KARARIN İCRASI

3.1. Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararına Karşı Kanun Yolu....	61
3.1.1. İptal Yolu Ve İncelenmesi	63
3.1.2. İptal Sebepleri	65

3.1.2.1. İptal İsteminde Bulunan Tarafça İspat Edilecek İptal Sebepleri	65
(1). Taraflardan Birinin Ehliyetsiz Olması Veya Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması	65
(a). Ehliyetsiz Kişiler Tarafından Tahkim Anlaşmasının Yapılması	65
(b). Tahkim Anlaşmasının Tarafların Kararlaştırdığı Hukuka Böyle Bir Hukuk Yok İse Türk Hukukuna Göre Geçersiz Olması.....	66
(2). Usule Aykırı Hakem Seçimi Yapılması	67
(3). Tahkim Süresi İçinde Kararın Verilmemesi	67
(4). Hakemin Kendi Yetkisine Dair Hukuka Aykırı Karar Vermesi.....	68
(5). Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması Veya Hakemin Yetkilerini Aşması Veya Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi.....	68
(a). Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması.....	68
(b). Hakemin Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi Veya Yetkilerini Aşması	69
(6). Usulüne Uygun Olarak Tahkim Yargılamasının Yürütülmesi Ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması.....	70
(7). Tarafların Eşitliği İlkesine Aykırılık	71
3.1.2.2. Mahkeme Tarafından Res’ en Dikkate Alınacak İptal Sebepleri.....	71
(1). Tahkime elverişli olmayan uyumsuzluk	71
(2). Kamu düzenine aykırı nitelikteki karar	73
3.1.3. İptal Davası Açma Süresi.....	76
3.1.4. Kısmi İptal Kararı.....	76
3.1.5. Görevli Ve Yetkili Mahkeme	77
3.1.6. İptal Davası Kararına Karşı Müracaat Yolları.....	78
3.2. Hakem Kararının İcrası	79
3.2.1. Milli Hakem Kararının İcrası.....	79
3.2.2. Yabancı Hakem Kararının İcrası	83
3.2.2.1. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi	84
3.2.2.2. 1958 Tarihli New York Sözleşmesi’ne Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi	86
(1) Sözleşmenin Uygulanacağı Alan	87
(2) Tanıma Ve Tenfiz Şartları	88
(a). Geçerli Tahkim Sözleşmesi’nin Ve Ehliyetin Bulunması.....	88
(b). Aleyhine Hakem Kararının Tenfizi İstenilen Tarafın Tahkim Yargılamasından Haberdar Edilmiş Olması Veya Savunma Haklarına Aykırı Hareket Edilmiş Olmaması.....	89
(c). Hakemlerin Yetkilerini Aşmamış Olması.....	90
(ç). Hakem Mahkemesinin Teşkilî Veya Hakemlik Prosedürü Tarafların Anlaşmasına Ve Anlaşma Yok İse Hakem Yargılamasının Gerçekleştiği Yer Hukukuna Uygun Olması	90
(d). Hakem Kararının Bağlayıcılığı Olması Ve İptal Veyahut İcrasının Geri Bırakılmasına Karar Verilmemiş Olması	91
(e). Tanıma Veya Tenfiz İstenilen Ülkenin Hukukuna Göre	

Kararın Tahkime Elverişli Olması.....	93
(f). Tanıma Veya Tenfiz İstenilen Ülkenin Hukukuna Göre	
Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olmaması.....	94

SONUÇ	97
KAYNAKÇA	99
ÖZGEÇMİŞ	105

GİRİŞ

Avrupa'nın feodal yapısından, bugünkü modern ve merkezîyetçi devlet yapısına geçilmesi ayrıca sanayi devrimi ile birlikte, burjuvazi ulusal ticaretin yanında yoğun olarak uluslararası ticarete yönelmiştir. Uluslararası ticarete ise uluslararası devlet yapılanmasının bulunmaması sebebiyle uyuşmazlıkları çözecek yaptırım gücü bulunan uluslararası bir sisteme ihtiyaç duyulmuştur. Öteden beri uluslararası mahkemelerin kurulmasına ise devletler başta egemenlik anlayışından vazgeçmesi sonucunu doğuracağından iyi gözle bakmamıştır.

Özellikle Avrupa ülkelerinin yargılama tarihinde ulusal ticari uyuşmazlıkların çözüm yönteminde kullanılan tahkim kurumu, uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yöntemi olarak akla gelmiştir. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası ticari tahkim yargılaması, genel olarak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği ticari uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Bu yönü ile de devletlerin egemenlik yetkisinde ihlal edilmemektedir. Zira tarafların üzerinde serbestçe feragat etme yetkisine sahip olduğu bir uyuşmazlık konusunda, uyuşmazlığı çözecek kişi ya da kurumu belirleyebilme hakkına da sahip olması gereklidir.

Bu çalışmamızda 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası ticari tahkim kurumunu değerlendirilecektir. Bu çalışma yapılırken uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde ve uluslararası uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanununun yeterli olup olmadığı ile sistemin işleyiş ve kuralları incelenecektir. Ayrıca çalışmanın bazı bölümlerinde dünyadaki kurumsal ve ad hoc tahkim'den bahsedilirken, 1 Mayıs 2011 tarihinde Fransa'da yürürlüğe giren Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu; UNCITRAL tahkim kuralları; Cenevre'de yapılan Avrupa Sözleşmesinin ile son olarak 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı tahkime ilişkin HMK hükümlerinden de bahsedilecek ve yeri geldikçe Milletlerarası Tahkim Kanunu ile karşılaştırılacaktır.

Son olarak da uluslararası ticari uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözülmesi neticesinde verilen hakem kararlarının 26775 Sayılı Milletlerarası Özel hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunu ve 1958 Tarihli New York Sözleşmesi doğrultusunda tanınması ve tenfizi incelenecektir. Zira milletlerarası ticari tahkim sonucunda verilecek olan hakem kararları ancak tanındığı veya tenfiz edildiği, başka bir ifade ile icra edildiği oranda geçerli ve etkili olabilecektir.

Bu çalışmamız ile nihayetinde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde milletlerarası tahkim kurumunun önemi ortaya konulacaktır. Türkiye'de ve dünyada uluslararası ticaretin gelişmesinin milletlerarası ticari tahkimin gelişmesine bağlı olduğu bu çalışma ile daha anlaşılır hale gelecektir. Ayrıca bu çalışmamız, devlet mahkemelerinin uzun ve bürokratik engellerle dolu ve ülkelere göre değişen milliyetçi, sosyolojik ve politik yapısından kurtulmak isteyen uluslararası ticaret yapan kişi ve şirketlere sistemin işleyiş açısından yol gösterici olacaktır. Devlet mahkemeleri yargılaması yerine milletlerarası ticari tahkim yolu ile kısa süreli ve New York Sözleşmesi gereğince hemen hemen dünyanın her yerinde icra kabiliyeti bulunan bir yargılamanın tercih edilmesi uluslararası ticarete güveni arttıracaktır. Bu durum ise uluslararası ticaretin yaygınlaşmasını sağlayacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR VE TAHKİM KAVRAMI

1.1. Tarihsel Süreçte Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklar Ve Tahkim

Ticari tarihte, feodal düzendeki Avrupa'da her feodal beyliğin sınırları içerisinde ayrı hukuk ve vergi kuralları bulunmaktaydı. Bir feodal beylikten geçerek başka bir feodal beylikte mal satmaya çalışan burjuva her geçtiği feodal beyliğe ayrı vergi ödüyor ve onun kurallarına göre ticaretini şekillendiriyordu. Sanayi devrimi sonucunda üretim yeri sınırlarını aşarak yapılan ticaretin hacminin artmasıyla birlikte; burjuva feodal beyliklerin ticareti engelleyici yapılarından kurtulmak ve tek vergi ile hukuk sistemine tabi olarak ticaretini yapmak maksadı ile merkezî devlet sistemini desteklemiştir. Zira artık ülkeler, "tarım toplumu" olmaktan çıkarak "sanayi toplumuna" dönüşmektedirler¹. Böylece ulusal sınırların her köşesinde tek hukuk ve vergi sistemi ile ticaretin hukuki güvenliği sağlanmış olacaktı. Bu manadan olmak üzere Max Weber' in Sosyoloji Yazılarında belirttiği şiddet tekeli kavramı burjuvazi tarafından desteklenmiş, toplumda hukuka uymayanlara yaptırım olarak kullanılacak şiddet tek elden, merkezi devlet tarafından kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Hatta bu görüş öyle bir aşamaya varmıştır ki; bir toplumda şiddetin kullanımı merkezi devlet dışında güçler tarafından kullanıldığı oranda o ülkenin barbar, merkezi devlet tarafından kullanıldığı kadar ise uygarlaştığı kabul görmüştür.

Ulusal düzeydeki ticaret serbestisini ve uyuşmazlık çıktığında merkezi devlet tarafından çözüleceğine dair bu görüşün endüstri devrimiyle artan uluslararası ticari uyuşmazlıklara uygulamak ise imkansızdır. Zira Fransız devrimi ile imparatorluklar yıkılmış ve yerine artan nasyonalizm (milliyetçilik) akımı ile birlikte şiddet tekeli elinde bulunduran, merkezî devletler kurulmuştur. Halbuki burjuvazinin arzuladığı şey ticaret yaptığı tüm sınırlarda tek hukuk ve vergi kuralının uygulanmasıydı. Bu durumda uluslararası ticaretin hukuki güvenlik içinde serbestçe yapılmasında; yeknesak hukuk kurallarının uygulanmasını da sağlayan sömürgecilik anlayışı benimsenmiştir. Sömürgecilik anlayışı ile birlikte her sömüren ülke burjuvazisine, sömürülen ülkenin ekonomisinde kendi ülkesinin hukuk kurallarına tabi olarak istediği gibi ticaret yapma hakkı tanımaktaydı. Hatta sömüren ülke, sömürülen ülkede kendi mahkemelerini kuruyor ve kendi hukukuna göre yargılama yapıyordu. Bu konuda verilebilecek en güzel örnek; yıllarca İngiltere'nin sömürgesi olan Hindistan'da kurulan İngiliz mahkemeleridir. Mamafih sömürgelerin Avrupa devletleri arasında paylaşılabilmesi sebebiyle I. Dünya Savaşı ortaya çıkmıştır. I. Dünya savaşını kazanan devletler lehine sömürgelerin artması ve kaybedenler aleyhine azalması dengesizliği sonucunda II. Dünya savaşı meydana gelmiştir. II. Dünya Savaşı sonucunda Avrupa Devletleri Avrupa Birliğini kurarak adeta sömürgeler sebebiyle birbirleri ile savaşmamak için saldırmazlık anlaşmasını imzalamışlardır. Zira bilindiği gibi Avrupa Birliği kuruluş aşamasında ekonomik birlik olarak meydana gelmiştir. Böylelikle Avrupa Birliği sınırları içerisinde anlaşılan devletler, birbirleri arasında gümrükten muaf tutularak rahatlıkla ticaret yapabilecektir. Artan ticari ilişkiler çerçevesinde Avrupa Birliği sınırları içerisinde hukuk sistemi yeknesaklaştırılmaya çalışılarak ticaretin sınırları aşması kolaylaştırılmaya çalışılmış ve en son Avrupa Anayasa'sının kabulü ile birlikte siyasi birliğe doğru yol alınmıştır.

¹AKKURT, S. S. , Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri, AUHFD, 60 (1) 2011, s. : 22.

Küreselleşen dünya ile birlikte sömürgecilik anlayışı terk edilerek, malların en ucuz maliyetle üretildiği ülkede üretilerek diğer ülkelere satılması anlayışı ile uluslararası ticaret bugünkü anlamda yoğun ve karmaşık olarak yapılmaya başlanmıştır. Zira uluslararası ticaret ulusal anlamda yapılan ticarete göre oldukça farklılıklar arz etmektedir. Özellikle ülkeler arası kurumsal ve sosyo-politik farklılıklar; üretim faktörlerinin ülke içindeki seyahati oldukça yaygın iken ülkeler arasında belirli ölçüde sınırlı olması; farklı muhasebe ve ekonomik koşullar uluslararası ticaretin kendine özgü yapısını oluşturmuştur². Bu durumda ise uluslararası ticarete uygulanacak hukuku belirlemede sıkıntılar doğmuştur. Uluslararası düzeyde kurulmuş ve uluslararası yaptırım gücü bulunan mahkemelerin olmaması uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda ciddi anlamda zorluk yaratmıştır. İşte tam bu noktada uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak önceden bazı ülkelerde ulusal düzeyde de işletilen tahkim kurumu uluslararası düzeyde işletilmeye başlamıştır. Her ne kadar milletlerarası tahkim yolu ile verilen kararlar uluslararası düzeyde verilmiş mahkeme kararı olarak kabul edilmese de her hukuk düzeni bu kararlara belirli değer atfetmiş ve bu kararların şartlarını taşıması halinde kendi ülkesinde tanıma ve tenfizine imkan sağlamıştır.

New York Konvansiyonu, yabancı kurumsal veya ad hoc hakem kararlarının tanıma ve tenfiz kurallarını düzenleyerek uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü ve icrası konusunda tahkim kurumunun etkinleştirilmesini sağlamıştır. New York sözleşmesine taraf ülkelerde mütekabiliyet şartı aranmaksızın yabancı hakem kararlarının tenfizi mümkün hale gelmiştir. Sözleşmeyi dünyadaki hemen hemen tüm ülkelerin imzalamış olduğu düşünüldüğünde sözleşmenin uygulama alanının çok daha genişlemiş olduğu kabul edilecektir. Zira Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi hakem kararlarının sözleşmede yer alan durumlarda iptal edilebileceği ve tahkim sözleşmesinin kararlaştırıldığı durumlarda milli mahkemelerin yetkili olmadığına dair imzalanmış bir sözleşme olsa da bu sözleşmeye taraf olan devlet sayısı oldukça az iken New York Sözleşmesinde oldukça geniş katılım söz konusudur³.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ise Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu(UNCITRAL) tarafından hazırlanan 22.6.1985 tarihli model kanunu(Model Law On International Commercial Arbitration) ve İsviçre MÖHUK’undan eşinilerek yapılmıştır⁴.Türkiye’de milletlerarası tahkim hükümlerinin bulunmamasından kaynaklanan boşluğu doldurmak üzere hazırlanan bu yasa tezimizin çerçevesini oluşturmaktadır.

1.2. İrade Serbestisi İlkesi

Tarihte insanoğlu “dış etkenlerin, sosyal çevrenin, yıldızların, tabiat üstü kuvvetlerin, geleceğini belirtmek konusunda etkili olup olmadığını⁵” merak etmiştir. Bu soru insanoğlunda daha ilkçağlardan itibaren irade serbestisine sahip olup olmadığı konusundaki tartışmayı da beraberinde getirmiştir⁶. Dünyaya hakim olan liberal ve kapitalist ekonomiler kişilerin irade serbestisine sahip olduğunu ve iradeleri ile her türlü hukuki sonucu doğurabileceğini kabul etmiştir.

²TÜRKBAL, A. , İktisada Giriş, Erzurum 2000, s. : 436-437.

³ AKINCI, Z. , Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. :45.

⁴ SADRULEŞRAFI, H. , A. , Türk ‘Milletlerarası Tahkim Kanunu’na İlişkin Düzenlemeler İle Uygulamalar Hakkındaki Görüşler, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Cilt 9, Sayı 1, İzmir 2007, s. : 400.

⁵ GÜRİZ, A. , Hukuk Felsefesi, Ankara 1999, s. : 84-85.

⁶ GÜRİZ, A. , a. g. e. s. : 85-86.

Tahkim anlaşması neticesinde yapılan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararların mahkeme kararı gücünde olması da; tarafların tahkim sözleşmesi ile bu hukuki sonuca yönelmesinin tabii sonucudur. Zira tahkim, “taraflara maddi hukukta tanınan irade serbestisinin usul hukukundaki uygulanmasının sonucu olarak⁷” doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıkların devletin yargı organı yerine özel kişilerce çözümlenmesinin devredilebilmesidir⁸. Tahkimde irade serbestisi oldukça önemlidir. Hatta MTK ve pek çok milletlerarası ticari tahkime ilişkin kanun düzenlemesi taraflar arasından anlaşma yok ise kanun maddelerinin geçerli olacağını kabul ederek, irade hürriyetini kanunlardan dahi üstün tutmuştur.

Milletlerarası Tahkim Kanununun pek çok maddesi “taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa” uygulanacağından tarafların tahkim sözleşmesi ya da şartında diledikleri gibi usul veya esasa ilişkin hukuk seçimi yapabileceklerini göstermektedir. Dolayısıyla Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kurallar, tarafların sözleşme serbestisine dayandığından ekonomik özel hukuk normu niteliğindedir⁹. Zira var olan ekonomik bir uyuşmazlık, tarafların serbest iradesi ile çözülmektedir.

1.3. İhtiyari ve Mecburi Tahkim

Bilindiği gibi tahkim, taraflar arasındaki doğmuş ve doğabilecek uyuşmazlıkların devletin resmi yargı organları yerine taraflarca yada tarafların belirlediği üçüncü kişilerce belirlenen hakemlerce çözülmesi yoludur¹⁰. Ancak tarafların iradesine tabi ve kamu düzenine aykırı olmayan, başka bir ifade ile hukuk düzenin serbesti tanıdığı konularda tahkim yoluna gidilebilecektir. Bu sebeple kamu düzenini ilgilendirmeyen ve tarafların iradesine tabi uyuşmazlıklarda devletin yargı organları dışında bir kurum(kurumsal tahkim) yada kişi(ad hoc tahkim) tarafından tarafların anlaşması doğrultusunda uyuşmazlık çözülebilecektir. O halde bir uyuşmazlığın tahkim ile çözülebilmesi uyuşmazlığın kanuna göre tahkime elverişli bir konuda olması ve tarafların uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği konusunda anlaşmasına başka bir deyişle tahkim sözleşmesi yapmasına bağlıdır¹¹. Dünyada ABD, Fransa ve İsviçre gibi ülkeler dahil olmak üzere genel olarak genel olarak ticari işlemleri tahkime elverişli kabul etmekte, buna mukabil iş ve tüketici akitleri ile kişisel haklarla ilgili meseleler tahkime elverişli kabul edilmemektedir¹².

Görüldüğü gibi tahkim kural olarak tarafların irade muhtariyetine tabi olan bir kurum olup genel olarak medeni ve ticari uyuşmazlıklar konusunda gidilebilecek bir yoldur¹³. Ancak milli tahkimde Yargıtay H.G.K. 15.12.2010 tarih ve 2010/4-607 E. ,2010/663 K. Sayılı kararında da belirtildiği gibi: ” kendi içinde "Mecburi Tahkim" ve "İhtiyari Tahkim" olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Mecburi tahkim; doğrudan doğruya kanundan doğan bir tahkim türüdür. Bu tür tahkimde dava mahkemelerde açılmaz, ihtilaf çözüm için hakemlere götürülür. Mecburi tahkim özel kanunlarla öngörülmüş olup, bu kanunlarda kimin hakem olacağı, hakemin görev ve yetkileri düzenlenmiş...¹⁴” olduğu belirtilmiştir. Zira mecburi tahkim özel olarak düzenlenmiş kanundan sadece belirli konulardaki uyuşmazlıklar için

⁷ ÜSTÜNDAĞ, S. , Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000, s. : 933-934.

⁸ NOMER, E. ; EKŞİ, N. ; GELGEL, G. , Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul 2008, s. : 15.

⁹ Çevik, K. , Ekonomi Hukuku Yaklaşımı İle Banka Hukuku, Ankara 2007, s. : 149.

¹⁰ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Tahkim>.

¹¹ AKINCI, a. g. e. , s. : 31.

¹² ÖZEL, S. , Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. : 48.

¹³ NOMER, a. g. e. , s. : 1.

¹⁴ C. İ. B. , <http://www.corpus.com.tr>.

kararlaştırılabilen, istisnai bir durumdur¹⁵. Bu konuda 3533 Sayılı Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerde İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete ve Belediyeye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Halli Hakkındaki 29.6.1938 Tarihli¹⁶ kanun örnek olarak gösterilebilir. Mecburi tahkim kurumu bu çalışmamızın konusunu oluşturmadığından, üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

İhtiyari tahkim ise tarafların iradesi ile tahkim yoluna başvurulması anlamını taşımaktadır. Milletlerarası ticari tahkimde kanundan kaynaklanan mecburi tahkim müessesesi bulunmadığından salt ihtiyari tahkim yolu bulunduğu söylenecektir. Bunun sebebi ise devletlerin egemenlik hakkını ilgilendiren yargılama yetkisinin uluslararası bir kurum ya da kişiye sürekli olarak verilmesinin istenilmemesidir.

1.4. Milli, Milletlerarası Ve Yabancı Tahkim Kavramı

Uygulamada tahkim milli; yabancı ve milletlerarası tahkim olarak ayrılmakta ve nitelendirilmektedir. Milli tahkim kavramı; iç tahkim, mahalli tahkim, yerli tahkim olarak, milletlerarası tahkim kavramı ise milletlerarası ticari tahkim olarak da adlandırılmaktadır¹⁷. Tahkimin bu açıdan niteliği uygulanacak veya bağlı olduğu hukukun belirlenmesi açısından önemlidir¹⁸.

Milli tahkim 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK ile düzenlenmiş bir kurumdur. HMK hükümleri milli tahkimde uygulanacak kuralları düzenlenmiştir. HMK 407.maddesi gereğince milli tahkim ile ilgili düzenlenmiş hükümler 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda “yabancılık unsuru içermeyen” ve “tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenen” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2.maddesi anlamında yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıkların milli tahkimin konusunu ve kapsamını oluşturacaktır ve HMK hükümlerine tabi olacaktır. Kanun koyucu yasanın gerekçesinde de açıkladığı üzere milli tahkim kavramının belirlenmesine toprak esasını benimsemiştir¹⁹. HMK hükümlerine tabi olacak olan tahkim sonucunda verilen kararlara karşı HUMK hükümleri gereğince temyiz yoluna başvurulabilecekken yürürlüğe giren HMK ile Milletlerarası Tahkim Kanunu ile uyum sağlanarak iptal yolu öngörülmüştür.

Milletlerarası Tahkime ilişkin usul ve esasları düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu 2.maddesine göre ‘yabancılık unsuru taşıyan’ tahkim milletlerarası nitelik taşır. Zira yürürlüğe giren HMK 407.maddesi de bu doğrultuda düzenleme yaparak ‘yabancılık unsuru’ taşımayan ve ‘tahkim yerinin Türkiye olarak belirtildiği’ tahkimin milli tahkim olduğu ve HMK hükümlerine bağlı olduğunu kararlaştırmıştır. Bir tahkimin yabancılık unsuru taşıması için Milletlerarası Tahkim Kanununun 2.maddesine göre aşağıdaki şartlardan birini taşıması gerekmektedir:

“1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

¹⁵ AKINCI, a. g. e. , s. : 31.

¹⁶ RG 16.7.1938-3961.

¹⁷ NOMER, a. g. e. , s. : 4.

¹⁸ NOMER, a. g. e. , s. : 3.

¹⁹ R.G.4.2.2011 -27836.

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi”

Burada belirtilen şartlardan birini taşıyan tahkim yabancılık unsuru taşıyacağı için Milletlerarası Tahkim Kanuna göre milletlerarası tahkim sayılacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu esasında Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Sözleşmesi doğrultusunda milletlerarası tahkim kavramını tanımlamıştır. Zira milletlerarası ticari tahkim konusundaki sözleşmenin tatbik alanı başlığı altındaki I. maddesine göre :’Milletlerarası Ticari muamelelerden doğan ve doğacak uyuşmazlıkların halli için akdolunan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki ve hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmaları’ için uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki; milletlerarası tahkim kavramı MTK’nın sınırlarını çizdiği alanla sınırlı değildir. Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa veya diğer uluslararası sözleşmeler gereği de bir tahkim milletlerarası sayılabilir.

Bir tahkimin milletlerarası olması o tahkim yargılaması sonucunda verilecek hakem kararının yabancı hakem kararı sayılması ile ilgisi yoktur. Zira bir ülkeye göre yabancılık unsurlu sayılan bir tahkim başka bir ülkeye göre sayılmayabilir²⁰. Tahkim sonucunda verilen kararın hangi hallerde yabancı nitelikte sayılacağına dair mevzuatımızda düzenleme de bulunmamaktadır²¹. Bu konuda belli başlı iki kriter bulunmaktadır. Bunlardan birincisi “ülkesellik” ya da “toprak” kriteridir. Toprak kriterine göre tahkim yeri yabancı bir ülkede olan tahkim yabancı bir tahkimdir. İkinci kriter ise tahkim yargılamasının çözümünde uygulanan “usul kuralı” kriteridir. Usul kuralı kriterine göre tahkim yargılamasında en azından emredici hukuk kurallarının uygulandığı usul kuralı yabancı bir ülkeye ait ise o tahkim yabancı tahkimdir ve verilen karar da yabancı tahkim kararıdır. Yargıtay her iki kritere dayanarak kararlar verse de ağırlık kazanan görüş 1951 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre “yabancı bir muhakeme usulüne göre verilmiş olan kararlar” yabancı hakem kararı sayılacağı yönündedir²². Yukarıda belirtildiği gibi henüz yürürlüğe giren HMK kanun gerekçesinde belirtildiği gibi ise toprak esaslı başka bir anlatımla tahkim yeri kriteri Türk hukukunda yasa koyucu tarafından kabul edilmektedir.

Yabancı sayılmayan hakem kararlarının Türkiye’de infaz edilebilmesi için hakkında iptal davası açılmamış olması ya da iptal davası açılmış olup da reddedilmiş olması ve iptal kararı temyiz edilmiş ise ret kararının Yargıtay tarafından onanması şartına bağlıdır. Yabancı nitelikteki hakem kararlarının infazı ise karar niteliği gereği yabancı olduğu anlaşılır ve

²⁰ NOMER, a. g. e. , s. : 6.

²¹ NOMER, a. g. e. , s. : 4.

²² KALPSÜZ, T. , Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. : 182.

şartları var ise Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesine göre, yok ise 5178 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun şartları dairesinde tenfiz ve icra edilebilecektir. Sonuç olarak milli, milletlerarası ve yabancı tahkim ayrımında; yabancı hakem kararları icra edilebilmesi için tanıma veya tenfiz kararına ihtiyaç duyulduğu halde milli ve MTK çerçevesinde verilmiş olan milletlerarası tahkim kararlarında böyle bir gereklilik bulunmamaktadır.

1.5. Kurumsal ve Ad Hoc Tahkim

Taraflar arasında uyuşmazlığın çözüm yolu olarak tahkim seçildiğinde uyuşmazlığı önceden belirli tahkim kurumları tarafından çözülmesi yöntemine kurumsal tahkim, herhangi bir kuruma bağlı olmadan taraflarca belirlenen bir veya birden çok hakem tarafından çözümlenmesine ad hoc tahkim denilmektedir. Kurumsal tahkim yolunda önceden belirlenmiş tahkim merkezi ve tahkim kuralları bulunmasına karşın, ad hoc tahkiminde tahkim merkezi olmadığı gibi herhangi bir tahkim kuralı da bulunmamaktadır.

1892 yılında Londra Tahkim Odası (London Chamber of Arbitration) kuruluş aşamasında ulusal düzeydeki ticari uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlamış iken sanayi ve endüstri devrimi sonucunda uluslararası uyuşmazlıklara da yönelmiştir²³. Zira birtakım gelişmelerden sonra 1981 yılında kurumun adı Londra Milletlerarası Tahkim Divanı (London Court of International Arbitration) adını almıştır.

Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce-ICC) 1923 yılında hükümetler dışı bir kuruluş olarak milletlerarası ilk tahkim kurumu olarak kurulmuş ve bugün uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde önemli bir rol oynamaktadır²⁴. Milletlerarası Ticaret Odası'nın amacı; giderek küreselleşen ve birbirine bağlı hale gelen dünyada ulusal ve uluslararası ihtiyaçları gözeterek uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde belirli politikalar oluşturarak, ticari hayatın hukuki güvenliği ve alt yapısını sağlamaktır²⁵. Milletlerarası Ticaret Odası aynı zamanda, uluslararası ticarete ilişkin yeknesak kurallar ve uluslararası ticarete yaygın şekilde kullanılan terimlerin tanımını ve yorumu için INCOTERMS isimli broşür hazırlamaktadır²⁶. Bu yönü ile Milletlerarası Ticaret Odası, uluslararası ticarete yeknesaklık kazandırmak suretiyle, uluslararası ticari uyuşmazlıklarda öngörülerini arttırmakta olduğundan uluslararası ticaretin hukuki güvenliğinin sağlanmasına katkı sağlamaktadır.

Amerikan Tahkim Birliği (American Arbitration Association-AAA) merkezi New York'ta olmak üzere 1926 yılında kurulmuştur. Ülke içinde ve dışında, uyuşmazlığın türü bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan her türlü ticari uyuşmazlıkları (inşaat, sigorta, iş ve tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarla birlikte) çözüme kavuşturan bir kuruluştur²⁷. 1996 yılında Uyuşmazlıkların Çözümü için Milletlerarası Merkez (International Center for Dispute Resolution-ICDR) adı altında bir birim AAA bünyesinde kurulmuş olup, dünya genelinde çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda yeknesaklık oluşturulmaya çalışılmıştır²⁸.

²³ ŞİT, B. , Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005, s. :24.

²⁴ ŞİT, a. g. e. , s:10,15.

²⁵ <http://www.iccwbo.org/policy/id3237/index.html>.

²⁶ ARKAN, S. , Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2001, s. : 16.

²⁷ ŞİT, a. g. e. , s: 33.

²⁸ ŞİT, a. g. e. , s: 34.

Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü hakkında Washington Konvansiyonu gereği kurulan Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü için Milletlerarası Merkez (International Center for Settlement of Investment Disputes – ICSID) uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözmek yerine, devletler ile ICSID’e taraf diğer devletlerin vatandaşları arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için öngörülen bir tahkim yoludur²⁹.Türkiye tarafından imzalanıp 06.12.1998 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmekle artık ülkemiz açısından da bağlayıcı tahkim yolu niteliğindedir.

Yatırımcılar ICSID tahkim yolu ile devletlerin egemenliği altında ve devletin çıkarını üstün tutacak, hantal ulusal yargı yolundan kurtulmayı amaçlamışlardır. Devletler de yabancı yatırımcıları ülkelerine çekebilmek maksadıyla egemenlik haklarından kısmen vazgeçmek suretiyle ICSID tahkim yolunu kabul etmek mecburiyetinde kalmıştır. Egemenlik, Hinsley’in tanımladığı gibi “siyasi toplulukta nihai ve mutlak otorite bulunduğu ve başka hiçbir yerde nihai ve mutlak otoritenin bulunmadığı³⁰” anlamında tanımlandığında uluslararası alanda yetkili bir devlet yahut uluslararası kuruluşun bulunması bu tanıma aykırılık teşkil edecektir. Ancak 20. Yüzyılın ikinci yarısından sonra, uluslararası alanda yaşanan gelişmeler uluslararası kamu hukuku anlayışını da temelden değişikliğe uğratmıştır³¹.Zira 20.yüzyılın ikinci yarısından sonra uluslararası alandaki gelişmeler klasik kamu hukuku konusunun ötesine geçerek, ticaret, fikri mülkiyet ve insan hakları konusunda uluslararası işbirliğini gerektirmiştir³².Bu sebeple de uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim kurumu ve bunu icra edebilecek hakemlerin yetkileri devletler tarafından tanınmıştır.

Türkiye yabancı sermaye ve yatırımları ülkesine çekebilmek için ICSID tahkim yolunu kabul etmesinin yanında, uluslararası ikili ve çok taraflı pek çok sözleşmeye de imza atmış ve atmakta olan bir ülkedir. Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya, İslam Teşkilatına üye ülkeler, Amerika Birleşik Devletleri, Belçika - Lüksembourg, Hollanda Krallığı, İsviçre Konfederasyonu, Avusturya Cumhuriyeti, Japonya, Çin, Polonya, Tunus, Danimarka, Macaristan, Özbekistan, Çek Cumhuriyeti, Arjantin, Azerbeycan, İspanya, Pakistan, Hırvatıyan v.d. gibi ülkelerle yatırımların karşılıklı korunması ve teşviki veya garanti altına alınmasına dair anlaşmalar yapılmış olsa da ICSID tahkim yolu ile ilk kez devletler üstü yargılama yolunun açılması sağlanmıştır³³.

ICSID tahkiminde devletler, uyuşmazlığın doğrudan tarafı oldukları halde devlet mahkemesi yerine kurumsal tahkim merkezi tarafından uyuşmazlığın çözümüne muvafakat ederek egemenlik haklarından kısmen vazgeçtikleri söylenebilir. Ancak milletlerarası ticari tahkimde, taraflar özel hukuk kişileridir. Ayrıca milletlerarası ticari tahkimde, taraflar ceza ve vergi hukuku gibi kamu hukukunu ilgilendiren konularda tahkim yoluna başvuramayacaklardır. Taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarrufta buldukları uyuşmazlık konularında milletlerarası ticari tahkim yoluna başvurabilirler. Tahkim kurumunun iç hukukta çıkabilecek bu nitelikte uyuşmazlıklarda da uygulandığı düşünüldüğünde, Milletlerarası ticari tahkimin devletin egemenlik yetkisini ihlal etmediği sonucuna varılacaktır.

²⁹ AKINCI, Z. , a. g. e. , s: 47.

³⁰ PIERSON, C. , Modern Devlet (The Modern State) ,Çev. : Dilek Hattatoğlu ,2000 İstanbul, s. : 33-34.

³¹Telli, S. , Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1991, s. : 3.

³²Sur, M. , Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul 2006, s. : 4 ; Uluslararası Hukuk bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar, Talat KAYA AUHFD, 61 (1) 2012.

³³ EKŞİ, N. , Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2006, s. : 767-776.

Tarafların anlaşması doğrultusunda uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası tahkim yukarıda belirtilen kurumlar tarafından kurumsal tahkim olarak yapıldığı gibi herhangi bir kuruma bağlı olmadan ad hoc tahkim olarak da yapılagelmiştir. Hatta tarihteki ilk tahkimin ad hoc tahkim olarak meydana geldiği, tahkim kurumunun doğuşu ile ad hoc tahkiminin aynı anda ortaya çıktığı da söylenebilir. Zira ad hoc tahkimde tahkim uyuşmazlığını çözecek önceden belirlenmiş belirli kurumlar bulunmamaktadır. Ad hoc tahkimde hakem olacak kişi yada kişileri taraflar seçerek uyuşmazlıkların bu kişiler tarafından çözülmesi istenilmektedir. Bu yüzden kurumsal tahkim kurulmadan önce uyuşmazlık tarafları ad hoc tahkim mekanizmasını kabul etmişlerdi. Ad Hoc tahkim konusunda İngiltere ile Amerika arasındaki ticari uyuşmazlıkların çözümü için 1794 tarihinde imzalanan Jay antlaşması ad hoc tahkim hakkında düzenlemelerde bulunmuştur. Bu anlaşmaya göre taraf devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ad hoc tahkim yolu olan taraf devletlerden eşit sayıda vatandaşın oluşturduğu komisyonda uyuşmazlığın çözümü kabul edilmiştir. Bu anlaşmanın 19. yy. boyunca uygulanması ve model olmasından yola çıkarak milletlerarası modern tahkimin kurucusu olduğunu iddia edenler de vardır.

1.6. Milletlerarası Tahkimin Avantajları

Milletlerarası tahkim öğretide ‘milletlerarası ticari tahkim’ olarak da nitelendirilmektedir³⁴. Zira milletlerarası tahkim kavramı kamu hukukunu da içeren konuların tahkimi gibi algılanabilmektedir. Halbuki milletlerarası tahkim denilince irade serbestisi gereğince tarafların serbestçe tasarruf edebileceği özel hukuk ilişkisi akla gelmesi gerekmektedir³⁵. Bu sebeple milletlerarası tahkimin faydaları denilince milletlerarası ticari tahkimin faydaları anlaşılmalıdır.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözecek uluslararası niteliğe sahip mahkemeler bulunmamaktadır. Dolayısıyla uluslararası ticaret yapan kişiler arasında çıkacak uyuşmazlıkları taraflar arasında tahkim anlaşması yok ise ulusal mahkemeler çözecektir. Ulusal mahkemelerde uyuşmazlığın çözümünde taraflardan biri diğer tarafın ulusal mahkemesinde uyuşmazlığın çözülmesini istemeyecektir. Zira uluslararası ticaretteki “home advantage³⁶” kavramına göre ticaret yapan kişilerden birinin devlet mahkemesinin tercih edilmesi o kişi açısından avantaj sağlayacaktır. Çünkü bulunduğu ülkenin ulusal mahkemesi kendi vatandaşını koruyabilir yada diğeri için yargılama gücünü çıkartabilir. Örnek vermek gerekirse; Türk hukukuna göre bir yabancı Türkiye’de dava veya icra takibi açabilmesi için teminat göstermesi zorunludur. Ancak Türk vatandaşları için böyle bir şart bulunmamaktadır. Bu ve benzer durumlarda ulusal mahkemede uyuşmazlığın çözümü diğer taraf için avantajlı olmayabilir. Halbuki milletlerarası ticari tahkimde tarafların vatandaşlık bağı, uyuşmazlığın çözümüne etki etmez. Taraflar eşit olarak temsil edilir ve taraflardan birine diğerinden farklı olarak yükümlülük getirilmez.

Uluslararası ticari uyuşmazlıklar oldukça seri ve hızlı çözülme ihtiyacı duyar. Ancak ulusal mahkemeler kararlarını geç verirler. Halbuki milletlerarası ticari tahkimin çözülmesi için genelde belirli ve kısa süreler öngörülmektedir. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanununun 10/B maddesi gereğince aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa bir yıl içinde hakem veya hakem kurulu tarafından esas hakkında karar verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Halbuki ulusal mahkemeler temyiz yargılaması ile birlikte senelerce süren yargılamalar

³⁴ NOMER, a. g. e. , s. : 4.

³⁵ NOMER, a. g. e. , s. : 4.

³⁶<http://mediationmindset.blogspot.com/2006/07/international-commercial-arbitration.html>.

yapabilmektedir. Bilindiği gibi devlet mahkemelerinde görülmekte olan davalarda karar verilmesi için azami bir süre de öngörülmemiştir.

Ulusal mahkemeler, uluslararası ticari uyuşmazlıklar ile bu uyuşmazlıklara ilişkin hukuki, teknik ve ticari teamüller hakkında yeterli bilgi ve donanıma sahip değildirler. Bu sebeple de uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde yeterli olamayabilirler. Halbuki milletlerarası ticari tahkimde hakemler seçilirken konu ile ilgili hukuki ve teknik uzmanlığı bulunan kişiler tercih edilebilir. Aslında hakemlerin hukukçu olması da gerekmez. Dolayısıyla taraflar milletlerarası ticari tahkim yoluna giderek uyuşmazlığın uluslararası ticari uyuşmazlıklarda uzmanlığı ve tecrübesi bulunan kişiler tarafından çözülmesini kararlaştırabileceklerdir³⁷.

Milletlerarası ticari tahkim sonucunda verilen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ulusal mahkemeler vermiş oldukları kararların tanınması ve tenfizinden daha kolay yapılmaktadır. Ulusal mahkemeler tarafından verilmiş olan mahkeme kararlarının diğer ülkede tanıma ve tenfizi için karşılılık şartı aranmaktadır. Bu şartın yerine getirilebilmesi için de her iki ülke arasında imzalanmış bu yönde bir uluslararası anlaşma veya fiili olarak uygulanma şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Genelde çoğu ülkeler arasında anlaşmanın yada fiili uygulamasının olmaması sebebiyle ulusal mahkeme tarafından verilmiş olan mahkeme kararların farklı ülkelerde tanıma ve tenfizi yapılamamaktadır. Ancak Türkiye'nin de taraf olduğu 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesine ülkeler karşılılık şartını koysalar bile sözleşme hemen hemen dünyanın tüm ülkeleri tarafından imzalanmış olması sebebiyle karşılılık şartı gerçekleşmiş sayılacağından milletlerarası ticari tahkim sonucunda verilen hakem kararlarının tenfizi ve infazı ulusal mahkeme kararlarına göre oldukça kolaydır³⁸.

Milletlerarası ticari tahkimin bir başka faydası ise tarafların uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul kuralları ile uyuşmazlığın esasına uygulanacak usul kurallarını istedikleri gibi seçebiliyor olmalarıdır. Madem ki tahkim tarafların üzerinde tasarrufta bulabileceği konularda başvurulacak yoldur o halde; taraflar uyuşmazlığın çözümünde istedikleri gibi hukuk seçimi de yapabilirler. Hatta taraflar hakem ya da hakem kurulunu hiçbir hukuk ile bağlı olmaksızın hakkaniyete göre karar verebilmeleri konusunda da yetkilendirebilirler. Böylelikle uluslararası ticaret yapıp da çoğunlukla birbirini tanımayan tarafların inandıkları ve istedikleri şekilde uyuşmazlıkların çözümü mümkün hale gelecektir. Ancak ulusal mahkemelerde taraflar uygulanacak usul kurallarını kesinlikle kararlaştıramazlar. Esasa ilişkin hukuk ise istisnai olarak taraflarca belirlenebilir. Bunun sonucu olarak da çoğunlukla uluslararası ticaretin gereklerine aykırı olarak oluşturulmuş ulusal kanunlar çerçevesinde uyuşmazlıklar çözülmek zorunda kalacaktır. İşte taraflar milletlerarası ticari tahkim yoluna giderek neredeyse kanun koyucu yerine geçecek şekilde uyuşmazlıklarının gerçek iradeleri doğrultusunda çözümünü sağlayabilirler³⁹.

Son olarak, Milletlerarası Tahkim Kanununun genel gerekçesinde ise milletlerarası ticari tahkimin avantajları özet olarak: “Öteden beri uyuşmazlıkların çözülmesinde uygulanan tahkim, küreselleşen dünyada ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinde yatırım yapmalarının olağan hale gelmesi nedeniyle, yatırımların güvence altına alınması için iki ya da çok taraflı uluslararası sözleşmelerde uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak öngörülmekte ve seçimlik bir

³⁷ AKINCI, a. g. e. , s. : 33.

³⁸ AKINCI, a. g. e. , s. : 32-33; <http://mediationmindset.blogspot.com/2006/07/international-commercial-arbitration.html>.

³⁹ AKINCI a. g. e. , s. : 33.

yargı yolu olarak etkinliğini giderek arttırmaktadır. Uluslararası alanda sözleşmeler yapan tarafların, birbirlerinin milli mahkemelerine gitmeyi kendileri bakımından riskli bulması, diğer tarafın kendi milli mahkemesinde avantaj elde edebileceği endişesini taşıması ve yine milli mahkemelerin bürokratik işlemleri ve uzmanlıktan uzak yapılanmalarının davanın uzamasına neden olacağını düşünmesi, tahkimin seçimsel bir yargı yolu olarak tercih edilmesinin sebeplerini oluşturmaktadır. Yargı yolu olarak tahkimin tercih edilmesinin diğer bir nedeni ise, mahkeme kararlarının uluslararası alandaki etkinliğinin sınırlı bulunmasıdır. Çünkü milli mahkemeler, yabancı devletin yargı egemenliğinin sonucu olan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda genellikle çekingendirler. Buna karşılık günümüzde uluslararası ticaret camiasının özel mahkemeleri konumundaki hakem veya hakem kurulu kararları, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Anlaşmasına göre 150 dolayında ülkede icra edilebilmektedir. Tüm bu gerekçeler, uluslararası ticari ve ekonomik sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkimi cazip ve vazgeçilmez kılmaktadır⁴⁰.” diye belirterek neredeyse yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları özetlemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ile yasa koyucu tahkim kurumunu yaygınlaştırmak ve işlerlik kazandırmak konusunda iradesini ortaya koymuştur. Son yıllarda verilen Yüksek Mahkeme kararları ile birlikte de milletlerarası ticari tahkim kurumuna verilen önem artmıştır. Özellikle Yargıtay C.G.K. 01.01.2011 tarih ve 2011/7-31 E. ,2011/219 K. Sayılı kararında :”Sanıkların belirtilen fiillerini konu alan ve taraflar tarafından itiraz edilmeyen uluslararası tahkim kararı Amsterdam Yüksek Mahkemesi'nin 22.01.2004 tarihli onama kararıyla kesinleşmiş olup, bu karar 'maddi olayın kabulü' bakımından mahkemeye yeterli düzeyde bilgi sunmaktadır. Anılan tahkim kararı her ne kadar özel hukuka ilişkin bir karar ise de, bu karara karşı tarafların, bu bağlamda özellikle savunma tarafının itiraz etmemesi karşısında, bu karar maddi olayın değerlendirilmesi bakımından ceza mahkemesinin yararlanabileceği önemli bir delil aracı durumuna gelmiştir⁴¹” denilmektedir. Türkiye’de geçmişte Yargıtay’ın Hukuk Daireleri bile tahkim kararına güvenmeyerek, devlet mahkemelerinin yetkisini paylaşmakta kışkıran davranır iken bugün Yargıtay’ın Ceza Genel Kurulu’nun uluslararası tahkim kararını tıpkı devlet mahkemelerinin kararı gibi delil olarak kabul edileceğini kararlaştırmış olması Türk Milletlerarası Ticari Tahkiminde önemli bir adım teşkil edecektir.

İngiltere’de yapılan bir araştırmaya göre⁴² deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklarda sadece bir yılda 1500-2000 arasında ad hoc veya kurumsal tahkim davası açılmakta ve bunların yaklaşık 450 tanesi hakkında her yıl karar verilmektedir⁴³.Devlet mahkemelerinde bu nitelikte görülen dava sayısından fazla olan bu oran tahkim kurumunun önemini ve özellikle uluslararası ticari konularda yaygınlığını göstermektedir.

1.7. Alternatif Çözüm Yolları

Burada geçen alternatif çözüm yolundan kastedilen şey, tahkim dışındaki alternatif çözüm yollarıdır. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak şüphesiz milletlerarası ticari tahkim dışında da alternatif çözüm yolları vardır. Ne var ki hiçbir alternatif çözüm yolu milletlerarası ticari tahkim kadar etkili ve bağlayıcı değildir.

⁴⁰ TBMM 21.Dönem ve 3.yasama yılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı ve Anayasa ve Adalet Komisyonları Raporları (1/874),<http://www.corpus.com.tr/Data/Gerekce/21/ss712m.htm>.

⁴¹Corpus İçtihat Bankası, <http://www.corpus.com.tr>.

⁴² ERTEN, R. , İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, AÜHF 58 (3) 2009, s. : 542.

⁴³FRASER, D. , Arbitration of International Commercial Disputes under English Law, American Review of International Arbitration,1997, Vol. 8, s. : 2.

1.7.1. Arabuluculuk

Alternatif çözüm yolları denilince akla ilk gelen arabuluculuk kurumudur. Arabulucuk'ta arabulucu olacak kişi tarafları bir araya getirerek dinler, akabinde uzlaşma protokolü hazırlayarak taraflara teslim eder⁴⁴. Taraflarca kabul edilip imzalanmayan uzlaşma protokolü tarafları bağlamaz.

Türkiye'de Arabuluculuk 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 7.6.2012 tarihinde kabul edilerek yasallaşmıştır. Kanununun 2.maddesine göre : “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde” uygulanacaktır. Aşağıda özellikle tahkime elverişlilik konusunda inceleyeceğimiz üzere arabuluculuk ile tahkime elverişli konular birbirine paralellik taşımaktadır. Zira her ikisinde de ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden dolayı bu kuruma başvurmak mümkündür. Yine kanunda belirtilen ‘yabancılık unsuru taşıyanlar dahil’ ifadesinden uluslararası ticari uyuşmazlıklarda da arabuluculuğa başvurulabileceği belirtilmektedir.

Ne var ki tahkim arabuluculuk kurumundan çok daha etkili bir kurumdur. Zira arabuluculuk faaliyeti sonucunda taraflar anlaşmaz ise karar verilmemektedir. Dolayısıyla arabuluculuk sonucunda tarafların anlaşamaması halinde taraflar açısından bağlayıcılık yoktur. Halbuki milletlerarası ticari tahkim sonucunda verilecek karar tarafların anlaşmasına tabi değildir. Taraflar anlaşmasa dahi tahkim sonucunda verilen karar tıpkı devlet mahkemesi kararı gibi taraflar açısından bağlayıcıdır. Yine arabuluculuk sonucunda verilen karara taraflardan biri uymaz ise, diğer taraf karşı tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerine uymaması sebebiyle diğer tarafa dava açması gerekmektedir. Başka bir ifade ile arabuluculuk sonucunda tutulan uzlaşma protokolü tahkim kararı gibi doğrudan icra edilemez.

1.7.2. Hakem (Teknik) Bilirkişilik Yöntemi

Uluslararası ticari uyuşmazlıklar yapısı gereği oldukça karmaşıktır. Çoğu tek uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözümü ciddi teknik bilgiyi gerektirmektedir. Mesela gelişmekte olan bir ülke olan Tunus'ta baraj yapımını üstlenen bir firma çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için teknik bilirkişilik yöntemine başvurarak, uyuşmazlığın daha doğru şekilde çözülmesini isteyebilir.

Son yıllarda teknik bilirkişilik yöntemi ile uyuşmazlıkların çözümü yoluna başvurulmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası da bu somut durum karşısında kendi bünyesinde Uluslararası Teknik Bilirkişilik Merkezi'ni (The International Centre for Expertise) kurmuş ve teknik bilirkişilik faaliyetlerini belirleyen kuralları Teknik Bilirkişilik Kuralları adı altında 01 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe koymuştur⁴⁵.

Teknik bilirkişiler tarafından verilen kararlar aksi kararlaştırılmadıkça tarafları bağlamaz. Eğer tarafları bağlayıcı niteliği olduğu kararlaştırılmış ise tahkim kararı niteliğinde bulunmadığından kesinleşmesi ya da tanıma veya tenfiz edilmesi ile mahkeme kararı

⁴⁴ AKINCI a. g. e. , s. : 34-35.

⁴⁵ KÖKSAL, T. , Uluslararası İnşaat Hukuku, Ankara 2011, s: 238.

niteliğinde yerine getirilmesi söz konusu olamaz⁴⁶. Ancak tarafları bağlayıcı nitelikte bulunan teknik bilirkişi raporları açılacak davalarda delil niteliğinde kabul edilecektir⁴⁷.

Teknik konularda bilirkişi raporlarının açılacak davalarda delil niteliğinde bulunması, yargılama sırasında verilecek karar üzerinde de etkili olacaktır. Zira özellikle Alman Federal Temyiz mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 27.3.2001 tarihli kararı⁴⁸ ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun hakim bilirkişi raporuyla ilgili olup olmadığı hakkında vermiş olduğu 24.12.2008 gün ve e.2008/4-734, k. 2008/766 sayılı kararında⁴⁹ teknik konularda bilirkişi tarafından yapılan değerlendirmenin hakimi bağlayacağı yönündeki kararları bu tezimizi doğrular niteliktedir. Özellikle tarafların, aralarında çıkacak uyuşmazlıkta teknik bilirkişinin düzenleyeceği raporun kesin delil olacağı yönünde delil sözleşmesi yapmaları halinde teknik bilirkişi tarafından hazırlanacak rapor bir bakıma yargılama sonucunda alınacak karara yön gösterecektir.

1.7.3. Sözleşmeye Üçüncü Kişilerin Müdahalesi Yöntemi

Uluslararası ticaretin bağlı olduğu yasa ya da anayasa taraflar arasında yapılmış olan sözleşmelerdir. Zira uluslararası ticareti düzenleyen ve tarafları bağlayıcı, yaptırım gücü bulunan kurallar bulunmadığı için taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü öncelikle taraflar arasında bulunan sözleşme çerçevesinde yapılacaktır. Hatta öyle ki; tahkim yargılaması sonucunda verilecek kararı değerlendirecek ülkenin yasalarının emredici ve kamu düzenini ilgilendirmeyen bölümleri sözleşmelerle bertaraf edilebilir düzenlemelerdir. Yasa koyucular genellikle uluslararası ticarete tarafların irade serbestisine oldukça önem verdikleri için yasalarda sözleşmenin üstün niteliğine açıkça atıfta bulunmaktadır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu incelenirse görüleceği üzere pek çok yerinde: '...aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça' ifadesi de bu görüşümüzü doğrular niteliktedir.

O halde uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde sözleşmeler bu kadar önem taşımakta ise taraflarca eksik, hatalı, muğlak, yoruma muhtaç ya da değişen şartlara uyarlanması gereken sözleşmenin maddelerinde düzenleme yapmak maksadıyla üçüncü kişilere başvurulabilir. Ancak sözleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesine başvurabilmek için tarafların bu konuda anlaşması şarttır⁵⁰. Taraflarca yapılacak anlaşmada sözleşmenin üçüncü kişi tarafından müdahale edilebileceği sınırları da çizilebilir. Taraflar üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi konusunda anlaşmış ise üçüncü kişiler taraflarca seçilebileceği gibi tarafların seçtiği bir kurum tarafından da seçilebilir. Bu konuda MTO bünyesinde "akti münasebetleri düzenleme komitesi"(The Standing Committee for Regulation of Contractual Relations) uluslararası ticarete ihtiyaçlar çerçevesinde kurulmuştur⁵¹.

Sözleşmeye üçüncü kişilerin müdahalesi ile sözleşmede geçen terimler yorumlanır, hatalar giderilir ve sözleşme değişen şartlara uyarlanabilir. Üçüncü kişinin sözleşmeye

⁴⁶ KÖKSAL, a. g. e. , s. : 238.

⁴⁷ KÖKSAL, a. g. e. , s. : 238.

⁴⁸ AKİL, C. (Çeviren) , Alman Federal Temyiz Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 27.3.2001 Tarihli Kararı (The Decision of The 6th Civil Chamber of The German Federal Court of Appeal Dated 27.03.2001), AUHFD, 60 (2) 2011: s. : 417-418.

⁴⁹ AKİL,C. , Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakim bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12. 2008 Gün Ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararın Tahlili (Evolution of the Turkish Court of Cassation's Decision 24.12.2008 dated and numbered E. 2008/4-337 E., 2008/766 K. on whether the Courts are bound by the Expert Reports), AÜHFD, 60 (3) 2011: s. : 693-694.

⁵⁰ KÖKSAL, a. g. e. , s. : 240.

⁵¹ KÖKSAL, a. g. e. , s. : 240.

müdahalesi sonucunda verdiği kararların öneri ya da bağlayıcı nitelikte bulunduğu kararlaştırılabilir. Bağlayıcı nitelikte kararlar sözleşmenin birer maddesi olarak tarafları bağlar. Mahkeme ya da tahkim sırasında hakim ya da hakemleri bağlayacaktır⁵².

1.7.4. Ön Hakemlik Yöntemi

Büyük ölçekte uluslararası ticaret yapan taraflar aralarında çıkan her uyuşmazlığı doğrudan tahkim veya dava yoluna götürmek istemeyebilir. Ya da uyuşmazlığın niteliği, acili yeti gereği delil tespiti, sorunların geçici olarak çözülmesi gerekebilir. İşte bu ve benzer durumlarda taraflar anlaşmış iseler öncelikle ön hakemlik yoluna başvurarak uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilirler.

Ön hakemlik yolu ile taraflar zararları büyümeden, deliller yok olmadan yani sıcağı sıcağına hakemin müdahalesi isterler⁵³. Ancak ön hakemlerin verdikleri kararlar geçici olup taraflar kendi rızası ile uymaları gerekir. Taraflar rızası ile ön hakem kararına uymaz ise ön hakem kararı tahkim yargılaması sonucunda verilen kararlar gibi tenfiz ya da infaz edilmesi mümkün değildir. Tarafların rızası ile ön hakem kararına uymaması durumunda ülkelerin milli hakemlerine ya da tahkime başvurularak ön hakemliğin mahiyetinde bulunan konularda karar alınmasını isteyebileceklerdir⁵⁴. Mesela ihtiyati tedbir yahut ihtiyati haciz veyahut delil tespiti kararı verilmesi için mahkemelere yada tahkim yargılamasını yapacak hakeme başvurabilirler.

⁵² KÖKSAL, a. g. e. , s. : 240.

⁵³ KÖKSAL, a. g. e. , s. : 241.

⁵⁴ KÖKSAL, a. g. e. , s. : 241.

İKİNCİ BÖLÜM

2.4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU ÇERÇEVESİNDE TAHKİM

2.1. Kanunun Yürürlüğe Girmesi Ve Etkisi

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarihli R.G.'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. MTK yürürlüğe girmeden önce 14.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Anayasa değişikliğine kadar Türkiye'de milletlerarası tahkimi düzenleyen spesifik metinler bulunmamaktaydı⁵⁵. Tahkime ilişkin Anayasa değişikliğini yapma ihtiyacı ise Anayasa Mahkemesi'nin 28.06.1995 tarih ve 1994/71 E. ve 1995/23 K. sayılı kararı ile "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili tahkim yoluna gidilemeyeceği"⁵⁶ yönündeki kararı etkili olmuştur. Uluslararası şirketler Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sebebiyle Türkiye'de yatırım yapmaktan kaçınmaktaydı. Zira otoyol, baraj veya köprü gibi büyük yatırımları yapacak uluslararası şirketler uyuşmazlık çıktığında devletin menfaatini üstün tutabilecek ulusal mahkemelerde yargılama yapılmasını istemedikleri için Türkiye'de yabancı yatırımlar artmıyordu. Bunun üzerine 4446 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasanın 125/son fıkrasına :”kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir” maddesi eklenmiştir.

Ne var ki; 4446 sayılı Anayasa değişikliği daha çok kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz sözleşmeleri için yapılan bir değişiklikti. Başka bir anlatımda değişiklik ile birlikte devlet ile uluslararası şirketler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulabileceği öngörülmekteydi. Burada anayasa değişikliği ile amaçlanan husus ICSID tahkim denilen yatırım uyuşmazlıklarının çözümü konusundaki tahkimdir. Bu değişiklikten önce de 'milletlerarası ticari tahkime' ilişkin birtakım uluslararası sözleşmeler imzalanmış ve yürürlüğe girmiş bulunuyordu. Milletlerarası ticari tahkime ilişkin esasları belirleyen 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa(Cenevre) Sözleşmesi 23.09.1991 tarihli R.G.'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş, yine yabancı hakem kararının tenfizini düzenleyen 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi 25.09.1991 tarihli R.G' de yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktaydı.

Milletlerarası tahkime dair her ne kadar Anayasa değişikliği yapılmış ve uluslararası sözleşmeler imzalanmışsa da Türkiye'de milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen herhangi bir mevzuat yahut usul kuralı bulunmamaktaydı. Milletlerarası Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte somut olarak milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen kurallar ile Türk Hukuk düzeni tanışmıştır.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesinde de belirtildiği gibi niteliği gereği "milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları" düzenleyen kanundur. Bilindiği gibi usul kuralları yürürlüğe girdiği andan itibaren daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklar ile yürürlük tarihinden sonra çıkabilecek uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Öyleyse MTK yürürlüğe girdiği 05.07.2001 tarihinden önceki uyuşmazlıklara uygulanması gereklidir. Bir başka ifade ile usul kanunu olan MTK "kazanılmış haklara helal getirmeksizin" henüz kesinleşmemiş olan uyuşmazlık ile ilgili yargılamada uygulanabilmelidir.

⁵⁵ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 5.

⁵⁶ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 8.

Ancak Yargıtay MTK'nın geçmişe etkili olarak uygulanabileceği görüşünü kabul etmemektedir. Yargıtay 15.H.D. 10.10.2001 tarih ve 2002/2760 E. ,2002/4528 K. Sayılı kararında: "Tahkimde tarafların iradesinin esas olması; tarafların 06.12.1987 günlü sözleşmelerinin 80. ve 67/I. maddelerinde iradi tahkim seçiminin yapılması ve o tarihteki mevzuat uyarınca anlaşmazlıkların çözümünün kararlaştırılması; sonradan yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih hakkında ayrı ve özel hüküm bulunmadığından, Kanunun 05.07.2001 tarihinden sonraki uyuşmazlıklara uygulanması; daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise, tarafların serbest iradeleri ile o tarihteki mevzuatı seçtiklerinin kabul edilmesi; HUMK'a tabi olarak verilen hakem kararının uygunluğunun temyiz yoluyla denetlenmesi⁵⁷" gerektiğine karar vermiştir.

2.2. Kanunun Uygulama Alanı

2.2.1. Taraflarca Kanunun Uygulanmasının Kararlaştırılması

Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanını düzenlerken tahkim yerinin Türkiye olduğu ve yabancılik unsuru bulunan uyuşmazlıklar hakkında kanunun uygulanacağı düşünülmüş ve yabancılik unsuru Kanunun 2.maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun sadece bu hali ile kabul edilmiş olsaydı Türkiye'de yabancılara tanınan Milletlerarası Tahkim imkanı Türk vatandaşlarına tanınmamış olacaktı⁵⁸. Bu sebeple MTK'nın 1.maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere: "Doğal olarak taraflar tahkim yargılamasının tâbi olduğu kuralları belirlemek konusunda anlaşmakta serbestirler. O nedenle aralarındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü bu Kanuna tâbi kılacakları gibi hakem veya hakem kurulu da uyuşmazlığın çözümünde bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını seçebileceklerdir." denilmektedir.

O halde tahkim yeri Türkiye olmasa ya da tahkim yabancılik unsuru taşımasa bile taraflar aralarında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklara MTK hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Ya da hakem veya hakem kurulu tarafından taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise uyuşmazlığın çözümünde MTK'nın uyuşmazlığa uygulanmasını kararlaştırabilirler.

MTK'nın 1.maddesinde yer alan bu düzenleme iç tahkimi düzenleyen "Yargılama usulünün belirlenmesi" başlıklı HMK 424.maddesinde: "taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısımın hükümlerini gözeterek uygun bulduğu bir şekilde yürütür." denilmektedir. Böylelikle MTK ile HMK hükümleri arasında paralellik de sağlanmıştır.

İç tahkimi düzenleyen mülga HMUK'ta bu konuda düzenleme olmaması ve MTK'nın sonraki tarihli kanun olması sebebiyle taraflarca MTK'nın uyuşmazlığa uygulanacağı kararlaştırıldığı takdirde HUMK'un emredici kurallarının taraflar yada hakem veya hakem kurulu tarafından bertaraf edilebileceği kabul edilmekteydi⁵⁹. O halde HMK 424.maddesinde "emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile" ifadesinden uyuşmazlığa MTK'nın seçilmesi halinde HMK'nın emredici hükümleri ne olacağı sorusu akla gelebilir. HMK'nın usul ve

⁵⁷ EKŞİ, N. , 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2009, a. g. e. s. : 3-4.

⁵⁸ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 27.

⁵⁹ AKINCI, a. g. e. , s. : 58.

sonraki tarihli kanun olması sebebiyle yürürlüğe girdiği tarihten sonra doğmuş veya doğacak uyuşmazlıklara kazanılmış haklara zarar vermemek kaydı ile uygulanacağını söyleyebiliriz. Bu durumda HMK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte iç tahkimin kapsamına giren bir uyuşmazlıkta MTK'nın uygulanacağı kararlaştırılsa dahi HMK'nın iç tahkimi düzenleyen emredici kuralları taraflarca bertaraf edilemeyecektir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkime ilişkin verilen kararlar Yargıtay tarafından esastan incelenmek üzere temyiz edilebiliyordu. Halbuki MTK çerçevesinde verilen kararlar hakkında sadece iptal koşulları var ise kararın iptali istenebiliyor ancak kararın esastan denetimi yapılamıyordu. İç tahkimin yargılama sürecinin Yargıtay tarafından esastan denetlenmesi sebebiyle tahkimle amaçlanan irade serbestisini ortadan kaldırıyordu. Bu sebeple iç tahkime ilişkin konularda taraflarca MTK'nın uygulanması kararlaştırılarak mülga HUMK hükümleri bertaraf ediliyordu. Ancak yürürlüğe giren HMK hükümleri MTK ile paralel doğrultuda düzenleme yapmış olmasından ötürü artık iç tahkimde verilen kararlar hakkında da iptal yoluna gidilebileceğinden Yargıtay'ın iç tahkimde verilen tahkim kararını esastan inceleyemeyeceğini düşünülmektedir.

2.2.2. Yabancılık Unsuru Taşıyan Ve Tahkim Yerinin Türkiye Olarak Belirlendiği Uyuşmazlıklar

2.2.2.1. Genel Olarak

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2.maddesinde hangi hallerde uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını belirtmiş ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklardan doğan tahkimin milletlerarası tahkim niteliği kazanacağını hükme bağlamıştır. Başka bir ifade ile kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi “Tahkime milletlerarası nitelik kazandıran yabancılık unsurları” açıklanmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önce hangi tahkimin milletlerarası tahkim sayılacağı ya da yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğine dair hukukumuzda doğrudan herhangi bir tanım bulunmamaktaydı.26775 Sayılı Milletlerarası Özel hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 1.maddesinde “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk’ olarak kanunun kapsamını belirtse de kanunda yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği tanımlanmış değildi. Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi'nin “Sözleşmenin Tatbik Alanı” başlıklı 1.maddesinde :”milletlerarası ticari ameliyelerden doğan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik akit devletlerde bulunan hakiki veya hükmi şahıslar arasındaki⁶⁰” uyuşmazlıkların yabancı unsurlu olduğu kabul edilmiştir. Öğretide yabancılık unsuru “bir hukuki ilişki veya olayı, birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı kılan unsur⁶¹” şeklinde tanımlanmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmekle birlikte “yabancılık unsuru” kavramı açıklığa ulaştığı gibi milletlerarası tahkim 'den ne anlaşılması gerektiği de kanunumuzda tanımlanmıştır. Buna göre Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesi gereğince Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği ve kanunun 2.maddesi kapsamında yabancı unsurlu sayılan uyuşmazlıklara Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Bu görüşün aksine KALPSÜZ'e göre uyuşmazlığın: “Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girmesi için uyuşmazlığın sadece 2.madde manasında yabancılık unsuru

⁶⁰ TURHAN, T. ; BAYRAKTAROĞLU, G. ; SİRMEN, S. ; ERTEN, R. , Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler, Ankara 2002, a. g. e. s. : 43.

⁶¹ AKINCI, a. g. e. s. : 60.

taşımasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki, bu maddede uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması için alternatif olarak mevcudiyeti gerekli hallerden biri mevcut olduğu ve mesela, tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri ayrı ayrı devletlerde bulunduğu takdirde, tahkim yerinin Türkiye’de olup olmamasına bakılmaksızın, uyuşmazlığın çözümü Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girecektir.2.maddede milletlerarası tahkimin tanımı ile değil, Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanı ile ilgili olduğundan, bu maddede alternatif olarak sayılmış olan hallerden birinin varlığında tahkimin milletlerarası nitelik kazanacağına ifade edilmiş olması hatalıdır.4686 s.lı Kanun milletlerarası tahkimin tanımını, ilmi ve kazai içtihatlarla bırakmıştır; sadece Kanunun uygulama alanını düzenlemiştir. Buna göre 2.maddenin I. fıkrası ilk cümlesi 2.kısımının ‘ve bu durumda tahkime Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanır’ şeklinde kaleme alınmış olması icap ederdi⁶²” denilmektedir.

Ancak KALPSÜZ’ün “tahkim yerinin Türkiye’de olup olmamasına bakılmasının uyuşmazlığın çözümü Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulama alanına girecektir” görüşü kabul edilemeyecektir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanununun amaç ve kapsam başlıklı 1.maddesinde açıkça “yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. KALPSÜZ kanunun düzenlemesini hatalı olarak bulmuş olsa da kanunun düzenlemesinden tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanacağı anlamı çıkartılamayacaktır.

Öte yandan Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Türkiye’de tahkim kurumunun geliştirilmesi ve yaygınlaştırması amaçlanmıştır. Zira uluslararası ticaretin gelişmesi ancak serbestçe tahkim yargılamalarının yapıldığı ve yargılama sonucunda verilen kararlara itibar edildiği ülkelerde uygulanmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu yapılırken tüm dünyadaki yabancı unsurlu anlaşmazlıklara kanun hükümlerinin uygulanması amaçlanmamıştır. Anglo Sakson hukukunun da kabul ettiği toprak esası prensibine göre tahkim yeri kriteri esas alınmıştır. Kanun koyucu yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın çözüm merkezi olarak tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda zımni olarak Milletlerarası Tahkim Kanununun uyuşmazlık hakkında uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Her ne kadar tahkim yeri Türkiye olsa ve uyuşmazlık yabancılık unsuru taşısa da Milletlerarası Tahkim Kanununun hemen hemen tüm hükümlerinin ‘aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça’ hükmü gereğince kanunun aksinin her zaman taraflarca kararlaştırılabileceğini de belirtmekte fayda vardır.

Aksi kabul edilip sadece yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hakkında Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacak olsaydı Türk Hukuku fazlaca müdahaleci, anti liberal bir düzenleme yapmış olurdu. Bu durum ise uluslararası ticaret yapan yabancı kişilerin Türkiye ile ticaret yapmasından kaçınmasına sebep olabilirdi.

2.2.2.2. Tarafların Yerleşim Yeri Veya Olağan Oturma Yeri Yada İşyerlerinin

(1) Ayrı Devletlerde Bulunması

Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterecektir. Kanunda belirtilen ve uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıran husus aslında

⁶² KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 18-19.

uluslararası ticaretin temel esaslarındandır. Uluslararası ticaret yapıp, tahkim sözleşmesi yapanların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri veyahut işyerleri ayrı devletlerdedir. Eğer yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri aynı devlette bulunan kişiler arasında ticaret yapılırsa idi bu zaten ulusal ticaret olacaktı ve milletlerarası tahkim kanununa bu konuda ihtiyaç bulunmamaktaydı. Kanunun taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması şartı, uluslararası ticaret yapanlar için düzenlenmiş olmasının da bir sonucudur.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2.maddesinde sadece tahkim sözleşmesinin taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması tahkime yabancılık unsuru kazandırma konusunda yeterlidir. Bunun dışında herhangi bir şart aranmamıştır. Dolayısıyla uluslararası ticaret yapan ve tahkim sözleşmesi imzalayan tarafların farklı ülkelerin vatandaşlığına sahip olması gerekmez. Örnek vermek gerekirse her iki tarafı da Türk olan ancak yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri farklı devletlerde bulunan kişiler arasındaki uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun gerçekleştiği söylenebilir.

Yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri kavramlarının belirlenmesinde kanunlar ihtilafı hukukumuzda göre Türk Mahkemelerinde görülmekte olan bir davada bu kavramlar hakimın hukukunun uygulanması ile sonuçlandırılacaktır⁶³.

Yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinden herhangi biri farklı devlette bulunması uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıracaktır. Bu konuda yerleşim yeri olmazsa olağan oturma yeri o da olmazsa işyerlerinin farklı devlette olması kanun tarafından aranmamıştır. Zira kanunda kullanılan “veya” , “ya da” gibi bağlaçlardan yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerinden herhangi birinin farklı devlette olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır⁶⁴.

Uyuşmazlık çıktığında yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin hangi andaki durumu gözetileceği hususu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁶⁵ Milletlerarası Tahkim Kanununda bu husus belirtilmemiş olmakla birlikte MÖHUK’un “değişken ihtilaf” başlığı altında 3.maddesinde bu husus düzenlenmiştir.” Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.” O halde tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri dava tarihine göre belirlenecektir. Yabancılık unsurunun belirlenmesi dolayısıyla Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanıp uygulanmayacağına tespiti yetkili hukuku tespit etmek anlamına geleceğinden bu görüşe katılmak gereklidir.

Diğer görüşe göre⁶⁶ tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerleri zamanla değişebilir. Ya da taraflardan biri Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanmasını engellemek amacıyla diğerinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri devletine taşınabilir, böylece tarafların tahkim sözleşmesi yaptıkları sırada uygulanacak hukuk açısından oluşan iradelerine aykırı bir durum ortaya çıkabilir. Buna benzer durumda tahkim sözleşmesi yapıldığı andaki tarafların öngörü ve iradelerinden farklı sonuçlar doğabilir. Bu sebeple taraflar tahkim sözleşmesini yaptıkları sırada tahkim sözleşmesine yerleşim yeri veya

⁶³ AKINCI, a. g. e. , s. : 61.

⁶⁴ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 20.

⁶⁵ AKINCI, a. g. e. , s. : 62.

⁶⁶ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 20.

olağan oturma yeri ya da işyerleri yazarak uygulanacak hukuku dolaylı yoldan belirlemiş kabul edilmesi gerekir. Tahkim sözleşmesinin yapılma anında kabul edilip, geçen yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyeri adresleri belirlenmelidir. Bu görüşün haklı yanları olsa da MÖHUK 3.maddenin açık hükmü karşısında Türk Mahkemeleri için dava anındaki yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerine göre yabancılık unsurunun tespitinin doğru olacağı kanaatindeyiz.

(2) Tahkim Yerinden Başka Bir Devlette Bulunması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2/2-a maddesi gereğince tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması tahkimin yabancılık unsuru taşıdığını göstermektedir.

O halde bir uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması için tahkim yerinin, başka bir ifade ile uyuşmazlık hakkında yargılamanın yapıldığı yer ile tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin farklı olması yeterli olacaktır. Kanun koyucu yabancılık unsurunu burada belirlerken Anglo Sakson hukukundan etkilenmiştir. Zira Anglo Sakson hukukunda tahkim yerine özel bir önem atfedilmiştir. Eğer tarafların kanunda belirtilen adresleri tahkim yerinden farklı bir yerde ise o uyuşmazlığın yabancı unsurlu olduğu kabul edilmektedir. Kanun burada da yabancılık unsurunu belirlerken tarafların milliyetini kriter olarak kabul etmemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 9.maddesine göre tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılabilir. Tahkim yeri taraflarca tahkim sözleşmesi ile ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra tarafların anlaşması ile kararlaştırılabilir. Tahkim sözleşmesi ya da şartı ile kurumsal tahkim öngörülmüş ise tahkim yeri taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça kurumsal tahkimin kurallarına göre belirlenecektir. Mesela tahkim sözleşmesinde tahkim kurumu olarak İstanbul Ticaret Odası belirlenmiş olabilir. Bu durumda 13.9.1979/15 sayılı Oda Meclisi Kararı gereğince İstanbul Ticaret Odası Tahkim-Uzlaştırma-Hakem-Bilirkişi Yönetmeliğinin 24.maddesi gereğince hakem heyetinin toplantı yeri İTO'nun bulunduğu yer yani İstanbul'dur⁶⁷. O halde kurumsal tahkim olarak İstanbul Ticaret Odası kabul edilmiş ise tahkim yerinin Türkiye olduğu kabul edilecektir. Bu durumda ise taraflardan birinin kanunda belirtilen adresinin İstanbul'dan farklı bir adreste bulunması uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıracaktır.

Tahkim yeri konusunda taraflar arasında bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Her iki tarafın mı yoksa taraflardan sadece birinin mi yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı olması gerektiği hususu akla gelebilir. Kabul edilen görüşe göre⁶⁸ kanunumuzda bu konuda açıklama olmamakla birlikte İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu gereğince de taraflardan sadece birinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin tahkim yerinden farklı olmasının yeterli olacağından Türk hukuku için de aynı sonuca varılmalıdır⁶⁹. Zira aksi durumda kanun eliyle yabancılık unsurunun gerçekleştirilmesinin zorlaştırılması söz konusu olacaktır.

⁶⁷ TURHAN, a. g. e. , s. : 124.

⁶⁸ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 20. , AKINCI, a. g. e. , s. : 62.

⁶⁹ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 20.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesine göre taraflar aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklara kanunun uygulanacağı konusunda anlaşma yapmamış iseler; ancak Tahkim yerinin Türkiye’de bulunan ve yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara kanun uygulanabilecektir. O halde çıkabilecek bir uyuşmazlık hakkında taraflarca MTK hükümlerinin uygulanması kararlaştırılmamış olması durumunda taraflardan birinin kanunda belirtilen adreslerinin mutlak suretle Türkiye dışında bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde uyuşmazlık yabancılık unsuru taşısa bile MTK hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

(3) Asıl Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerin Önemli Bir Bölümünün İfa Edileceği Yerden Veya Uyuşmazlık Konusunun En Çok Bağlantılı Olduğu Yerden Başka Bir Devlette Bulunması

Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterecektir.

Uluslararası ticaretin genellikle yabancılık unsuru içerdiği yine söylenebilecektir. Zira uluslararası ticarete genel olarak tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerleri asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunmaktadır.

Bilindiği gibi sözleşmelerin asli ve yan edim yükümlülükleri vardır. Asli edim sözleşmenin kurucu unsurudur. Yan edimler ise sözleşmede bulunmasa da sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmeyen edimlerdir. Satış sözleşmesinde satılan malın bedeli ile satılan malın mülkiyetinin devri asli edim yükümlülükleridir. Satış sözleşmesinde malın nakliye bedelinin hangi tarafça karşılanacağı hususu yan edim yükümlülüğünün konusudur.

MTK 2.maddesinde geçen “asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yer” tabirinden sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerinin önemli bir bölümünün ifa edileceği yer olduğu anlaşılmalıdır. Burada geçen “önemli bir bölümünden” ibaresi ile asli edim yükümlülüklerinin büyük miktarda ifa edileceği yer olduğu kabul edilecektir. Kanaatimizce yasa koyucunun “önemli bir bölümü” ifadesi doğru bir ifade değildir. Çünkü sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölüm olup olmadığı tartışma yaratabilecektir. Bunun yerine “asli edim yükümlülüklerinin yerine getirileceği” yer olarak yabancılık unsuru tespit edilse idi daha objektif bir kıstas belirlenmiş olacaktı.

MTK 2.maddesinde aynı zamanda “uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yer” kavramı da yabancılık unsurunu belirlemektedir. MÖHUK 24. Maddesine göre de tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Kanun koyucu tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin, sözleşmenin en çok bağlantılı olduğu yerden farklı olması halinde yabancılık unsurunu belirlerken yine uluslararası ticaretin gereklerinden yola çıkmıştır.

Uluslararası ticaretlerde genellikle sözleşmenin en çok bağlantılı olduğu yer ile tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerleri farklı devletlerdedir.

Sözleşmenin kurulduğu, asli edimlerin ifa edildiği ya da işlerlik kazandığı devlet sözleşmenin en çok bağlantılı olduğu devlettir.

2.2.2.3. Yabancı Sermaye Ve Yabancı Kredi

Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması halinde tahkim yabancılik unsuru taşıyacaktır.

Bu madde ile kabul edilen yabancılik unsuru kriteri Milletlerarası Özel Hukukumuzda esasen kabul edilmemiş bir kriterdi. Milletlerarası Özel Hukukumuz şirketlerin nereden sermaye getirdiği ile ilgilenmemiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilinceye kadar Milletlerarası Özel Hukukumuzda göre ancak şirket merkezinin farklı bir devlette bulunması şirkete yabancılik unsuru kazandırabilmekteydi. Hal böyle olunca da yabancı bir kişi tarafından yabancı sermaye ile Türkiye’de kurulmuş bir şirkette ve uyuşmazlıkta yabancılik unsuru bulunduğu kabul edilmemekteydi⁷⁰. Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunumuz ile yabancı sermaye getirme veya yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla kredi veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması halinde yabancılik unsurunun varlığı kabul edilecektir.

“Yabancı sermaye getirmiş olma” kıstasına göre asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından sadece biri tarafından yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermayeyi getirmesi gerekmektedir. Burada yabancı sermayenin sadece şirket tarafından getirilmesi buna mukabil gerçek kişi ya da şirket olmayan tüzel kişi tarafından getirilmesinin kabul edilmemesi şartı eleştirilmektedir⁷¹. Gerçekten kanun koyucunun burada hatalı ifade kullanarak kanunun amacından ayrılmış olduğunu kanaat edilebilecektir.

Kanun koyucu ancak yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre getirilen yabancı sermayelerde yabancılik unsurunun varlığını kabul etmiştir. Burada yabancı sermayeyi teşvik mevzuatından kasıt Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’dur. Ancak Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple yasada yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına yapılan atıftan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu anlaşılacaktır.

“Yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri” yapılmasının gerekli olması kriteri ile yabancı sermayenin ülkemize girişinin sağlanması amaçlanmıştır. Zira pek çok yabancı şirket günümüzde yabancı yatırım kuruluşlarından kredi ve teminat kullanarak işlerini yapmaktadır. Bu şirketlere kolaylık sağlanması için bu kriter kabul edilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 2/4.maddesindeki Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirme düzenlemesinin varlığı bu kriteri içinde eritmesi sebebiyle düzenlemenin gereksiz olduğu yönünde doktrinde bu kriter eleştirilmektedir⁷².

Yargıtay 11.H.D. 24.02.2006 tarih ve 2005/3953 E. ,2006/1858 K. Sayılı kararında: 21.6.2001 gün ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinde, bu Kanun’un,

⁷⁰ AKINCI, a. g. e. , s. : 65.

⁷¹ KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 23.

⁷² AKINCI, a. g. e. , s. : 65.

yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği...uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Yabancılık unsuru ise, aynı Yasa'nın 2/3.maddesinde tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarının en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlaması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması olarak tanımlanmıştır. Dava konusu sözleşmeye taraf olan davalı anonim şirketin %99 hissesinin İngiltere-Virgin Adaları'nda mukim Ottoman Oil Ltd. şirketine ait olduğu ve bu şirketin davalı şirkete iştirak payı olarak 20.12.2002 tarihinde 58.000 USD gönderdiği tartışmasız olup,4686 sayılı Yasa'nın 2/3.maddesinde tanımlanan yabancılık unsurunun gerçekleşmiş olduğu anlaşılmaktadır⁷³.

Yasada “Yabancı sermaye getirmiş olma” veya “Yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri” yapılması konusundaki her iki kriterde de getirilecek sermayenin ya da kredi ve güvence sözleşmelerinin miktarının belirtilmemesi hususu doktrin tarafından eleştirilmektedir⁷⁴. Zira bu durumda çok küçük yabancı sermaye getirilmesi veyahut kredi veya güvence sözleşmeleri yapılması ile dahi yabancılık unsurunun kazanılması şimdiki durumda mümkün olacaktır. Kanaatimizce yasaya miktar konusunda belirli oranlamalar konularak bu durum düzeltilenilebilecektir.

2.2.2.4. Ülkelerarası Mal Ve Sermaye Geçişi

Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukuki ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi yabancılık unsurunun varlığını gösterecektir.

Yine uluslararası ticaret denilince en geniş anlamda “uluslararası mal ve sermaye geçişi” akla gelmektedir. Uygulamada uluslararası ticaret denilince ilk aklan gelen “uluslararası mal ve sermaye geçişi” dir. Bu kriter yabancılık unsurunun kapsamını genişletmesinin yanında kısmen diğer yabancılık unsurlarını da kapsamaktadır. Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanununun 2/3.maddesinde belirtilen yurtdışından yabancı sermaye ve kredi getirme unsuru da sermaye geçişi anlamındadır.

Ülkeler arası mal ve sermayenin geçişinde geçiş yapılan ülkelerin uluslararası hukuk anlamında tanınmış olması şartının aranıp aranmayacağı hususu ile karşılaşılabilir. Uyuşmazlığın devlet mahkemelerinin önüne gelmeden sonuçlandırılması ya da kendiliğinden icra edilmesi halinde tahkimin özgürlükçü yapısından gereği, hakem mahkemesince böyle bir sorunla karşılaşılacağını düşünmemekteyiz. Zira hakem mahkemesi herhangi bir devletin organ ya da gücü olarak çalışmadığından siyasi bir konu olan ülkelerin tanınıp tanınmadığı hususunda değerlendirmesinde geniş bakış açısına sahip olması gerekecektir. Hatta fiili olarak egemen olan siyasi güçlerin bulunduğu yerleri, ülke olarak kabul etmesinde fayda vardır. Başka bir anlatımla ülke kavramını mümkün olduğunca geniş yorumlaması gerekmektedir.

Ancak uyuşmazlığın herhangi bir sebeple devlet mahkemesi önüne gelmesi halinde ciddi bir sorunla karşılaşılabilir. Zira devlet mahkemesi belli bir ülkenin organı olup o ülkenin uluslararası hukuku ile kendisini bağlı hissedebilecektir. Kanaatimizce devlet mahkemesinin de kendi ülkesi uluslararası hukukunu katı bir şekilde uygulamaması, tahkimin irade serbestisine dayanan yapısından ötürü gereklidir. Devlet mahkemesinin uluslararası hukukuna göre ülkelerden biri yahut her ikisi tanınmıyor olabilir. Tanınmayan ülkenin tanındığı haliyle

⁷³ EKŞİ, a. g. e. , s. : 9-10-11.

⁷⁴ AKINCI, a. g. e. , s. : 66.

bağlı olduğu ülke ile diğer ülkenin farklı bir ülke olup olmadığı belirlenecektir. Buna göre tanınmayan ülke parçaları, devlet mahkemesinin tanıdığı aynı ülkenin parçası ise uyuşmazlığın yabancılık unsuru kazandığı söylenemeyecektir. Mamafih tanınmayan ülkelerin tanındığı haliyle bağlı olduğu ülkeler diğer ülkeden farklı bir ülke olarak kabul ediliyorsa da uyuşmazlığın yabancı unsurlu olduğu kabul edilmelidir.

Aynı ülke sınırları içerisinde yapılan mal ve sermaye geçişi uyuşmazlığa hiçbir şekilde yabancılık unsuru kazandırmayacaktır. Federal bir devlet tek devlet olarak uluslararası kişiliği bulunduğu federal devlet içerisinde yapılan mal ve sermaye geçişi uyuşmazlığın yabancı unsurlu olmasını sağlamaz. Avrupa Birliği devletleri siyasi olarak ayrı devletler kabul edildiğinden bu devletler arasında yapılan mal ve sermaye geçişi ise uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıracaktır.

Kanun koyucu burada mal ve sermayenin geçişinde süreklilik şartı veya herhangi bir değer sınırlaması öngörmemiştir. Taraflar arasında bulunan asıl sözleşmeye göre tek bir sefer için mal veya sermaye geçişi yapılmasının kararlaştırılması uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıracaktır. Yine herhangi geçişi yapılacak mal ve sermayenin değerinin düşüklüğü ya da yüksekliği uyuşmazlığın yabancılık unsuru kazanmasına engel teşkil etmeyecektir.

2.2.3.Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesi IV fıkrasında: “Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz. Türkiye Cumhuriyetinin Taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır” denilerek düzenlenmiştir. Tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim yoluna başvurulması mümkün değildir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/2-a maddesi gereğince de mahkemece hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı tespit edilirse hakem kararını iptal edecektir. Üstelik bu iptal sebebi mahkemece res’en göz önüne alınacak bir iptal sebebidir. Yine Türkiye’nin de taraf olduğu 1958 Tarihli New York Sözleşmesi’nin 5/2-b maddesi gereğince tanıma veya tenfiz istenilen hakem kararının öne sürüldüğü ülkenin kanuna göre ihtilafın tahkime elverişli olmayan bir konu hakkında bulunması halinde tanıma veya tenfiz talebi reddedilecektir. Aynı şekilde New York Sözleşmesine göre tanıma ve tenfiz istenilen ülkenin devlet mahkemesi tanınması veya tenfizi istenilen hakem kararının kendi ülkesi hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını res’en inceleyecektir.

Hakem kararının tahkime elverişli olmaması halinde icra kabiliyetini hiç kimse tarafından itiraz edilmese dahi icra kabiliyetini kazanamayacağı söylenebilir. İcra kabiliyeti bulunmayan hakem kararlarının ise öneminin bulunmadığı söylenebilir. Aşağıda üç başlık halinde incelenecek tahkime elverişlilik konusu uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yoluna başvurulabilmenin sınırlarını da ortaya koymaktadır.

Ayrıca her ne kadar milletlerarası anlaşmaların tahkime elverişlilikle bağlantısı olmadığı düşünülse de, yeri geldiğinde milletlerarası anlaşmaların Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanmasını bertaraf etmiş olması sebebiyle tahkime elverişsizlik ile aynı sonucu doğurduğundan bu başlık altında incelenmiştir.

2.2.3.1. Türkiye’de Bulunan Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynı Haklara İlişkin Uyuşmazlıklar

Roma hukukundan beri aynı hakların belirgin özelliği “hak sahibine mal üzerinde doğrudan hakimiyet sağlayan, geniş kapsamlı yetkiler veren, inhisari (tekelci)⁷⁵” nitelikte haklardır. Bu haklara herkes tarafından uyulması, başka bir anlatımla da riayet edilmesi gerektiğinden bu hakların “açık ve belirgin” olması gerekmektedir⁷⁶. Taşınmaz mallar üzerinde bulunan aynı haklar için bu husus çok daha önemlidir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre açık ve belirgin hatta belirli sicile kaydedilmesi gereken Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını kararlaştırmıştır. Buna göre sicile kayıtlı bir gemi üzerine rehin konulup, gemi rehni sicile işlenmekle aynı hak doğmuş olmakla birlikte bu aynı hak taşınmaz mal niteliğinde bulunmadığından bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözülmesi mümkündür⁷⁷.

Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce “tahkime elverişlilik” şartı mı yoksa sadece “kanunun uygulama alanı dışında” olan bir konu olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁷⁸ taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişlilik şartı değildir. Başka bir ifade ile taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime konu olabilirler⁷⁹. Ancak tahkime konu olduklarında hakkında Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmayacaktır. Bu görüşü savunanlara göre kanunun konusunu düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.madde başlığı olan “amaç ve kapsam” ifadesinden yola çıkarak, tahkime elverişlilik şartının bu maddede düzenlendiği kabul edilemeyecektir. Yine yürürlükten kalkan HUMK’un 518.maddesi Türk hukukunda “tahkime elverişliliği” düzenlerken taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan bahsedilmemiş olması Türk hukukunda taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkim yoluna gidilebileceğini göstermektedir.

Diğer görüşe göre⁸⁰ ise Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin başlığı her ne kadar “amaç ve kapsam” olsa ve kanunun lafzından bu şartın “tahkime elverişlilik” şartı olmadığı gibi anlaşılabilir de kanunun amacından bu anlamın tersi sonuca ulaşmak mümkündür. Kanun koyucu “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Kanun’un metninde de açıkça ifade edildiği üzere, sadece Türkiye’de bulunan taşınmazla ilgili bir uyuşmazlığın, Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesi uyarınca tahkime elverişli olmadığı ileri sürülemeyecektir⁸¹” denilmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmekle bu tartışmalara son verildiği düşünülmeye gerekecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu “Tahkime elverişlilik” başlıklı 408.maddesinde : “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradesine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir”

⁷⁵ ERDOĞMU, B. , Roma Eşya Hukuku, İstanbul 2000, s. : 2.

⁷⁶ OĞUZMAN, K. , SELİÇİ, Ö. , Eşya Hukuku, İstanbul 1992, s. :2-4.

⁷⁷ KALPSÜZ, T. , Gemi Rehni, Ankara 2001, s. : 12-134.

⁷⁸ KALPSÜZ, T.M.T. , s. : 29-30.

⁷⁹ KALPSÜZ, T. , Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında İç Tahkim(m411-448) Paneli, Ankara 2007, s. : 25.

⁸⁰ AKINCI, a. g. e. , s. :73-74.

⁸¹ AKINCI, a. g. e. , s. : 74.

şeklinde düzenleme yapmıştır. Böylece Türk Hukukunda iç tahkimde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı açıkça belirtilmiştir. Ancak daha da önemlisi bu kanunun 408.maddesinin gerekçesinde: “Ayrıca bu maddeye, Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeye paralel bir biçimde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı hususu eklenmiştir” denilmiştir. Bu durumda yasa koyucu tarafından da taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlık hakkındaki Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin III. Fıkrasının kanunun uygulama alanı ile ilgili değil, tahkime elverişlilikle ilgili olduğu görüşü belirtilmiştir.

2.2.3.2. İki Tarafın İradesine Tabi Olmayan Uyuşmazlıklar

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinde belirtilen “iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların” ise tahkime elverişlilik şartı olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda tarafların iradesine tabi olmayan tüm uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması yapılması ve karar verilmesi mümkün değildir.

2.2.3.3. Saklı Tutulan Milletlerarası Anlaşmalar

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin tahkime elverişlilik yerine kanunun konu bakımından uygulanmasını düzenlemiş olduğu kabul edildiğinde milletlerarası anlaşmaların kanunun konu bakımından uygulanması dışında olduğu kabul edilecektir. Bu durum ise kanunun tahkime elverişsizlikte öngördüğü sonucu milletlerarası anlaşmalar için de aynı olduğundan bu başlık altında incelemekte fayda vardır.

Anayasanın 90. maddesinde : “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmaz” denilmektedir. Buna göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş anlaşmaların Milletlerarası Tahkim Kanunundan hiçbir farkı bulunmamaktadır. Hatta Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinin son fıkrasında: “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır” şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı tutan Milletlerarası Tahkim Kanuna göre aynı konu milletlerarası antlaşmalarda da düzenlenmiş olabilir. Bu durumda uyuşmazlık konusu Milletlerarası Tahkim Kanuna göre daha özel durumda bulunan milletlerarası antlaşmaların konusuna girecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu doğrudan ilgilendiren başlıca çok taraflı sözleşmeler:21 Nisan 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa(Cenevre) Sözleşmesi,24 Haziran 1987 tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme ile 10 Haziran 1958 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkındaki New York Sözleşmesidir.

Ayrıca birtakım iki taraflı sözleşmeler de bulunmaktadır:27 Mart 1986 tarihinde akdedilmiş olan Türkiye Cumhuriyeti ile Hollanda Krallığı arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin Antlaşma,13 Kasım 1990 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile Çin Halk Cumhuriyeti arasındaki Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına ilişkin antlaşma gibi. Bu durumlarda konulan özel hükümlerin de dikkate alınması gerekecektir.

2.2.4. Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması

4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 18.maddesine göre kanun yayımlandığı tarihte yürürlüğe girecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 21.06.2001 yılında kabul edilmiş ve 24453 sayılı 05.07.2001 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 05.07.2001 tarihinden önce imzalanmış bir tahkim sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı uygulamada tartışılmaktadır. Yine Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmesi sırasında çıkmış uyuşmazlıklara uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.

Yargıtay'ın kararlarına göre Milletlerarası Tahkim Kanunu 05.07.2001 tarihinden önce imzalanmış bir tahkim sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara uygulanamayacaktır. Yargıtay 15.H.D. 27.05.2002 tarih ve 2002/4007 E. ,2003/876 K. Sayılı kararında özet olarak:"1993 tarihli sözleşmenin 'anlaşmazlıklar' başlıklı 45.maddesinde, anlaşmazlıkların çözümünde sözleşme hükümlerinin ve Türk Mevzuatının esas alınacağını kararlaştırılması; hakem kurulunun 26.10.2001 tarihli ilk toplantısında, sözleşmede yabancılık unsuru bulunması sebebiyle 4686 sayılı Kanunun dördüncü bölümünde düzenlenen yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi;4686 sayılı Kanun, sözleşme tarihinde yürürlükte olmadığından, bu Kanunun dördüncü bölümünün uygulanamaması;4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan sözleşmeler yönünden, şartları varsa, uygulanması;23.12.1993 tarihli sözleşmeye ilişkin hakem kararına karşı 4686 sayılı Kanuna istinaden iptal davasının açılmaması⁸²," şeklinde Yargıtay 15.H.D. 13.11.2002 tarih ve 2002/4900 E. ,2002/5118 K. Sayılı kararında özet olarak: "Taraflar arasında 06.12.1987 tarihinde yapılan sözleşmenin 67.maddesinde tahkim yolunun seçilmesi; sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda bir geçiş hükmü bulunmadığından bu Kanunun 05.07.2001 tarihinden sonraki tarihi taşıyan uyuşmazlıklar hakkında uygulanması; daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise HUMK'un uygulanması; mahkeme tarafından verilen hakem tayinine ilişkin kararın HUMK'un 520.maddesi yerine ,4686 sayılı Kanunun 7.maddesine göre değerlendirilmesinin temyiz sebebi olması⁸³," şeklinde karar verilmiştir.

Yargıtay'ın bu görüşü doktrin tarafından ve tarafımızca kabul edilmemektedir⁸⁴. Zira Yargıtay Milletlerarası Tahkim Kanunu maddi hukuk ilişkisi çerçevesinde görmektedir. Halbuki Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesinde kanunun amacının milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslarını düzenlemek olduğu belirtilmiş ve kanunun içeriği incelendiğinde usule ilişkin kurallardan oluştuğu anlaşılacaktır.

6100 sayılı "Zaman bakımından uygulanma" başlıklı HMK 448.maddesine göre "Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır" hükmü ile mahkemelerin usul kanunu olan HMK'u daha önce doğmuş veya devam eden uyuşmazlıklara da uygulanacağını kararlaştırmıştır. Kanunun tamamlanmış işlemlere uygulanamayacağını kararlaştırılmış olmasının sebebi ise kazanılmış haklara helal getirilmek istenmemesi düşüncesidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu da HMK gibi usul kanunu olduğu için yürürlüğe girdikten sonra tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanması gerekir.

⁸² EKŞİ, a. g. e. , s. : 1.

⁸³ EKŞİ, a. g. e. , s. : 7.

⁸⁴ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 32, 33, 34. AKINCI, a. g. e. , s. : 70,71.

Aksi takdirde yukarıda 1987 ve 1993 yılında tahkim sözleşmesi yapılmış bulunan ancak yıllardır uyuşmazlık çıkmadan bugüne kadar gelmiş olan uyuşmazlıklara kanun yürürlüğe girmemiş gibi kabul edilerek yeni HMK uygulanmak üzere tahsis edilecektir⁸⁵. Yeni HMK 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmekle mahkemeler tarafından uyuşmazlıklara derhal uygulanabildiğine göre Milletlerarası Tahkim Kanununun da 05.07.2001 tarihinden itibaren devam eden ve önceki tarihli uyuşmazlıklara derhal uygulanabilirdir. Zira aksi kabul edildiğinde kanun bugün on yılı aşkın bir süredir yürürlükte olmasına rağmen otuz yıllık bir sözleşmeye Milletlerarası Tahkim Kanunu dururken 6100 sayılı HMK'un uygulanması kararlaştırılacaktır.

Tahkim anlaşması ile taraflar uyuşmazlığın çözülmesi konusunda ad hoc ya da kurumsal tahkim ile üçüncü kişileri yetkilendirmektedir. Bu sözleşmenin esasa uygulanacak hukuk ile ilgisi yoktur. Tahkim anlaşması ile uyuşmazlığın çözüm yolu kararlaştırılmaktadır. Tahkimin usulü konusunda taraflarca bir anlaşma yapılmış ise Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince o usule uyulacaktır. Taraflar anlaşmamış iseler Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu 1.maddesinde de belirttiği gibi Kanun tahkimin usulüne ilişkin esasları belirlemektedir. Ayrıca tahkim sözleşmesinin geçerliliği esas sözleşmenin geçerliliği şartından bağımsız olduğu da geniş bir kesim tarafından da kabul edilmektedir. Dolayısıyla taraflar tahkim sözleşmesini yaparken Milletlerarası Tahkim Kanununun yürürlüğe girmesini öngörmemeleri her hangi bir hak kaybetmelerine neden olmayacağı için Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmeden önceki uyuşmazlıklara da uygulanabilirdir. Ayrıca Milletlerarası Tahkim Kanunu milletlerarası tahkime ilişkin değişen ihtiyaçları karşılamak için UNCITRAL model kanunu çerçevesinde hazırlanmış olduğu düşünüldüğünde uygulanması taraf menfaatlerine daha uygun düşecektir.

2.3. Tahkimde Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3 maddesinde “kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme” belirlenmiştir. Yoksa kanunda tahkime ilişkin konularda devlet mahkemelerine de başvurulabileceği için görevli ve yetkili mahkeme belirlenmemiştir. Nitekim 3.maddenin 2. fıkrasında “Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabileceği” hükmü getirilmiştir. Bu fıkra ile tahkime ilişkin konularda devletin mümkün olduğunca az müdahale etmesi amaçlanmıştır⁸⁶. Dolayısıyla tahkime ilişkin konularda Milletlerarası Tahkim Kanunda mahkemelere müdahalede bulunma yetkisi verilmemiş ise mahkemelerin müdahalede bulunması söz konusu olamayacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde mahkemelerin müdahalede bulunmasının gerekli olması durumunda taraflarca başvurulması gereken mahkemenin belirlenmesi hususu tahkimde görevli ve yetkili mahkemenin konusunu oluşturmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesine göre davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi görevli ve yetkilidir. Davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

Kanunun “görev ve yetki” konusundaki yazılış biçimi hatalıdır. Zira davalının yerleşim yeri, oturma yeri, işyerinin bulunduğu yer, Türkiye'de yerleşim yeri yoksa olağan

⁸⁵ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 33.

⁸⁶ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 35.

oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul mahkemesinin yetkili olması yönündeki düzenlemesi yetkiye ilişkin açıklamadır. Kanun yetkiyi tanımlarken bu ibarenin sonunda göreve ilişkin bir açıklama olan Asliye Hukuk Mahkemeleri'nin görevli ve yetkili olduğunu belirtmesi düzeltilmelidir. İlk fıkrada yetkili mahkeme tanımlanırken ikinci fıkrada görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir denilerek ayrıca görev konusu düzenlenmelidir.

2.4. Tahkim Sözleşmesi

Bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilmesi için taraflar arasında o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi bulunması gerekmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesinde Tahkim anlaşması; “tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma” şeklinde tanımlanmıştır.

Tahkim sözleşmesinin yasadaki tanımından anlaşıldığı gibi, tahkim sözleşmesi yapılabilmesi için taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmamasının herhangi bir önemi yoktur. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununun birinci bölümünde belirtilen “borç ilişkisinin kaynakları” başlığı altında sözleşmeden; haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden borç doğabilecektir. Dolayısıyla taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmasa da haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklar hakkında da tahkim sözleşmesi yapabilecektir. Başka bir anlatımla da taraflar arasında sözleşmesel ilişkilerin dışındaki hukuki ilişkiler de tahkime elverişlidir.

Örnek vermek gerekir ise; bilindiği gibi trafik kazası şartları var ise haksız fiil sayılabilecektir. Haksız fiil sayılan trafik kazasından zarara uğrayan kişinin maddi ve manevi tazminat taleplerinin çözümü konusunda tahkim yoluna başvurulabileceğinden bu konuda tahkim sözleşmesi yapılabilir.

Aynı şekilde uluslararası taşınan bir malın, uluslararası sularda taşınması sırasında üçüncü bir kişi tarafından zarar verilmesi halinde, zarar verici fiil haksız fiil teşkil edebilir. Bu konuda taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim sözleşmesi yapılabilecektir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi için tarafların gerçek iradelerinin bu yönde olması şarttır. Bu sebeple tahkim sözleşmesinde tahkim iradesi açıkça belirtilmelidir. Yargıtay 13.H.D. 12.04.2006 tarih ve 2006/521 E. ,2006/5446 K. Sayılı kararında: ”hemen belirtmek gerekir ki, kural bir uyuşmazlığın çözülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Bunun dışında taraflar bir tahkim sözleşmesi yapmak veya yaptıkları bir tahkim şartı koymak istediklerini başka bir anlatımla sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini istediklerini tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında açık ve kesin olarak belirtmeleri gerekir⁸⁷” denilmiştir.

Taraflar aralarında açıkça tahkim sözleşmesi yapmak yerine içinde tahkim şartını barındıran “standart terimler, kurallar veya tip sözleşmelerine⁸⁸” atıf yapmaları durumunda tahkim anlaşması yine de geçerli olacaktır. Böyle bir durumda taraflar arasında açıkça yapılmış tahkim sözleşmesi mevcut değildir ancak atıfta buldukları belge veya kurumlar uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini öngörmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanununun

⁸⁷Naklen, AKINCI, a. g. e. , s. : 82.

⁸⁸ AKINCI, a. g. e. , s. : 84.

4.maddesinin 2.fıkrasında da bu durum “asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır” denilerek tahkim anlaşmasının bu durumda varlık kazandığı düzenlenmiştir.

Tarafların aralarındaki tüm uyuşmazlıklarda tahkime gidileceğini kararlaştırması geçersizdir. Kanun “mevcut bir hukuki ilişkiden” doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların çözümü konusunda tahkim sözleşmesinin yapılabileceğini kabul etmiştir. Taraflar arasında mevcut olmayan hukuki ilişkilerin de tahkim yolu ile çözümlenebileceğinin kabul edilmesi halinde hakem mahkemesinin yetkisinin devlet mahkemelerinde olduğu gibi süreklilik kazanması gerekecektir.

Bilindiği gibi hukuki ilişki, tarafların irade, işlem veya fiillerine hukuki sonuç bağlanmasıdır. Taraflar arasında hukuki sonuç doğuran hukuki ilişkinin ileri doğması ihtimaline binaen tahkim sözleşmesi yapılamaz. Ancak taraflar arasında mevcut hukuki ilişkiden kaynaklı doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir ve tahkim yoluna gidilebilir.

Cenevre sözleşmesinin I/2-a bendine göre tahkim sözleşmesi iki şekilde yapılabilir. Asıl sözleşmeye tahkim şartı konularak tahkim yoluna gidilebileceği gibi asıl sözleşmeden bağımsız ayrı bir tahkim sözleşmesi de yapılması mümkündür⁸⁹. Milletlerarası Tahkim Kanunu 4/I. fıkrası Cenevre Sözleşmesinin bu yöndeki düzenlemesini aynen tekrar etmiştir. Asıl sözleşmeye, uyuşmazlık çıktığı takdirde tahkim yoluna gidileceğine dair madde eklenmesine tahkim şartı denilmektedir. Asıl sözleşmeye madde eklemek yerine taraflar arasındaki hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklarının tahkim yolu ile çözüleceği konusunda yapılan asıl sözleşmeden ayrı yapılan anlaşmaya ise tahkim sözleşmesi denilmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesi gereğince tahkim sözleşmesi yazılı şekil şartına tabidir. Bilindiği gibi belirli şekle bağlı sözleşmelerde şekil şartı sözleşmenin geçerliliği veya ispatı için zorunludur⁹⁰.Tahkim sözleşmesinde aranacak olan şekil şartı, sadece tahkim sözleşmesinin ispatı için zorunludur. Bu sebeple de yazılı şekilde taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasa dahi tahkime ilişkin dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması durumunda da yazılı şekilde yapılmış bulunan tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilecektir. Ayrıca asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacağı kabul edilecektir.

Yargıtay HGK. 24.02.2006 tarih ve 2005/3953 E. ,2006/1858 K. Sayılı kararında:” Davalı Bureau Veritas vekili, müvekkilin yaptığı hizmet sözleşmelerinde doğacak ihtilafların Londra’da tahkim yoluyla halledileceği konusunda şart olduğunu, davanın müvekkilin Türkiye dışında verdiği hizmetlere karşı açılması nedeniyle Türkiye’de şubesi davalı gösterilerek dava açılmasının doğru olmadığını, ..., davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir....Türkay Denizcilik A.Ş. ile davalı arasında yazılı tahkim sözleşmesi olmaması nedeniyle tahkim itirazının,...reddinde bir usulsüzlük olmamasına göre, davalı Bureau Veritas vekilinin...temyiz itirazlarının reddine⁹¹” karar verilmiştir.

⁸⁹ NOMER, a. g. e. , s. : 45. , TURHAN, a. g. e. , s. :44.

⁹⁰ REİSOĞLU, S. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2004, s. : 65.

⁹¹ CIB, <http://www.corpus.com.tr>.

Ancak uluslararası ticaret açısından tarafların her zaman bir araya gelerek yazılı tahkim anlaşması yapmaları mümkün olmadığından bu kapsam Yargıtay'ın farklı kararlarında geniş tutulmuştur. Buna göre tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılmış kabul edilebilmesi için, taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veyahut elektronik ortama geçirilmiş olması gerekmektedir. Yargıtay 19.H.D. 26.01.1996 tarih ve 1996/6153 E. ,1996/610 K. Sayılı kararında :”...davacının hakem mahkemesine müracaatı üzerine hakemini seçen, hakem yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının,14.02.1990 tarihindeki telekstekteki hakem şartını benimsediğinin kabulü gerekir. Bu nedenle davalının taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığına yönelik itirazları yerinde değildir⁹²” denilmiştir.

Tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere taraflarca Türk Hukuku seçildiği takdirde Milletlerarası Tahkim Kanunu 4.maddesi çerçevesinde şekil şartının yerine getirilmesi zorunludur. Aksi takdirde anlaşmanın varlığı ispat edilemeyecektir. Ancak tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere farklı bir hukuk sistemini seçmiş olmaları durumunda seçilen hukuk sisteminin şekil şartına göre tahkim anlaşmasının varlığı tartışılacaktır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesine göre tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir. Dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçerliliği hususu taraflarca farklı bir ülkenin hukukuna tabi tutulabilir. Bu durumda tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere yazılı şekil şartı aramayan bir ülkenin hukuk sisteminin seçilmiş olması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekil şartı aranmayacaktır⁹³.

Tahkim anlaşması sadece anlaşmanın taraflarını bağlar. Anlaşmanın tarafı olmayan kişilere teşmil etmez. Yargıtay 19.H.D. 11.03.2004 tarih ve 2004/2654 E. ,2004/2603 K. Sayılı kararında özet olarak :”Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıkların çözümü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme davacı şirket ile davalı M...Corp'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar⁹⁴” denilmiştir.

Tahkim anlaşması temsilci vasıtasıyla yapılmış ise tahkim anlaşmasının temsilciye teşmil etmesi de düşünülemez. Temsil eden yaptığı işlemler sonucunda temsil edilen hakkında hukuki sonuç doğuracaktır. Ancak temsil edilenin tahkim anlaşması yapabilmesi için bu konuda açıkça yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Yargıtay 19.H.D. 24.10.2002 tarih ve 2002/7495 E. ,2002/6932 K. Sayılı kararında özet olarak :”Temsilen yapılan işlerde hak ve borçlar temsil olunana ait olacağından tahkim şartı, sözleşmenin tarafı olmayan ancak sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalayan kişiye teşmil edilemez. Öte yandan, temsilcinin haksız eylemi, uyuşmazlıkların mahkemelerde çözümlenmesi esas, tahkimin istisnai olması nedeniyle de, tahkimin temsilciye teşmilini haklı kılmaz⁹⁵” denilmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesine göre taraflar arasında bulunan asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaz. Kanun göre taraflar arasında bulunan asıl sözleşmenin hangi sebeple geçersiz olduğunun önemi yoktur. Kanun koyucu taraflar arasında bulunan sözleşme ile tahkim sözleşmesinin hukuk dünyasında ayrı varlıklara sahip olduğunu kabul etmiştir. Kanaatimizce bunun sebebi, tarafların tahkim sözleşmesi ile

⁹² Naklen, AKINCI, a. g. e. , s. : 95.

⁹³ NOMER, a. g. e. , s. : 45.

⁹⁴ Naklen, AKINCI, a. g. e. , s. : 81.

⁹⁵ Naklen, AKINCI, a. g. e. , s. : 81.

asıl sözleşmenin geçerliliği konusunda aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkların da tahkim yolu ile çözülmesini istemiş olabileceği düşüncesidir.

Yine kanunun 4. göre tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu gerekçesi ile taraflarca itirazda bulunulamaz. Kanunun işbu maddesinin fıkrası aslında yukarıda düzenlenen fıkrasının tekrarı niteliğindedir. Çünkü zaten taraflar arasındaki mevcut hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında tahkim sözleşmesi yapmak mümkündür. Bu sebeple de henüz doğmamış olan bir uyuşmazlık hakkında tahkim yoluna gidilemeyeceği itirazında bulunulamaz.

Taraflar arasında tahkim anlaşması bulunmasına rağmen taraflardan biri uyuşmazlığın çözülmesi konusunda mahkemeye dava açması durumunda diğer taraf Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince süresinde ve gerekli şartları taşıyacak şekilde ilk itiraz olarak tahkim itirazında bulunması gerekir. Tahkim itirazının kabulü halinde mahkeme davayı usulden reddedecektir. Taraflar arasında uyuşmazlık çıkmış ve uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiş olsa dahi taraflar yargılama sırasında uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi konusunda anlaşmaları mümkündür. Bu durumda mahkemece dava dosyası ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilecektir.

2.5. Tahkim Yeri, Dili Ve Süresi

2.5.1. Tahkim Yeri

Tahkim yeri tahkim yargılamasının yürütüldüğü, hakem veya hakem kurulunun toplandığı ve kararlarının verildiği yerdir⁹⁶. UNCITRAL tahkim kurallarınının 16/4. maddesinde “hakem kararı, tahkim yerinde verilmelidir” şeklinde düzenleme yaparak tahkim yerinde hakem kararının verilmesi gerekliliği vurgulanmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 9. maddesine göre tahkim yeri taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. Taraflar doğrudan tahkim yerini belirleyeceği gibi kararlaştırılan tahkim kurumu ya da ad hoc olarak belirli hakem tarafından da tahkim yeri seçebilirler. Taraflar tahkim yerini belirlerken tahkim kurumundaki irade serbestisine imkan veren yerleri seçmeleri oldukça önemlidir. Çünkü milletlerarası tahkimde tahkim yeri, milletlerarası tahkime uygulanacak pek çok hukuki sonuca sebebiyet vermektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesine göre yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara ancak tahkim yerinin Türkiye olması durumunda Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır. Her ne kadar tahkim yeri Türkiye’de bulunmasa dahi MTK’nın tarafların anlaşması ile uyuşmazlık hakkında uygulanması mümkünse de tarafların bu konuda anlaşma yapmamış olması halinde tahkim yeri MTK hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda belirleyici olacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. Maddesine göre tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden, farklı bir devlette bulunması halinde uyuşmazlık yabancılık unsuru kazanacaktır. Tarafların anlaşması ile yabancılık unsurunun bulunduğu belirlenemeyeceğinden, yabancılık unsurunun belirlenmesinde tahkim yeri belirleyici olacaktır.

⁹⁶ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 40, AKINCI, a. g. e. , s. : 126.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin 1.maddesi gereğince “tanınması ve icrası bahis mevzuu devlet arazinden gayri bir devlet arazinde verilen hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında” tatbik olunacağı kararlaştırılmıştır. New York Sözleşmesi'ne dayanarak bir hakem kararının tanınması veya tenfiz edilebilmesi için tahkim yerinin tanıma veya tenfiz istenilen ülkeden farklı bir ülke olması gerekmektedir. New York sözleşmesi ile burada belirlenen kriter daha çok toprak hukukunun egemen olduğu Anglo Sakson hukukunun etkisi ile sözleşmeye eklenmiştir.

Tahkim yerine bağlanmış olan önemli hukuki sonuçlar gereği taraflarca tahkim yeri kararlaştırılmış ise uyuşmazlık hakkındaki yargılamanın yapılacağı ve kararın verileceği yerin taraflarca kararlaştırılan tahkim yeri olması zorunludur. Nitekim Yargıtay 19.H.D. 15.09.2009 tarih ve 2009/5703 E. ,2009/8256 K. sayılı kararında :”Taraflar arasındaki sözleşmede uyuşmazlık çıktığında İngiltere'deki Tahkim Mahkemesine gidileceği düzenlenmiş olmasına rağmen, uyuşmazlık Paris'te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesince çözülmüştür. Hal böyle olunca, öncelikle Londra'da Uluslararası Tahkim Mahkemesi'nin bulunup bulunmadığı araştırılmalı, var ise uyuşmazlık bu mahkemece çözülmelidir⁹⁷” gerekçesi ile hakem kararının tenfizine karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yine tahkim yeri, tarafların tahkime uygulanacak kuralların belirlendiği tahkim kurumu kurallarınca da belirlenebilir. Mesela taraflarca Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının uygulanacağı kararlaştırılmış ise bu kuralların 14.maddesi gereğince aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yeri divan tarafından belirlenecektir⁹⁸.

Taraflar arasında tahkim yerinin belirlenmesi konusunda bir anlaşma yok ise hakem veya hakem kurulunca tahkim yeri belirlenecektir. Hakem veya hakem kurulu tahkim yerini olayın özelliklerine göre belirleyecektir. Olayın özelliğinden her olayın kendine özgü yapısı ve mantığa uygun ihtiyaçlarının anlaşılması gerekmektedir. Olayın özellikleri değerlendirilirken tahkim kurumunun genel ilkeleri ile tarafların tahkim yolunu tercih etmekteki amaçları da gözetilmelidir. Tarafların tahkim yolunu seçmesindeki amaçlarından biri hızlı yargılama sisteminin bulunmasıdır. Dolayısıyla olayın özelliğine göre seçilecek tahkim yeri belirlenirken yargılamanın en kısa sürede sonuçlandırılabilceği yerin seçilmesinde fayda vardır.

Tahkim yerinin belirlenmesi hakkında Milletlerarası Tahkim Kanununda düzenleme yapılmış olsa da; tahkim yerinin tespitinin kim tarafından yapılacağına dair Milletlerarası Tahkim Kanununda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten özellikle tahkim yerinin taraflarca veya hakem kurulunca belirlenmediği durumlarda tahkim yerinin tespiti gerekecektir. İngiliz hukukunda tahkim yerini mahkemeler tespit edecek olup, bunun İngiliz Mahkemeleri olması önemli değildir⁹⁹. Türk Hukuku açısından, yabancı bir mahkeme tarafından tespit edilen tahkim yerinin tespitine ilişkin karar ancak tanıma veya tenfiz işleminden sonra hukuki sonuç doğurabilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 9/2. maddesinde :”Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde

⁹⁷CIB ,<http://www.corpus.com.tr>.

⁹⁸ TURHAN, a. g. e. , s. : 10.

⁹⁹HUNTER, M. / LANDAU, T. , The English Arbitration Act 1996: Text and Notes, The Hague: Kluwer Law International 1998. , s. : 12, ERTEN, a. g. e. , s. : 547.

de toplanabilir.” denilmiştir. Kanun koyucu burada duruşma, keşif, tanık dinlenmesi gibi birtakım işlemler için hakem veya hakem kurulunun toplanabileceğini belirtmek istemiştir.

Tahkim yerinden farklı bir yerde karar verilmesi durumunda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin A fıkrasının I. bendinin f alt bendi gereğince tahkimin tarafların anlaştığı usul kurallarına ya da kanun hükmüne uygun karar verildiği üzere iptal edilmesi dahi söz konusu olabilecektir¹⁰⁰.

Ancak gelişen teknoloji ile internet, görüntülü iletişim gibi aletler sayesinde hakemler tahkim yerine gelmeden müzakerelerde bulunabilmekte ve karar vermektedir. Özellikle dosya üzerinden duruşma yapılmaksızın karar verilebileceği durumlarda tahkim yerinde karar verilmediği için kararın iptal edilebileceği kabul olunamaz¹⁰¹.

Hakem veya hakem kurulu tahkim yerinden farklı bir yerde tarafların haberi olmaksızın toplanması mümkün değildir. Zira hakem veya hakem kurulu tahkim yerinden farklı bir yerde toplanacağını tarafların da katılabileceği uygun bir süre önce taraflara bildirecektir.

2.5.2. Tahkim Dili

UNCITRAL Tahkim Kuralları 17.maddesi ve Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesine göre hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki anlaşmaya bağlı olarak tayin edilmesinden hemen sonra tahkimde kullanılacak dili veya dilleri belirler. O halde tahkim için bir veya birden çok dili belirlemek mümkündür. Taraflar arasında anlaşma yok ise tahkim dili hakem veya hakem kurulu tarafından seçilir.

Tahkim dili yargılamaya başlamadan, hakem mahkemesinin tayininden hemen sonra yargılamanın “ön koşulu” olarak belirlenmesi gerekmektedir¹⁰². Zira tahkim yargılaması tahkim dili ile yapılacağından tahkim yargılaması başlamadan önce tahkim dilinin belirlenmesi zorunludur. Milletlerarası Tahkim Kanunu 10/C maddesine göre taraflarca aksi öngörülmemiş ise, bu dil veya diller, tarafların bütün yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem veya hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılır.

Tahkim dili kullanıldığı yer açısından devlet mahkemelerinde kabul edilen resmi dil gibidir. Bilindiği gibi devlet mahkemelerinde yapılacak beyanlar ve verilecek kararlar ancak o devletin tanıdığı resmi dile göre yapılır. Ancak devlet mahkemelerindeki resmi dil ile tahkim dili arasında önemli farklılıklar da vardır. Devlet mahkemelerinde devletin tanıdığı resmi dil dışında başka bir dilde yargılama yapılamaz iken hakem mahkemesinde taraflarca kararlaştırılan tüm dillerde yargılama yapılabilecektir. Yine hakem mahkemelerinde yargılama başladıktan sonra tarafların anlaşması ile kabul edilen tahkim dili değiştirilebilecek iken devlet mahkemelerinde kabul edilen resmi yargılama dilinin değiştirilmesi mümkün değildir.

Ancak Milletlerarası Tahkim Kanunu 10/C maddesi gereğince tahkim diline sınırlama getirmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tahkim yargılaması Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmi dilinde yapılabilir. Bu düzenleme

¹⁰⁰ AKINCI, a. g. e. , s : 128.

¹⁰¹ AKINCI, a. g. e. , s : 129.

¹⁰² Pellonää, M. , CARON, D. ,D. , The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied, Helsinki 1994, s. :296.

ile taraflarca aksi kararlaştırılabilen özel hukuk kurumu olan milletlerarası ticari tahkim siyasi bir kavram olan Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerin resmi dili sınırlandırılmıştır. Ancak bu durum diğer yandan çok az kullanılan ya da pek bilinmeyen dillerde tahkim yargılamasının yapılması sırasında anlam güçlüğü ve karmaşasının yaşanması ve karar verildikten sonra kararın tercümesindeki sıkıntıların önüne geçmesi açısından faydası olduğu da unutulmamalıdır¹⁰³.

2.5.3. Tahkim Süresi

Roma Hukukunun uygulandığı yıllardan beri yargılama süresi önem taşımış, hatta Roma Hukukunda bile nafaka ve miras gibi bazı davalarda kısa (çabuk) yargılama usulü kabul edilmiştir¹⁰⁴. Uyuşmazlık ve dava sayısının çokluğu tarihsel süreçte yargılama süresini önemli hale getirmiştir. Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde bu süre çok daha önemlidir. Zira uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde devlet mahkemelerine başvurulması halinde, devlet mahkemelerine uyuşmazlığı çözmeye konusunda azami süre öngörülmediğinden yargılama oldukça uzamaktadır.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim yargılamasının tahkim süresi içerisinde çözülmek zorunda olması, tahkim yolunun seçilmesinde önemli etken hale gelmiştir. Tahkim süresi, tahkim sürecinin başlangıcından esas hakkında karar verinceye kadar geçen süredir. Başka bir anlatımla, tahkim süresi yargılamanın sonuçlandırılmasının mecburi olan süredir. Tahkim süresi içerisinde hakem veya hakem kurulunca kararın verilmemesi tahkim şartını düşürecektir.

2.5.3.1. Tahkim Süresinin Belirlenmesi

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tahkim süresi taraflarca anlaşmak suretiyle belirlenebilir. Taraflarca belirlenmemiş ise kanun tarafından tayin edilen süre tahkim süresi olarak kabul edilecektir. O halde tahkim süresi taraflarca belirlenmiş ise tarafların iradesine bakılacak, taraflarca belirlenmemişse tahkim süresine ilişkin kanunun düzenlemesi “tamamlayıcı hukuk normu olarak” devreye girecektir.

Tahkim süresi taraflarca istenildiği gibi kararlaştırılabilir. Tahkim tarafların irade serbestisinin hakim olduğu bir alan olduğu için kanun koyucu bu konuda tarafların özgürce düzenleme yapması mümkündür. Mesela taraflar anlaşarak tahkim süresini 5 ya da 10 yıl olarak kararlaştırabilirler. Ancak bu sürenin mutlak suretle belirli olması gerekmektedir. Tahkim süresi taraflardan birinin ya da hakemlerin inisiyatifine bırakılması mümkün değildir. Aksi takdirde istisnai yol olan tahkim yargılaması devlet mahkemeleri gibi asli yargılama kurumlarına dönüşebilecektir.

Taraflar tahkim konusunda belirli kuralların uygulanmasını kararlaştırmaları durumunda o kurallar içinde tahkim süresi bulunmakta ise o sürenin tarafların anlaşması ile tahkim süresi olarak belirlendiği kabul edilmesi gerekmektedir. Mesela taraflar aralarındaki uyuşmazlığa Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarını uygulamayı kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda MTO'nun 24.maddesi gereğince: “Hakem Mahkemesi'nin nihai kararını verme süresi 6 aydır.” denilerek tahkim süresi düzenlendiğinden bu maddedeki tahkim süresinin taraflarca anlaşarak belirlendiği kabul edilecektir.

¹⁰³BİRSEL, M. , T. , Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Taslaklar – Bildiriler-Tartışmalar, C. II, Ankara 1999, s. : 256.

¹⁰⁴ KARADENİZ – ÇELEBİCAN, Ö. , Roma Hukuku, Ankara 2000, s. :364.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesinin B fıkrası gereğince hakem mahkemesi 1 yıl içerisinde esas hakkında kararını vermesi gerekmektedir. Bu süre tek hakemli davalarda hakemin seçildiğı birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiğı tarihten itibaren başlayacaktır.

Tahkim süresi kamu düzenine ilişkindir. Taraflarca kararlaştırılan ya da kanun gereğı 1 olarak kabul edilen tahkim süresi içerisinde hakemler karar veremez ise tahkim süresinin dolmasından sonra tahkim süresi tarafların birlikte kabulü ile dahi uzatılamaz. Tahkim süresi biten bir uyuşmazlıkta tahkim şartı düşer ve tarafların devletin mahkemelerinde dava açması gerekir.

Milletlerarası Tahkim Kanunda tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğuna dair herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak iç tahkimde mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 529.maddesinde:”Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hüküm vermeğe mecburdur” denilerek tahkim süresinin emredici niteliğı açıkça vurgulanmıştır.6100 sayılı yeni yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu 427.maddesi Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesinin B fıkrasını tekrarı niteliğindedir. Ancak 6100 sayılı HMK 427.maddesinin Adalet Komisyonu gerekçesinde: “Tahkime gidilmesinin en önemli sebeplerinden birisi de tahkimde sürattir. Maddede hakemlere, taraflar ile onların vekillerine tahkimi sonlandırmak için bir yıllık süre verilmiştir. Tahkimin bu süre içerisinde bitirilmesi için taraflar hakemlere yardımcı olmalıdır” denilerek tahkim süresinin önemine değinilmiştir.

Aynı şekilde Yargıtay iç tahkimde tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin bir süre olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 15.H.D. 19.01.1995 tarih ve 1994/2876 E. ,1995/164 K. sayılı kararında: “Tahkim istisnai bir yoldur. İşlevleri arasında öncelikli olan çekişmenin kısa sürede halledilmesidir. Bunun içindir ki,6 ay olarak öngörülen yasal süreye uyulmamasının sonuçlarının ne olacağı ve bu sürenin ne şekilde uzatılabileceğı yasada hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ve açık-seçik gösterilmiştir. Hakemlerin yetkisi, süre ile sınırlı olmakla uyuşmazlığın artık mahkemede çözülmesi gerekeceğinden ve süre tamamlandığında işlemler batıl sayılacağından, yanların daha sonra zaten sona ermiş süreyi uzatması veya bu sebeple batıl olan işlemlere geçerlik tanınması düşünülemez. Anılan süre kamu düzenine ilişkin olmakla kararın süresi içerisinde verilip verilmediğinin doğrudan göz önünde bulundurulması zorunludur. Kararın bu süre içerisinde verilmediğı açıklanan nedenlerle tespit edildiğine göre sair hususların incelenmeksizin kararın bu yönü ile ve HUMK’ un 553.m.sinin 1.bendi uyarınca bozulmasına¹⁰⁵” denilerek tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğu Yargıtay içtihatları ile de kabul edilmiştir.

Gerek mülga HUMK ve gerekse Yargıtay içtihatları ile iç tahkimde kabul edilen tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olduğuna ilişkin görüş aynı gerekçelerle milletlerarası tahkimde de kabul görmüştür¹⁰⁶. Bu görüş çerçevesinde tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararlar Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin A fıkrasının 1. ve 2. bendi gereğince “kararın tahkim süresinde verilmediğı” ve “kamu düzenine aykırı olması sebebiyle” iptal edilecektir. Bu sebeple tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararlar iki gerekçe ile iptal edilmiş olacaktır.

¹⁰⁵ KALPSÜZ, T. M. T. , naklen a. g. e. , s. : 68.

¹⁰⁶KALPSÜZ, a. g. e. , s. : 67.

Bu görüş kanunun lafzı yorumlanarak eleştirilebilir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu 15.maddesi iptal sebepleri olarak A fıkrasının 1.kısımında başvuruyu yapan taraf kararın tahkim süresi içerisinde verilmediğini ispat ederse kararın iptal edilebileceğini düzenlemiştir. 2.kısımında ise mahkemece kendiliğinden araştırılarak kamu düzenine aykırılık tespit edilirse kararın iptal edileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu milletlerarası tahkimde tahkim süresini kamu düzenine ilişkin olarak düzenlemek istemiş olsaydı kamu düzenini iptal sebebi olarak saydığı halde ayrıca tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararı iptal sebeplerinde saymaması gerekirdi. Ayrıca A fıkrasının 1.kısımında belirtilen tahkim süresi içerisinde verilmeyen kararların iptali ancak taraflarca ispat edildiği takdirde iptal sebebi olarak kabul edilecektir. Bunun anlamı ise kararın tahkim süresi içerisinde verilip verilmediği konusunda hakimin herhangi bir takdir yetkisi olmadığı dolayısıyla tahkim süresinin kamu düzenine ilişkin olmadığı yönündedir.

Tahkim süresi içerisinde verilmeyen ancak iptali istenmeyen veya iptalinden feragat edilen kararlarda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesinin B fıkrası gereğince icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi istenilmesi durumunda kanunun A/2.b maddesi gereğince kararın kamu düzenine aykırı olması istemin reddine karar verilecektir. Dolayısıyla tahkim süresinde verilmeyen kararın hiçbir şekilde icra edilebilirlik imkanı da olmayacaktır.

2.5.3.2. Tahkim Süresinin Başlangıcı

Taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise tek hakemli davalarda “hakemin seçildiği” birden çok hakemli davalarda ise “hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği” tarihten itibaren tahkim süresi işlemeye başlayacaktır. Tahkim süresinin başlangıç tarihi ile tahkim süresi taraflarca ayrı ayrı kararlaştırılabilir. Taraflarca tahkim süresi başlangıcı kararlaştırılmış ise bu süre, kararlaştırılmamış ise 1 yıl olarak kabul edilen tahkim süresi tek hakemli davalarda “hakemin seçildiği” birden çok hakemli davalarda ise “hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren başlayacak ve esas hakkında bu sürede karar verilmesi gerekecektir.

Taraflarca tahkim süresinin başlangıç anı yasada belirtilen düzenlemeden farklı şekilde de kararlaştırılabilir. Başka bir deyişle, taraflarca nasıl tahkim süresi istedikleri gibi kararlaştırıla biliniyor ise tahkim süresinin yargılamanın farklı aşamasında başlaması da kararlaştırılabilirler. Mesela taraflarca tahkim süresi kanunda belirtilen sürenin de altında olarak 5 ay olarak kararlaştırılabilir ve bu sürenin başlangıcı olarak bilirkişi raporlarının dosyaya sunulma tarihi olarak kabul edilebilir. Bu durumda tahkim süresinin başlangıcını bilirkişinin raporunu dosyaya sunma anı olarak kabul edilecektir. Yine taraflar tahkime belirli kurumların kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış ve bu kurumun kuralları arasında tahkim süresinin başlangıç anı kabul edilmiş ise tahkim süresinin başlangıç anı olarak bu kurallar kabul edilecektir¹⁰⁷. Mesela taraflar aralarında çıkacak uyuşmazlıklara Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının uygulanacağını kararlaştırmış olmaları durumunda bu kuralların 24.maddesi gereğince: “Bu süre, görev belgesinin taraflarca veya Hakem Mahkemesince imzalandığı... tarihten itibaren başlar” denilmiş olduğundan görev belgesinin taraflarca veya hakem mahkemesince imzalandığı tarihi tahkim süresinin başlangıcı olarak kabul etmek gerekecektir.

Milletlerarası Ticaret Odası kuralları gereğince görev belgesinin hazırlanması sayesinde taraflar arasındaki kararın tahkim süresi içinde verilip verilmediği tartışması

¹⁰⁷ AKINCI, a. g. e. , s. : 131.

ortadan kalkmasını sağlayacaktır¹⁰⁸.Çünkü görev belgesi üzerinde yazılı olan tarih, tahkim süresinin başlangıcı tarihi kabul edilmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre tek hakemli davalarda tahkim süresi hakemin seçilmesinden sonra başlayacaktır. Kanunun bu düzenlemesi pek çok sakıncalı duruma sebep olabilecek niteliktedir. Zira tek hakem adı ile birlikte bazen daha uyuşmazlık çıkmadan tahkim sözleşmelerinde belirtilir¹⁰⁹. Bu durumda tahkim süresinin başlangıç tarihi olarak tahkim sözleşmesi kabul edilir ise tahkim süresi çoktan geçmiş olabilecektir. Yine tek hakem seçilmesinden sonra kendisine bu bilgi verilmeyebilir. Bu durumda seçilmiş olmasına rağmen bundan haberi olmayan hakem yargılama yapmaya gecikebilir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkimde tek hakemli davalarda tensip zaptının düzenlenmesi ile tahkim süresi başlamaktaydı¹¹⁰. Ancak 6100 sayılı HMK 427.maddesinde bu konuda Milletlerarası Tahkim Kanuna paralel şekilde hatalı olarak tek hakemli davalarda tahkim süresinin hakemin seçilmesi ile başlayacağını düzenlemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu birden çok hakemli davalarda tahkim süresinin hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlediği tarihten itibaren başlayacağını kabul edilmiştir. Esasen tek hakemli davalarda tek hakemin seçilmesinden sonra tahkim süresinin başlayacağı düzenlemesine göre daha az tartışma yaratan bir düzenlemedir. Burada kastedilen toplantı tutanağının genel olarak anlamı görev belgesidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 10/E maddesi gereğince taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem veya hakem kurulunun dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra görev belgesi düzenlemesi gerekmektedir. Görev belgesi aslında aynı zamanda ilk toplantı tutanağı niteliğindedir. Ancak taraflarca görev belgesinin düzenlenmemesi kararlaştırılmış ise de hakem heyetinin düzenleyeceği ilk toplantıda tutulan tutanak tahkim süresinin başlangıç tarihi olarak kabul edilecektir.

Tek hakemli davalarda hakemin seçildiği tarihin belirlenmesinin muğlak olduğu yahut hakemin seçildiğinden haberdar olmaması durumunda yargılamaya geç başlaması halinde tahkim süresinin geçebileceği ihtimallerine karşın, ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihin belirlenmesinde bu sakıncalar ortaya çıkmayacaktır

Uluslararası ticaretin doğası gereği tarafların farklı ülkelerde olması taraflarca seçilecek hakemlerin de farklı ülkelerde olması sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda hakem heyetinin fiili olarak aynı ülkede bir araya gelerek toplantı tutanağı düzenlemesi beklenemeyecektir. Hakemler internet yahut farklı teknolojik yöntemlerle de bir araya gelebilecektir. Bu sebeple bu düzenleme hakem heyetinin fiili olarak bir araya gelme de heyet olarak ilk işleminden itibaren başlatılması ve yasanın bu şekilde anlaşılmasında yarar gören yazarlar bulunmaktadır¹¹¹.

2.5.3.3. Tahkim Süresinin Uzatılabilmesi

Milletlerarası Tahkim Kanununun 10.maddesinin B fıkrasının II.bendinde de: “Tahkim süresi tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesince uzatılabilir” denilerek tahkim süresinin uzatılması konusu düzenlenmiştir.

¹⁰⁸ TOSUN, N. , Z. Milletlerarası Ticaret Odası(ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Ankara 2009 , s. :40.

¹⁰⁹ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 69.

¹¹⁰ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 69.

¹¹¹ AKINCI, a. g. e. , s. : 133.

Taraflar anlaşarak tahkim süresini uzatabilir. Bu durum tahkimin irade serbestine dayanan bir kurum olmasının sonucudur. Zira kanun taraflara uyuşmazlık çıkmadan önce tahkim süresini kararlaştırabilme yetkisini vermiş olduğuna göre; belirli tahkim süresini de evleviyetle uzatma yetkisi verdiği yasal düzenleme olmasıydı bile ulaşılabilecek bir sonuç olacaktı.

Kural olarak tahkim yargılaması kısa süreli ve hızlı bir çözüm yoludur. Ancak öyle davalar olabilir ki tarafların davaya cevap vermesi, bilirkişi raporu alınması ve tanıkların dinlenmesi gibi delil toplaması işlemler için uzun süreler gerektirebilir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunda delillerin nelerden ibaret olduğu belirtilmediğinden toplanması gereken geniş delil yelpazesi bulunmaktadır¹¹². Bu ve benzeri durumlarda tahkim süresinin uzatılması ihtiyacı doğar.

Taraflar anlaşarak tahkim süresini uzatamaz iseler bu durumda taraflardan biri Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurarak tahkim süresinin uzatılmasını talep edecektir. Yasanın lafzi yorumundan tahkim süresinin uzatılmasının ancak taraflardan birinin başvurusu sonucunda uzatılabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hakemler ya da üçüncü bir kişi tarafından tahkim süresinin uzatılması konusunda mahkemeye başvuruda bulunulamayacaktır. Tarafların bu konuda anlaşma yaparak, kanunun düzenlemesinin aksini kararlaştıramazlar. Bu yönde tahkim anlaşmasına konulacak bir madde ile tahkim süresinin uzatılmasının hakemler tarafından da istenebileceği kararlaştırılmaz. Milletlerarası Tahkim Kanunu diğer maddelerinin başlangıcında “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” ibaresinin koymasına rağmen tahkim süresinin uzatılması istemiyle mahkemeye başvurabilecekleri belirlerken böyle bir düzenleme yapmamıştır. Burada kanun koyucu, devlet mahkemesine başvurma hakkının şahsi bir hak olması dolayısıyla bu hakkın başka bir kişiye ya da kuruma devredilemeyeceği düşüncesinden yola çıkmaktadır.

Aynı şekilde taraflarca tahkim süresinin uzatılması yönünde karar verebilecek üçüncü bir kişi ya da kurum belirleyemezler. Tahkim istisnai, devlet mahkemeleri genel bir yargılama yoludur. Bu sebepten, tahkim yargılaması belirli bir süre içerisinde bitirilmesi gerekmektedir. Tarafların iradesi dışında üçüncü bir kişi ya da kuruma tahkim süresini uzatabilme yetkisinin verilmesi, tarafların iradesi dışında tahkimi genel bir yargılama yoluna dönüştürebilir. Bu sebeple, yasa tahkim süresinin uzatılmasının taraflarca kararlaştırılmaması durumunda ancak devlet mahkemelerinden istenebileceği hükmünü getirmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesine göre tahkim süresinin uzatılmasının istenebileceği görevli ve yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri veya oturma yeri yahut işyerinin bulunduğu yer, böyle bir yer yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesidir. O halde davalı yurtdışında bulunan ve Türkiye’de yerleşim yeri veya oturma yeri yahut işyerinin bulunduğu yer tahkim yargılamasında süre uzatmak amacıyla açılacak davalarda her zaman İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkili olacaktır.

Tahkim süresi ancak, taraflarca kararlaştırılmış olan ya da yasa tarafından kabul edilen 1 yıllık tahkim süresi içerisinde uzatılabilir. Zira tahkim süresi geçtikten sonra tahkim şartı düşeceğinden, ancak taraflarca yeni bir tahkim sözleşmesi yapıldığı takdirde tahkim yoluna

¹¹²HACİBEKİROĞLU, E. , Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2012, s. : 80-82.

başvurulabilecektir. Ayrıca tahkim süresinin taraflarca ya da yasa tarafından belirlenmesinin sürenin uzatılması açısından farklı sonuç doğurmayacaktır.

Tahkim süresinin taraflarca kararlaştırılması durumunda bu sürenin belirli olması gerekmektedir. Bu sebeple gerek taraflarca gerekse mahkemece tahkim süresi ancak belirli süre için uzatılabilir. O halde hakem mahkemesi tarafından karar verilmeye kadar tahkim süresinin uzatılması yönünde verilebilecek herhangi bir karar geçersiz olacaktır.

Tahkim süresi ancak taraflarca anlaşarak uzatılabileceği kararlaştırılmış olabilir. Buna rağmen taraflardan biri tarafından tahkim süresinin uzatılması için dava açılmaz¹¹³. Zira bu durumda taraflar tahkim süresinin taraflardan birinin rızası olmaksızın mahkeme vasıtasıyla uzatılamayacağını kararlaştırmış olmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 10.maddesinin B fıkrasının II. bendine göre: “Başvurunun reddi halinde tahkim süresi sonunda yargılama sona erer. Mahkemenin kararı kesindir” denilerek tahkim süresinin uzatılması talebinin reddi düzenlenmiştir.

Tahkim süresinin uzatılma talebini alan mahkeme istemin haklı olup olmadığına takdir yetkisine göre karar verecektir. İstemi haklı bulan mahkeme tahkim süresinin uzatılmasına karar verecektir. Bu durumda belirli olan tahkim süresinin üzerine uzatılma kararında belirtilen tahkim süresi eklenerek tahkim süresi uzamış olacaktır. İstemi haksız bulan mahkeme tahkim süresinin uzatılması talebini reddedecektir. Tahkim süresinin uzatılması talebinin reddine ilişkin kararlar kesindir. Zira bu kararların temyiz yoluna tabi olması durumunda tahkim yargılaması sürüncemede kalabilecektir. Hatta bu süreçte hakemlerin karar vermesine rağmen verilen kararın tahkim süresinde verilip verilmediği konusu tartışmalı hale gelebilir ve bu durum hukuki güvenliğe aykırı sonuçlar doğurabilirdi.

Tahkim süresi içerisinde kararı veremeyen hakem veya hakem kurulu Borçlar Kanununun 390.maddesi I. fıkrasındaki atıf sebebiyle işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre taraflara karşı sorumlu olacaktır. Bu sebeple Borçlar Kanunu 321.maddesine göre hakemler yetkilendirildikleri işlerde özenle ifaya mecburdurlar. Borçlar Kanunu 390.maddesinin II. fıkrasına göre de tarafların vekili konumunda olan hakemler hakem sözleşmesi ile kendisine tevdi edilen işi sadakat ve ihtimamla yerine getirmekle yükümlüdür. Zira hakemler kendisine verilen işi sadakat ve ihtimamla yerine getirmediği takdirde borca aykırı bir davranış olmuş olacaktırlar. Borca aykırı davranmış olan hakemin fiili sonucunda bir zarar meydana geldiğinde, zarar ile sözleşmenin ihlali arasında uygun illiyet bağının bulunması ve hakemin sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmesi sonucunda hakem, zararı gidermekle yükümlü olacaktır¹¹⁴.

Burada yeri gelmişken, hakemin sorumluluğu ile ilgili birkaç bilgi vermekte de fayda görülmektedir. Hakemlerin sorumluluğu her ne kadar işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıfta bulunulsa dahi, işçinin sorumluluğundan farklı niteliktedir. Zira iş sözleşmesinde, işçinin bilgi ve eğitim seviyesi işverenin düzeyinden daha fazla olsa bile işçi, işverenin talimatı ile bağlıdır¹¹⁵. Ancak vekalet sözleşmesi niteliğindeki hakemlik sözleşmesinde vekil olan hakem, taraflardan emir ve talimat alamaz. Bilakis hakemler yargılama faaliyeti yürüttüğünden, bağımsız ve tarafsız olmak zorundadırlar. Bu sebeple

¹¹³ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 71.

¹¹⁴ EREN, F. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt : 2 , İstanbul 1999, s. : 1041-1054.

¹¹⁵ İNAL, T. , Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009, s. : 137.

hakem, taraflardan birinden talimat almış olduğunu gerekçe göstererek tahkim yargılamasında herhangi bir işlemde kaçınmaz.

2.6. Tahkim Yargılamasında İhtiyati Haciz Ve İhtiyati Tedbir

2.6.1. Genel Olarak

Dava açılmadan önce ya da açılmış bir davada kararın icra edilebilir aşamaya gelinceye kadarki süre içerisinde alınan nitelik itibarıyla geçici hukuki koruma tedbirlerine ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir denilmektedir¹¹⁶. İhtiyati kelimesinden de anlaşılacağı gibi amaç geçici koruma yahut tedbirdir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesi son fıkrasında: “Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar” denilerek ihtiyati haciz veya tedbir kararının geçiciliğini vurgulamaktadır. Kararın icra edilebilir hale gelmesi kararın kesinleşmesi sonucunda devletin cebri icra organları vasıtasıyla yerine getirilebilmesini ifade eder. Kararın icra edilebilir hale gelmesi ile birlikte ihtiyati haciz ya da tedbir kararına ihtiyaç kalmayacaktır. Çünkü icra edilebilir bir karar icra edilmekle kesin koruma sağlayacaktır. Davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi durumunda ise kararın reddedilmiş olması sebebiyle talepte bulunduğu hak ile ilgili geçici koruma talep etmesinde menfaati bulunmaması sebebiyle ihtiyati haciz veya tedbir kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

İhtiyati haciz daha çok para ve teminat alacaklarında söz konusu olurken ihtiyati tedbir diğer taleplere ilişkin konularda koruma sağlar. Tahkim davası açılmakla ya da açılmadan önce davalı mallarını kaçırabilir bu durumda davacı açmış olduğu davasını kazansa bile alacağını elde etme imkânından yoksun kalacaktır. Bu durumda davacı devlet mahkemesinden ihtiyati haciz kararı talep ederek ihtiyati haciz kararı ile borçlunun mallarına haciz koyarak yargılaması sonucunda elde edebileceği alacağını güvence altına alabilir. Yine alacak para veya teminat alacağı olmaması ve üzerine tedbir konulmaz ise davanın sonunda alacağın elde edilmesi imkansız hale gelebilir. Aynı şekilde böyle bir olayda da alacaklı tarafından ihtiyati tedbir talep edilerek ihtiyati tedbir kararı alınır ve davacı davasının sonunda elde edebileceği hakkının almasının imkansız hale gelmesi engellenmiş olur.

Hakem mahkemesi devlet mahkemesi değildir ve devlet mahkemeleri gibi verdikleri kararlar doğrudan icra organları tarafından uygulanmaz. Uluslararası bir ticari uyuşmazlıkta hakem mahkemesi Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde karar vermiş olabilir. MTK çerçevesinde verilmiş olan karar hakkında diğer taraf iptal yoluna başvurmaması sebebiyle karar kesinleşse dahi hakem kararı doğrudan devletin icra organları vasıtasıyla icra edilemez. Hakem kararının devletin icra organları vasıtasıyla icra edilebilmesi için devlet mahkemesinden “icra edilebilirlik” belgesi alınması gerekmektedir.

Aynı şekilde ihtiyati haciz veya tedbir kararını hakem mahkemesi tarafından verilse de icra organları tarafından doğrudan uygulanamayacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinin 2.fıkrasında:”Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz

¹¹⁶ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 42.

kararı da veremez” denilerek hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz ya da tedbir kararının icra organları tarafından doğrudan uygulanamayacağı kabul edilmiştir.

Hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararları ancak taraflarca kendiliğinden uyulması halinde hukuksal açıdan sonuç doğurabilecektir. Hakem mahkemesinin kamu günü kullanma yetkisi bulunmadığından taraflar verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararını yerine getirmedikleri takdirde hakem mahkemesi devletin resmi makamlarından bu kararın cebri icra ile yerine getirilmesini isteyemeyecektir.

Kanun hakem mahkemesince verilen kararın yerine getirilmesi konusunda mahkemelerden yardım talep edilebileceğini düzenlemiştir. Kanunun lafzına bakıldığında hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararının uygulanmasında devlet mahkemesinin görevi yardımcı olmak gibi anlaşılabilir. Kanun koyucu bu düzenlemeyi hatalı olarak kaleme almıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunumuz hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararına taraflar kendiliğinden uymaz ise taraflarca ancak mahkemeden bu yönde karar verilmesi istenebilecektir.

Delil tespiti, yürütmenin durdurulması gibi başkaca geçici hukuki koruma tedbirleri bulunsa da Milletlerarası Tahkim Kanunu bu konuda düzenleme yapmamıştır¹¹⁷. Delil tespiti uzun süren davalarda delilleri incelemeye sıranın geç gelmesi sebebiyle delillerin yok olabilmesi ihtimaline binaen bazen yargılamaya başlamadan önce bazen de yargılama sırasında deliller tespit edilebilmektedir. Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunumuzda delil tespiti konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamış olsa dahi hakem mahkemesinin delil tespiti kararı verebilecektir. Ancak hakem mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararı alması mümkün değildir. Hakem mahkemesi icra organları tarafından yerine getirilebilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı veremediği gibi yine geçici hukuki koruma tedbiri olan yürütmenin durdurulması kararını da veremeyecektir. Çünkü yürütmenin durdurulması kararı ile kamu kurumu olan idareden bir işlem ya da eylemin durdurulmasının yahut yapmadığı bir işlem ya da eylemin geçici olarak yapılması yönündeki kararın uygulanması istenilmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu kural olarak taraflar veya hakem mahkemesince bu kanunun uygulanmasının kararlaştırılması ya da tahkim yerinin Türkiye olan yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanabilecektir. Ancak kanunun 1.maddesine göre ihtiyati haciz veya tedbir konusundaki düzenlemeleri Tahkim yerinin Türkiye dışında bulunduğu uyuşmazlıklarda da uygulanabilecektir.

2.6.2. Devlet Mahkemelerinden İhtiyati Haciz Veya Tedbir Kararı Verilmesinin İstenmesi

Devlet mahkemelerinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı vermesi tahkim yargılamasının devlet mahkemeleri tarafından yapıldığı anlamına gelmeyecektir.21 Nisan 1961 tarihinde Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesinin VI. maddesinin 4. Fıkrasına göre: “İhtiyati veya muhafaza tedbirlerinin alınması için adli bir makama müracaat edilmesi hakemlik anlaşmasıyla telif olunmaz mahiyette sayılmayacağı gibi işin esas bakımından mahkemeye tevdi manasına da alınmamalıdır¹¹⁸,” denilerek bu durum vurgulanmıştır. Avrupa Sözleşmesinde de vurgulandığı gibi ihtiyati haciz ya da tedbir kararı uyuşmazlığın esasına ilişkin bir karar olmadığı için uyuşmazlığın devlet mahkemesinde çözülmesi anlamına

¹¹⁷ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 44.

¹¹⁸ TURHAN, a. g. e. , s. : 47.

gelmemektedir. İngiliz Tahkim Kanununun 1950. maddesinde devlet mahkemelerine verilen bu yetkiyi, devlet mahkemelerinin hakemlerin yetkilerini ortadan kaldırmayacak şekilde kullanmaları gerektiği vurgulanmıştır¹¹⁹.

Aynı şekilde tahkim anlaşması gereği taraflar arasında doğmuş veya doğacak tüm uyuşmazlıklar hakkında hakem mahkemesince karar verileceği açıkça yazılı olsa bile ihtiyati haciz veya tedbir konusunda mahkemeye başvurulması tahkim sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinin 1.fıkrasına göre: “Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

2.6.3.Hakemlerin İhtiyati Haciz Veya Tedbir Kararı Vermesinin Koşulları

Hakemlerin hangi hallerde ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebileceği Milletlerarası Tahkim Kanununun 6.maddesinde düzenlenmiştir. Bu şartlar şöyle sıralanabilir:

2.6.3.1. Taraflarca Aksinin Kararlaştırılmaması

Tahkim yargılamasının tarafları tahkim sözleşmede ya da ayrıca yaptıkları bir sözleşme ile hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı veremeyeceğini kararlaştırabilirler. Tarafların bu yöndeki anlaşmalarına üstünlük tanınacaktır. Kanun “aksi kararlaştırılmadıkça” hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararını kabul ettiği için taraflarca hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir konusunda karar vermesi ile ilgili düzenleme yapılmadı ise hakem mahkemesinin ihtiyati haciz veya tedbir kararı verebileceği kabul edilecektir. Taraflarca aksi kararlaştırılmış ise bu durumda ihtiyati haciz veya tedbir ancak mahkemelerden istenebilecektir.

2.6.3.2. Hakem Mahkemesinin Kurulması

Bilindiği gibi tahkim yargılaması istisnai bir yoldur. Kurumsal tahkim mekanizmasında birkaç istisnai tahkim kurumunu bir yana bırakırsak sürekli olarak çalışan ve davaların açılıp görüldüğü devlet mahkemeleri gibi kurulmuş hakem mahkemesi bulunmamaktadır. Hatta taraflar çoğu zaman uyuşmazlık çıktıktan sonra hakemlerini seçmektedir. O halde hakem mahkemesi kurulmadan taraflarca ihtiyati haciz veya tedbir istenebilecek bir kurum da bulunmamaktadır. Hakem mahkemesi kurulmadan önce ihtiyati haciz veya tedbir istemi ancak devlet mahkemesinden istenebilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 6.maddesi II. fıkrası da tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun ihtiyati haciz veya tedbire karar verebileceğini düzenlemiştir.

2.6.3.3. Taraflardan Birinin Talebi

Hakem mahkemesince verilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı üçüncü kişilerin istemi üzerine verilemez. Hakem mahkemesince verilen ihtiyati haciz veya tedbir kararı da üçüncü kişileri bağlamayacağı gibi üçüncü kişilere de etki etmez. Tahkim ancak taraflarca tahkim sözleşmesi ile başvurulacak bir yol olduğundan ancak taraflar arasında hukuki sonuç doğurabilir. Bu sebeple ancak taraflardan birinin talebi üzerine hakem mahkemesince karar verilebilecektir.

¹¹⁹COLLINS, L. , Provisional and Protective Measures in International Litigation, Recueil Des Cours, 1992 (234), III, s. : 70 , ERTEN, R. , a. g. e. s. : 548.

2.6.3.4. Teminat Gösterilmesi

Devlet mahkemelerinde dava açıldığında haksız olarak verilmiş bulunan ihtiyati haciz veya tedbir kararından ötürü tarafların zarara uğraması söz konusu olduğunda zararın giderilmesi için kararın verilmesi sırasında uygun bir teminatın alınmasına karar verilmesine karar verilmektedir. Yine tahkim yargılamasında hakem mahkemesinin vereceği ihtiyati haciz veya tedbir kararından da taraflardan biri zarar görebileceğinden hakem mahkemesince ancak uygun teminatın verilmesi karşılığında ihtiyati haciz veya tedbir kararı verilebilir.

Hakem mahkemesince verilecek ihtiyati haciz veya tedbir kararı sırasında teminat yatırılmasının taraflardan birinin talepte bulunması şartı bulunmamaktadır. Hakem mahkemesi kendiliğinden teminat yatırılmasına karar verebilir¹²⁰.

2.7. Hakem Kurulunun Kurulması

Tahkim yargılamasının yapılabilmesi hakem kurulunun kurulması ya da hakemin seçilmesine bağlıdır. Hakem veya hakem kurulu seçilmesi hakem kurulunun oluşması için yeterli değildir. Hakem veya hakem kurulunu seçme işlemi hakeme yönelik hakem sözleşmesinin kurulması yönünde teklif hükmünde olup, hakem tarafından işbu teklif kabul edilmek ile hakemlik sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Başka bir anlatımla hakem anlaşması taraflarla hakemler arasında yapılmaktadır. Taraflar hakem anlaşmasında uyuşmazlığı çözmesi konusunda hakem veya hakem kuruluna öneride (icap) bulunur bunun karşılığında hakemlerin kabulü ile sözleşme meydana gelecektir¹²¹. Hakem sözleşmesi ile hakemler uyuşmazlığı çözmek, taraflar da hakeme ücret ödeme taahhüdüne girmektedir¹²². Her ne kadar aşağıda hakemlerin sayısı, seçim usulleri anlatılacak ise de hakemler tarafından uyuşmazlığın çözümünün kendisi tarafından yapılacağı teklifi kabul edilmedikçe hakem sözleşmesinin kurulamayacağı ve seçilen hakem tarafından uyuşmazlığın çözülemeyeceğini belirtmekte fayda görülmüştür.

Çalışmamızın bu bölümünde hakem sözleşmesinin kurulmasından ziyade taraflarca hakemleri belirleme usulü inceleneceğinden, aşağıda görüleceği gibi tarafların uyuşmazlık çıkmadan önce hakem ya da hakem kurulunu belirlemiş olması durumunda pek bir sorunla karşılaşmayacaktır. Hatta taraflar devlet mahkemelerinde olduğu gibi doğrudan önceden belirlenmiş hakem veya hakem kuruluna başvurarak tahkim yargılamasını başlatabilecektir.

Ne var ki taraflarca hakem veya hakem kurulu önceden belirlenmemiş ise uyuşmazlık çıktından sonra belirlenmesinde oldukça güçlük yaşanacaktır. Taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında, menfaatleri çatışan taraflar kendine yakın gördüğü hakemin tahkim yargılamasını yürütmesini isteyecektir. Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda farklı ülkelerden seçilebilecek hakemlerden kurulacak hakem kurulu, farklı dil ve hukuk kültürü bilgisine sahip hakemlerden oluşabilecektir.

Hakem veya hakem kurulu belirlenmesi konusunda taraflar serbesttir. Kanunun hakem kurulunun kurulması ile ilgili düzenlemelerinin hemen hemen tamamı taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı durumlarda geçerli olacaktır. Başka bir ifade ile hakemlerin seçimi, seçilme usulleri ve sayısı istisnai durumlar haricinde tarafların irade serbestisi sonucu

¹²⁰ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 47.

¹²¹ NOMER, a. g. e. , s. : 19.

¹²² PEKCANITEZ, H. , ATALAY, O. , ÖZEKES, M. , Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s. : 743.

tarafarca istenildiği gibi kararlaştırılabilir¹²³. O halde hakem veya hakem kurulunun teşkili konusundaki uyuşmazlık çıkması durumunda tarafların anayasası konumundaki sözleşmenin incelenmesi gerekecektir.

Hakem veya hakem kurulunun kurulmasında yasa ya da sözleşmeye aykırılıklar son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Hakem veya hakem kurulunun belirlenmesinde tarafların anlaşmasına veya kanun hükmüne aykırılıklar MTK 15/A/1/b gereğince iptale tabi olacağı gibi ve New York Sözleşmesinin V. maddesi gereğince de hakem kararının tenfiz edilmesine engel olacaktır. Tahkim yargılamasında tarafların iradesine üstünlük tanındığından hakem kurulunun kurulması konusunda uyuşmazlık çıktığında öncelikle taraflar arasında sözleşmeye bakılacaktır. Sözleşmede düzenleme olmayan konularda Milletlerarası Tahkim Kanununun ilgili maddelerine bakılacaktır. Tahkim yargılaması sonucunda karar mekanizması olan hakem ve hakem kurulunu belirleme usulü tarafların tahkim sözleşmesini yapmaya sevk eden irade saiki olabileceğinden yasa koyucu öncelikle tarafların bu konudaki anlaşmalarına bakılması gerektiğini öngörmüş, aksi takdirde aşağıdaki tamamlayıcı hukuk kurallarının geçerli olacağını kabul etmiştir.

2.7.1. Hakemlerin Sayısı

Milletlerarası Tahkim Kanunu 7/A maddesi hakemlerin sayısını tarafların belirleyebileceğini ancak bu sayının tek olması gerektiği düzenlenmiştir. Kanunun hakem sayısı konusunda sınırlaması hakem sayısının tek olması kuralından ibarettir. HMK 415.maddesi de aynı şekilde iç tahkimde tarafların hakem sayısını istedikleri gibi belirleyebileceklerini ancak bu sayının tek olması gerektiğini kabul etmiştir. Buna göre hakem sayısı 1,3,5,7 gibi rakamlarla istenildiği gibi belirlenebilir.

Hakem sayısı çift olarak kararlaştırılmaz. Hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması durumunda hakemlerin yarısı farklı diğer yarısı farklı karar verdiğinde oy eşitliğinin bulunması sebebiyle karar alınamayacaktır. Hakem kurulu seçildiğinde en azından oy çokluğu ile kararın verilmesi ve tahkim kurumunun işlerlik kazanabilmesi için hakem sayısının tek olması zorunludur.

Hakem sayısının tek olması yönündeki Milletlerarası Tahkim Kanununun 7/A maddesindeki düzenleme emredici hukuk normu niteliğindedir. Zira kanun taraflarca hakemlerin sayısının taraflarca istenildiği gibi belirlenebileceğini düzenlemesi akabinde diğer cümlede bunun ancak tek sayısı olmasını zorunlu tutmaktadır. Dolayısıyla taraflarca hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması mümkün değildir. Taraflarca hakem sayısının çift olarak kararlaştırılması durumunda ise tahkim sözleşmesi geçersiz olmayacaktır. Zira ortada tarafların tahkim iradesini sakatlayan bir durum söz konusu olmayacaktır.

Taraflarca hakem sayısı belirlenmemiş ise bu sayı MTK 7/A'ya göre üç hakemden oluşacaktır. Böyle bir durumda taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır.

¹²³ ERTEKİN, E. , KARATAŞ, İ. , Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997, s. : 147.

2.7.2. Hakemlerin Seçimi

2.7.2.1. Tahkim Sözleşmesinde Hakemlerin İsmen Belirlenmiş Olması

Taraflar tahkim yoluna giderken tahkim sözleşmesinde hakem ya da hakem kurulunu ismen belirleyebilirler. Ya da henüz uyuşmazlık çıkmadan yapacakları başkaca anlaşma ile de hakem veya hakem kurulunu belirleyebilirler. Tarafların bu yola başvurmalarının sebebi her iki tarafın da müştereken güvenmiş olduğu bir hakemin bulunması ve uyuşmazlığın bu kişi ya da kişiler tarafından çözülmesinin istenilmesi olabilir. Yine taraflar uyuşmazlık çıktıktan sonra hakem seçimi ile uğraşarak zaman kaybetmek istemediklerinden ve kolaylık sağladığından hakemleri ismen belirlemek isteyebilirler.

Gerçekten hakemlerin ismen belirlenmesi durumunda tahkim kurumunun amacı olan hızlılık ilkesi gerçekleşebilecektir. Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda hakemlerin ismen belirlenmesinin önemi büyüktür. Uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tarafların farklı ülkelerde olduğu ve hakemlerini ismen belirlememiş olmaları durumunda öncelikle hakem seçimi yapılacaktır. Yapılan hakem seçiminin farklı ülkelerde bulunan taraflara ulaşması gerekmektedir. Taraflarca seçilen hakemlerin 3.hakemi seçme konusunda anlaşamadıkları takdirde 3.hakemin hangi ülkenin mahkemesi tarafından ve hangi kriterlere göre atanacağı hususu da başlı başına sorun teşkil edecektir. Dolayısıyla hakemlerin ismen belirlenmemesi durumunda uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için tahkim yargılamasının başlayabilmesi devlet mahkemelerinin yargılama yapılması kadar zaman alıcı olabilir.

Bunun yanında hakem veya hakem kurulunun ismen belirlenmesinin önemli birtakım sakıncaları da bulunmaktadır. İsmen belirlenmiş hakem veya hakemlerin hakem sözleşmesi icabını başka bir ifade ile görev teklifini kabul etmemesi halinde hakem sözleşmesi kurulamayacaktır. Hakem sözleşmesi kurulmadığı takdirde tahkim sözleşmesi de kendiliğinden sona erecektir. Yine hakem veya hakemlerin ölümü, istifası gibi sebeplerle de hakemin görevini yerine getirememesi durumunda uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi mümkün olmayacaktır¹²⁴.

MTK 7/g maddesinde :”...tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi hâlinde tahkim sona erer. “ denilmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu hakem ya da hakemlerin ismen belirlenmiş olması durumunda, tarafların tahkim yolunu ancak bu kişi ya da kişiler hakem olması durumunda tercih etmiş olduğunu kabul etmektedir. Eş söyleyişle tarafların hakem ya da hakemleri ismen belirlemeleri sebebiyle tahkim yoluna başvurdukları kabul edilmektedir.

Kanun koyucu hakemlerin tek ya da çoğul olmasına göre farklı düzenleme öngörmüştür. Hakem bir tek kişiden oluşuyor ise işbu hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir. Hakemler birden çok başka bir deyişle kurul halinde ise ancak karar çoğunluğunu ortadan kaldırılacak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir.

MTK 7/g maddesine göre kural olarak hakemlerden birinin görevi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilir. Ancak yukarıda

¹²⁴ AKINCI, a. g. e. , s. : 106.

da belirtildiği gibi tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erecektir. Kanun koyucu bu düzenlemesinde hakemlerin ismen belirlenmesi halinde hakemlerin görev yapamamaları halinde tarafların iradesini üstün kılarak tahkimi sona erdiren bir husus olarak düzenlemiştir. Kanun koyucunun amacının tarafların iradesinin üstün kılınması olduğundan taraflarca ismen belirlenmiş hakemin görevinin son bulması halinde tahkimin son bulmayacağı kararlaştırılabilir. Kanun maddesinde her ne kadar aksi kararlaştırılmadıkça tahkim sona erer demese de kanun maddesinin amacından düzenlemenin emredici hukuk normu niteliğinde olmadığı sonucu çıkartılabilecektir. Böylelikle taraflar da tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin önüne geçmiş olacaktırlar. Taraflarca tahkim sözleşmesinin geçersiz olmaması için kabul edilecek bu tarz alternatif çözüm yolları doğrultusunda tahkim sona ermeyecek, taraflarca yapılan anlaşma doğrultusunda; taraflarca yapılmış anlaşma yok ise Milletlerarası Tahkim Kanuna göre hakem seçilmiş olacaktır¹²⁵.

2.7.2.2. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi

Hakem ya da hakem kurulu tahkim sözleşmesinde ismen belirlenmemiş olabilir. Ya da tahkim sözleşmesinde hakem ya da hakem kurulunun taraflarca seçileceği kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda taraflarca, uyuşmazlık çıktıktan sonra hakemlerin seçilmesi söz konusu olacaktır. Zira uyuşmazlık çıkmadan önce hakem ya da hakem kurulunun belirlenmesi durumunda hakem ya da hakem kurulunun ismen belirlenmiş olduğu söylenecektir.

Birden çok kişiden oluşan hakem heyeti seçilecek ise taraflar eşit sayıda hakem seçecektir. Hakem seçiminde eşitlik ilkesine aykırı olarak hakem seçim usulünün kararlaştırılması ya da taraflardan sadece birinin hakemi belirleyeceğinin kararlaştırılması B.K.20.madde gereğince mutlak butlanla geçersiz olacaktır¹²⁶. Tarafların eşit sayıda hakem seçmemesi kamu düzeni ve ahlaka aykırı olduğundan kesin hükümsüz kabul edilecektir.

Tarafların eşit sayıda hakem seçmesi gerekmesinin sebebi, bu ilkenin ihlal edilmesi halinde tarafların eşitliği ilkesinin ortadan kalkacağı düşüncesidir. Her ne kadar taraflar tahkim sözleşmesini özgür iradeleri ile imzalayıp devlet mahkemeleri yerine tahkim yolunu tercih ediyor olsalar da adaletin gereği olarak tarafların eşitliği ilkesinin tahkim yargılamasında da gözetilmesi zorunludur.

Aynı şekilde bir tek hakem seçilecek olması durumunda taraflardan birine o hakemi seçme yetkisi tanınmaz. Çünkü bir tek hakem seçileceğe zaman tarafların eşit sayıda hakem seçmesi mümkün değildir. Taraflardan birine yargılamayı yapacak hakemi seçme yetkisinin tanınması o tarafın yargılama üzerindeki tahakkümünü de gösterecektir.

Tahkim sözleşmesinin hakem seçimine ilişkin usul kurallarını belirleyen bölümünün geçersiz olması tahkim sözleşmesinin tamamını da geçersiz hale getirebilir. Böylesi bir durumda sözleşme özü ve sözü ile bütünsel olarak değerlendirilerek tarafların gerçek iradelerine ulaşılmaya çalışılacaktır. Tarafların gerçek iradelerine bakıldığında, hakemlerin seçimine ilişkin anlaşmaları kısmı olmasaydı tahkim sözleşmesini yine de imzalardı denilebiliyor ise tahkim sözleşmesi geçerli olacak ve taraflarca hakemlerin seçim usulü belirlenmemiş gibi hakemler seçilecektir. Hakemlerin seçimine ilişkin anlaşma kısmı

¹²⁵ TAŞKIN, A. , Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1999.

¹²⁶ AKINCI, a. g. e. , s. : 109.

olmasaydı taraflar tahkim anlaşması yapmazdı denilebiliyor ise tahkim anlaşması da geçersiz kabul edilecektir.

(1) Tek Hakem Seçimi

Taraflarca uyuşmazlığın tek hakemle çözüleceği kararlaştırılmış olabilir. Uyuşmazlığın tek hakemle çözülecek olması halinde “taraflarca eşit sayıda hakem belirleme” şartı gereğince ancak tarafların anlaşması ile tek hakem belirlenebilir. Taraflarca belirlenen tek hakem uyuşmazlığı çözer. Taraflarca tek hakem konusunda anlaşılabilmesi halinde taraflarından birinin talebi üzerine hakem Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

MTK’ya kaynak teşkil eden UNCITRAL Tahkim Kuralları 6.maddesi gereğince eğer tek hakem tayin edilecekse öncelikle taraflardan biri diğerine hakem olarak hizmet edecek bir veya daha fazla kişi ya da kurumunun ismini verecektir. Taraflar tek hakemi seçemez iseler bu durumda anlaşmaları tayin makamından bu belirlemenin yapılması istenecektir. Tayin makamı bu belirlemeyi yapamaz ya da taraflar tayin makamı belirleyemez ise La Haye Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliği tarafından tayin makamı belirlenecektir. MTK açısından tayin makamı Asliye Hukuk Mahkemesi olduğundan ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin hakemi belirleyememe gibi bir durumunun olmaması sebebiyle MTK çerçevesinde yürütülen tahkimin Lahey Daimi Tahkim Divanına gitmesi mümkün olmayacaktır.

(2) Üç Veya Daha Fazla Hakem Seçimi

Taraflarca üç hakem seçileceği konusunda anlaşmaya varılmış olması ya da taraflarca hakem seçimi konusunda anlaşma bulunmaması sebebiyle kanun gereği uyuşmazlık üç hakem tarafından çözülecektir.

Uyuşmazlığın üç hakem tarafından çözülecek olması halinde, taraflardan biri hakemini seçer. Bunun üzerine diğer tarafa hakemini seçmesi konusunda talepte bulunur. Diğer taraf talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içerisinde hakemini seçecektir. Diğer tarafın otuz gün içinde hakemini seçmemesi durumunda taraflardan birinin istemi üzerine diğer tarafın hakemini Asliye Hukuk Mahkemesi belirleyecektir. Hakem seçimine ilişkin bu beyanların ispat kolaylığı açısından noter vasıtasıyla yapılmasında fayda vardır¹²⁷.

Diğer taraf otuz günlük süreyi geçirdikten sonra hakem seçme yetkisi ortadan kalkacaktır. Zira bu süre hak düşürücü süre olup, bu süre geçtikten sonra diğer tarafın hakem seçme yetkisi ortadan kalkmaktadır.

Taraflarda seçilen iki hakem otuz gün içerisinde üçüncü hakemi belirleyecektir. Belirleyememesi durumunda yine taraflardan biri tarafından üçüncü hakemin belirlenmesi için Asliye Hukuk Mahkemesine başvuracaktır.

Taraflarca ya da mahkemece seçilen üçüncü hakem başkan olarak görev yapacaktır. Zira burada tarafların müştereken güvendikleri yahut mahkemece tarafsızlığına inanan kişi seçilecektir. Kanun koyucu bu kişinin yargılamayı yürütmesini istemiştir.

¹²⁷ ERTEKİN, a. g. e. , s. : 154.

Taraflar üçten fazla hakemin uyuşmazlığı çözmeye yetkili kılabilirler. Bu takdirde taraflar yine öncelikle eşit olarak hakemlerini belirleyecektir. Sonuncu hakem seçilen hakemlerce belirlenmesi durumunda sorun çıkmayacaktır. Seçilen hakemler sonuncu hakemi seçemez iseler bu durumda yine Asliye Hukuk Mahkemesinde sonuncu hakemi belirleyecektir. Aynı şekilde sonuncu hakem, hakem kurulunda başkan olarak görev yapacaktır.

UNCITRAL Tahkim kurallarının 7.maddesi gereğince üç hakem tayin edilecekse MTK gibi taraflardan birinin hakem tayin ettiğine ilişkin diğer tarafa yaptığı tebligatın alınmasından itibaren otuz gün içinde diğer taraf tayin ettiği hakemi ilk tarafa bildirmezse ilk taraf tayin makamından ikinci hakemin tayinini isteyebilir. Tayin makamı belli değilse La Haye Daimi Tahkim Divanı Genel Sekreterliğinden tayin makamını belirlemesi istenebilir. MTK çerçevesinde görülen tahkimde tayin yeri yine Türkiye’de bulunan Asliye Hukuk Mahkemeleri olacaktır.

2.7.2.3.Hakem Seçiminin Bir Başkasına Bırakılması

Her ne kadar taraflardan birine hakemlerin tamamının seçimi bırakılmasa da tarafların anlaşması ile hakem seçimini bir başkasına bırakması mümkündür. Esas olarak tarafların tahkim yoluna başvurmamasının sebeplerden birinin üçüncü kişi ya da kuruma güvenmelerinden ötürü ortak paydada buluşmaktır. Tarafların müştereken güvendikleri kişi yada kurumlar hakem dahi olabildiklerine göre bu kişi ya da kurumlara tarafların evleviyetle hakemleri seçme yetkisini verebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Üçüncü kişi, kurum veya kuruluş gerçek kişi ya da tüzel kişiden oluşabilir. Mesela Milletlerarası Ticaret Odası veya ismen belirlenmiş bir kişi de olabilir. Bu durumlarda bu kişi ya da kurumların hakemi seçme işini kabul etmesi gerekir. İsmen belirlenmiş kişilerin ölmesi ya da belirlenen kurumun böyle bir görev ifa etmediğinden ya da edemeyeceğinden bahisle hakemler belirlenemeyebilir. Böyle bir durumda MTK 7/B-3.maddesi gereğince hakem veya hakem kurulunun seçimi taraflardan birinin istemi üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenecektir.

Taraflar hakem veya hakem kurulunu belirleyecek kişiyi seçerken ismen belirledikleri hakim veya savcüyü seçemezler¹²⁸. Zira Anayasa’nın 140.maddesi gereğince hakim ve savcılar ancak kanunla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilirler. Zira tarafların anlaşması sonucunda hakim ve savcılara kanunların tayin etmediği görev verilemez.

2.7.2.4.Mahkeme Kararı İle Hakem Seçiminin Yapılması

Yukarıda da belirtildiği gibi Milletlerarası Tahkim Kanununun7.maddesine göre taraflardan biri hakem seçimi konusundaki anlaşmaya uymazsa, kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği halde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse bu seçim mahkeme tarafından yapılacaktır.

Taraflar tahkim yoluna gitmekle devlet mahkemelerinin yargılama yetkilerinden vazgeçmiş olurlar. Bu sebeple tahkim yolunda devlet mahkemelerinin yetkilerinin olmadığı

¹²⁸ AKINCI, a. g. e. , s. : 112.

kabul edilir. Aslında yine aynı gerekçe ile kanun koyucu hakemin seçilemediği durumlarda bu seçimin mahkeme tarafından yapılacağını öngörmüştür. Böylelikle tarafların uyuşmazlığın çözümünün tahkim yolu ile çözülmesi amacının gerçekleşmesi sağlanacaktır. Zira hakem ya da hakem kurulunun teşkilinin imkansız olması ve devlet mahkemesinin de hakem seçimi konusunda yetkisinin olmadığı kabul edilecek olsaydı tahkim kurumunun işlemesi mümkün olmayacaktı. Çünkü hakem ya da hakem kurulu seçilmeden tahkim yargılamasına başlanamayacaktır. Yine Kanunun 3.maddesinde:”milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanunun hükümlerine göre müdahalede bulunabilir” denilerek tahkim yolunda mahkemelerin müdahalelerini sınırlayıcı bir düzenleme getirmiştir.

Devlet mahkemeleri hakem seçerken tarafların hakem seçilecek kişilerde aradıkları özelliklere bakması gerekecektir. Tahkim sözleşmesi ya da şartında hakem seçilecek kişilerin özellikleri belirtilmiş ise mahkeme tarafından bu özelliklere uygun hakem seçilecektir. Zira tahkim yolu tarafların iradesine dayanan bir yol olduğundan ve yasaların emredici kurallarına aykırı olmamak şartı ile tahkim sözleşmesinde belirlenen kurallar taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak anayasa kuralları niteliğindedir. Başka bir anlatımla, taraflar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklara tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan hususlar en üst hiyerarşiye sahip kural olarak uygulanacaktır. Bu sebeple devlet mahkemeleri dahi, yasaların emredici kurallarına aykırı olmamak kaydı ile tahkim sözleşmesinde kararlaştırılan hususlara uygun karar vermekle yükümlüdür.

Devlet mahkemeleri tarafından hakemin atanmasının çok önemli faydası bulunmaktadır. Zira devlet mahkemesi tarafından atanan hakemin tarafsız ve bağımsız olacaktır. Taraflardan biri tarafından atanmayan hakem, her iki tarafa da eşit mesafede duracağından adalete uygun bir karar vermeye yardımcı olacaktır.

MTK 'nın 3.maddesine göre hakem seçimini yapacak olan görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi'dir. Asliye Hukuk Mahkemesi karar vermeden önce gerektiğinde tarafları dinleyecek, başka bir ifade ile duruşma yapacaktır. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin hakem seçimi konusunda verdiği karar kesindir. Karar için kanunda herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir. Zira tarafların tahkime başvurusunun sebebi süratle uyuşmazlıklarının çözülmesi isteğidir. Eğer hakem seçimi konusunda kanun yolu öngörülmüş olsaydı tahkim yargılamasına başlamak uzun zaman kaybına neden olabilirdi. Ya da mahkeme kararı ile birlikte tahkim yargılamasına başlanması öngörülsedydi ve bu arada da kanun yoluna gidilseydi çok daha karmaşık bir durumla karşılaşılabilirdi.

2.7.3. Hakem Olabilecek Kişiler

Milletlerarası Tahkim Kanunu 7.maddesine göre: “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça hakem seçiminde aşağıdaki kurallar uygulanır” denilerek hakem seçiminde nelerin gözönünde bulundurulacağı belirlenmiştir. Kanunda “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” denilmesi hakem olabilecek kişiler açısından kanunun düzenlemesinin tamamlayıcı hukuk normu niteliğinde olduğunu göstermektedir. O halde kanunda belirtilen durumlar, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise uygulanabilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre gerçek kişiler hakem seçilebilir. Mülga HUMK yürürlükte iken iç tahkimde tüzel kişilerin mesela Anonim Şirketlerin de hakem seçilebileceği kabul edilmekteydi. HMK hakem olarak seçilecek kişileri Milletlerarası Tahkim Kanundaki gibi düzenlemiştir. Ancak HMK'ta da “taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça” denilerek kimlerin hakem olabileceği belirtildiğinden tarafların bu konuda aksine düzenleme

yapabileceğini göstermektedir. O halde taraflar tahkim sözleşmesi ya da şartında hakem olacak kişinin tüzel kişi olabileceğini kararlaştırmamışlarsa taraflarca, tarafların belirlediği üçüncü kişi veya kurum ya da mahkemece belirlenecek olan hakemlerin gerçek kişi olması gereklidir.

21 Nisan 1961 Tarihli Cenevre’de Yapılan Avrupa Sözleşmesi’nin I/2-b maddesinde: ‘Hakemlik’ terimi ihtilafların sadece belirli hadiseler için seçilmiş hakemler tarafından değil(ad hoc hakemlik) bunların aynı zamanda daimi hakemlik müesseseleri tarafından halledilmesini ifade eder” denilmiştir¹²⁹. Burada dolaylı olarak tüzel kişilerin de hakemlik yapabileceği vurgulanmıştır.

Hakem olabilecek kişilerin hakem sözleşmesini yapabilmeleri için fiil ehliyetine sahip olmaları yeterlidir¹³⁰. Bunların dışında hakemlerin belirli eğitimi almış ya da meslek mensubu olması gerekmemektedir. Buna rağmen hakemlerin genel olarak hukukçu seçilmesinde fayda vardır.

2.7.4. Hakemlerin Bağımsız Ve Tarafsız Olması

Hakemler her ne kadar hakemlik sözleşmesi gereğince taraflarla arasında özel hukuk ilişkisine girse de niteliği gereği yargılama faaliyeti yerine getirmektedirler. Yargılamanın bağımsız ve tarafsız kişiler tarafından yapılmaması, yargılamanın hiç yapılmaması ile aynı anlama gelecektir. Hakemler taraflı veya bağımlı iseler adaletin yerine getirilmesini sağlayamazlar. Adalete aykırı hiçbir yargılama ise yargılama sayılmaz.

Hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması gerektiği dünyadaki hemen hemen tüm ülkeler ve tahkim kurumlarınca kabul edilmiş bir ilkedir¹³¹. Bağımsızlık ve tarafsızlık pek çok kaynakta birlikte kullanılsa da ayrı kavramlardır. Bağımsızlık idari ve ekonomik açıdan hakemlerin bağımlı olmamasını, tarafsızlık ise her iki tarafa eşit mesafede durarak subjektif davranmamayı ifade eder¹³².

Yukarıda açıkladığımız gibi hakemlerin seçiminde taraflardan birinin belirleyici olması hakemlerin bağımsız ve tarafsızlığı ilkesine aykırı olması sebebiyle kabul edilemez. Hakemlerin seçiminde tarafların eşit sayıda hakem seçmesi gerekmektedir. Aynı şekilde evleviyetle kabul edileceği üzere taraflardan birinin tahkim yargılamasının hakemi olması kabul edilemez.

MTK’nın yürürlüğe girmesinde çok önce verilmiş Yargıtay 13.H.D. 26.09.1974 tarih ve 1974/2385 E. ,1974/2161 K. Sayılı kararında: ”Davacı ile davalı banka arasında yapılan vekalet sözleşmesinin 11.maddesinde ‘bu mukaveleden dolayı banka ile avukatı arasında çıkacak ihtilaflar banka idare meclisi tarafından halledilecektir’ denilmektedir. Oysa hakim veya hakemin dava konusu çekişmeli işle ilgisi olmayan üçüncü kişilerden olması şarttır. Usulün 516.maddesindeki sözleşme serbestisi mutlak değildir. Kamu düzeni ile ilgili konularda hakem sözleşmesi yapılamaz. Hakemin uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin taraflarından olmaması kuralı da kamu düzeni ile ilgilidir¹³³” denilmiştir.

¹²⁹ TURHAN, a. g. e. , s. : 44.

¹³⁰ AKINCI, a. g. e. , s. : 105.

¹³¹ KALPSÜZ, T. , Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2008, s. : 29.

¹³² AKINCI, a. g. e. , s. : 115.

¹³³ ERTEKİN, a. g. e. , s. : 148.

MTK 'ya kaynak UNCITRAL Tahkim Kurallarının 9.maddesine göre: "Tayini düşünülen hakem, kendisini tayin etme durumunda olan kimselere, bu muhtemel tayinle ilgili olarak tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı kuşkular uyandırabilecek hususları açıklamalıdır. Söz konusu hususlar taraflara açıklanmadı ise, hakem tayin edildikten veya seçildikten sonra bunları açıklayacaktır¹³⁴," denilmiştir.

MTK 7/c maddesinde de kendisine hakemlik önerilen başka bir deyişle hakemlik sözleşmesi konusunda icapta(öneri) bulunulan kimse kabul beyanını açıklamadan önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gösteren hal ve şartları açıklamak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Hakemin bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde zarar gören tarafa karşı sorumlu olacaktır.

Yine MTK 7/c maddesinde taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirilecektir. Yasa koyucu hakemlerin sadece hakemlik sözleşmesi sırasında değil yargılama sonucunda karar verilinceye kadar hakemlerin bağımsız ve tarafsız olmaları gerektiğini kabul etmiştir.

Hakemlerin tarafsız ve bağımsız olması ile ilgili olarak yasanın hükümlerinin aksi taraflarca kararlaştırılamaz. Kanun emredici hukuk normu niteliğindedir. Diğer maddeler "aksi kararlaştırılmadıkça" şeklinde başlamakta iken bu tarafsızlık ve bağımsızlık ile ilgili kanun maddesinde hakemlere getirdiği yükümlülüklerin sonuna "zorunludur" denilerek kanunun ilgili düzenlemelerini emredici hukuk normu haline getirmiştir. Kaldı ki kanunun lafzi anlamda emredici olduğu anlaşılmasaydı bile kanunun amacının "kamu düzeni" olması sebebiyle de kanunun emredici hukuk normu olduğu anlaşılabilir.

2.7.5. Hakemin Reddi

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7/c maddesinde hakemin reddi sebepleri düzenlenmiştir. Hakemin reddi konusu kanunda tahkim kurumunun özelliğine uygun şekilde düzenlenmiştir. Kanun üç farklı durumda hakemin reddedilebileceğini kararlaştırmıştır.

Birincisi hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmamasıdır. Tahkim irade serbestisi ilkesi gereğince gidilebilen bir yol olduğundan tarafların iradesi çok önemlidir. Özellikle uluslararası ticaret günden güne değişmekte ve gelişmektedir. Taraflar yapılan uluslararası ticaretin sorunlarını en iyi kavrayacak nitelikte hakemlerin seçilmesini istemiş olabilirler. Mesela hakem seçilecek kişinin gümrük müşaviri olması taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir halde gümrük müşaviri olmayan bir kişi hakem seçildiğinde bu durum hakemin reddi sebebi teşkil edecektir. Yine hakemin taraflarca konuşulan dili bilmesi istenilmiş olabilir. Burada her iki tarafın konuştuğu dili bilen hakem uluslararası uyuşmazlıkları çok daha iyi ve hızlı çözebilecektir. Taraflar hakemin niteliği konusunda serbestçe anlaşma yapabilecekleri gibi bu konuda hiçbir düzenleme yapmayabileceklerdir. Taraflarca hakemin niteliği konusunda anlaşma yapılmamış ise hakemlerin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması sebebiyle reddedilmesi de söz konusu olmayacaktır.

Hakemlerin reddi sebeplerinden ikincisi taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebinin mevcut bulunmasıdır. Taraflar tahkim usulüne ilişkin belirli kurumsal tahkim merkezlerinin usulü kurallarına ya da usul kanunlarının uygulanması

¹³⁴ TURHAN, a. g. e. , s. : 136.

konusunda anlaşmış iseler bu kural ya da kanunun hakem ya da hakimlerin reddine dair hükümleri hakemlerin ret sebeplerini teşkil edecektir. Eğer tahkim usulüne ilişkin kurallar taraflarca belirlenmiş ise bu usul kurallarında hakemlerin reddine ilişkin düzenleme var ise bu düzenlemeler de yasa gereği hakemlerin reddi sebebi teşkil edecektir. Tarafların anlaşarak ret sebebi öngörmesine yasa koyucu böylelikle müsaade etmiştir. Devlet mahkemelerinde taraflar hakimin reddi sebebi anlaşma ile kararlaştırılmazken, irade serbestisine dayanan tahkim yolunda bu mümkündür. Taraflar istedikleri gibi hakemin reddi sebebini kararlaştırabilirler. Mesela hakemin yargılama ile ilgili görüş açıklaması ya da taraflardan birine yol göstermesi ret sebebi olarak kararlaştırılabilir. MTK 3/c maddesi devlet mahkemelerinde yasa koyucunun düzenlemesi ile belirlenen hakimin reddi sebeplerini belirleme yetkisini taraflara tanımaktayken tarafların irade özgürlüklerine ne kadar önem verdiğini de göstermektedir.

Hakemlerin reddi sebeplerinden üçüncüsü ise hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartların gerçekleşmesidir. Üçüncü ret sebebinde her ne kadar yasanın lafzi yorumu hakemin tarafsız olmamasını ret sebebi saymakla yetinmiş gözükse de bu red sebebinden hakemin tarafsız ve bağımsız olmamasının ret sebebi teşkil ettiği anlaşılmalıdır.

Yine hakemlerin reddi usulünü de taraflar istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflarca bu konuda anlaşma yok ise yasanın tamamlayıcı 7/d maddesi uygulanacaktır. Buna göre hakemi reddetmek isteyen taraf hakemin veya hakem kurulunun seçiminden ya da hakemin reddi isteminde bulunabileceği bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren otuz gün içinde ret isteminde bulunabilir. Ret isteminde bulunan taraf bunu yazılı olarak karşı tarafa bildirmek zorundadır. Yasa şifahi bildirimini kabul etmemiştir.

Tek hakem(ad hoc) söz konusu ise hakemin reddi istemi doğrudan Asliye Hukuk Mahkemesinden istenilecektir. Uyuşmazlığı çözecek hakem kurulu var ise öncelikle hakem kurulu tarafından hakemin reddi istemi hakkında karar verilecektir. Ancak hakem kurulu olmakla birlikte hakem kurulunun tümünün veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin reddi istemi de doğrudan Asliye Hukuk Mahkemesine yapılacaktır.

Hakem kurulundan bir veya birden çok hakemin reddini isteyen taraf red istemi ile birlikte gerekçesini de bildirecektir. Hakem kurulu tarafından verilen karar ile red isteminin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı otuz gün içinde Asliye Hukuk Mahkemesine başvurarak bu kararın kaldırılmasını ve hakem veya hakemlerin reddine karar verilmesini isteyebilir.

Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından verilen kararlar kesindir. Asliye Hukuk Mahkemesi ret isteminin reddine karar verirse tahkim yargılaması davanın açıldığı hakem tarafından görülmeye devam edecektir. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından hakemin reddi isteminin kabulüne karar verilmesi halinde ret edilen hakem yerine yeni hakem seçilecektir. Ancak seçilen hakemin veya hakem kurulunun tümünün ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak kadar sayıda hakeminin ismen belirlenmiş olması halinde tahkim sona erecektir.

2.7.6. Hakemin İstinkafı ve Azli

Bir hakem hukuki veya fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi (istinkafı) veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer.

Tarafların anlaşması ile hakemin hakemlik yetkisinin sona ermesine hakemin azli denilmektedir¹³⁵. Hakem ile taraflar arasında bilindiği gibi hakemlik sözleşmesi bulunmaktadır. Özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki bu sözleşmeye göre sözleşmenin hakem dışındaki uyumsuzluk taraflarınca her zaman sona erdirilmesi mümkündür. Zira Roma Hukukundan beri hukukta tarafların iradeleri kurulan sözleşmeler (consensus) yine tarafların zıt iradeleri ile (contrarius consensus) ortadan kaldırılabılır¹³⁶. Burada dikkat edilmesi gereken şey, tarafların hakem sözleşmesini sona erdirmeleri, tahkim sözleşmelerini devam ettirmeleridir. Ancak hakem ismen belirlenmiş ve taraflar bu hakemi azletmiş olur iseler tahkim yargılaması da sona erecektir. Bu durumda taraflar ancak yeni bir tahkim sözleşmesi yaparak tahkim yoluna gidebilirler. Hakem ismen belirlenmemiş ise tahkim yargılaması sürecinde farklı bir hakem seçilerek uyumsuzluğu çözmesi istenebilir.

Tahkim sözleşmesinin her iki tarafı hakemin çekilmesi gerektiği konusunda anlaşamayabilirler. Başka bir anlatımla taraflardan biri hakemin çekilmesi gerektiğini düşünürken diğeri hakemlik görevinden devam etmesini isteyebilir. Böyle bir durumda tahkim sözleşmesinin taraflardan biri tarafından hakemin tek taraflı olarak azledilmesi mümkün değildir. Tarafların hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda uyumsuzluk olursa, taraflardan biri Asliye Hukuk mahkemesinden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilir. Asliye hukuk mahkemesinin vereceği karar kesindir.

Tarafların anlaşması, mahkemeden talepte bulunmasına dahi gerek olmadan hakemler de kendi rızası ile hakemlikten çekilebilirler. Hakemin kendiliğinden hakemlikten çekilmesine hakemin istinkafı adı verilmektedir. MTK 7/f maddesinde hakemin istinkaf etmesi veya diğer tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin ret sebeplerinin varlığının kabulü anlamına gelmez. Hakemin hiçbir ret sebebi olmadan hatta hiçbir gerekçe olmasa dahi taraflar anlaşarak hakemi azledebilirler. Yine hakem hiçbir gerekçe olmadan görevinden istinkaf edebilir. Her iki halde de hakemin ret sebeplerinin bulunduğu kabul edilemeyecektir.

2.8. Uyuşmazlığın Esasına Uygulanacak Hukuk

Tarafların arasında çıkabilecek uyumsuzluklara uygulanacak hukuku seçmekte taraflar irade serbestisine sahiptirler. Taraflar sahip oldukları bu irade serbestisi sayesinde “aşına oldukları için kendi hukuk kurallarının uygulanmasını ya da bir ülke hukukunun ticaret alanında daha gelişmiş kurallara sahip olması dolayısıyla bu hukukun uygulanmasını isteyebilecekleri¹³⁷” için diledikleri gibi hukuk seçiminde bulunabilirler. Milletlerarası Tahkim Kanunu 12/C maddesine göre de: “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir.” denilmektedir.

Uluslararası ticari uyumsuzlukların çözüm yolu olarak tahkim kurumu seçildiğinde görüldüğünü gibi MTK taraf iradelerine üstünlük tanımaktadır. Böylelikle uluslararası ticaretin daha çok işlerlik kazanacağı düşünülmüştür. Zira uluslararası ticaret yapan kişi ya da kurumlar iradelerinin hür olması ve yaptıkları hukuki işlemler sonucunda öngörebildikleri sonucun gerçekleşmesini arzulamaktadırlar. Taraflara aralarında çıkabilecek uyumsuzlukların

¹³⁵ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 61.

¹³⁶ RADO, T. , Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1997, s. : 243.

¹³⁷ ALİBABA, A. , Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara 2005, s. : 67.

esasına uygulanacak hukuk kurallarını seçme serbestisi tanınması sayesinde taraflar MTK çerçevesinde tahkim yoluna başvurduklarında dünyadaki hiç bilmedikleri bir ülkede ticaret yaparak o ülke ile hiçbir irtibatı olmayan hukuk kurallarına göre uyuşmazlıklarını çözebileceklerdir.

Aynı şekilde 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi’nin VII maddesinde: “Taraflar hakemlerin ihtilafın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler. Eğer taraflar tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamışlar ise hakemler ihtilafın nev’ine göre münasip görecekları kanunlar ihtilafı kaidelerinin tayin ettiği kanunu tatbik edeceklerdir¹³⁸” denilmektedir. Yine Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları 17.maddesinde: “Taraflar, hakem mahkemesinin uyuşmazlığın esasına uygulayacağı kuralları seçme konusunda serbesttirler” denilmiştir. MTK’ya kaynak teşkil eden UNCITRAL Tahkim Kuralları 33.maddesinde:”Hakem mahkemesi, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak tarafların tayin ettiği hukuku uygulayacaktır¹³⁹” denilmiştir.

Görüldüğü gibi MTK’nın dışında uluslararası sözleşmeler ile kurumsal tahkim kuralları ve UNCITRAL model kurallarda hemen hemen aynı şekilde düzenleme yapılarak tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçme konusunda irade serbestisine sahip olduğu kararlaştırılmıştır.

MÖHUK 24/I. maddesinde sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir denilmektedir. Ancak MTK tarafların hukuk seçimini “açıkça” yapacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Buradan yola çıkılarak MTK çerçevesinde tarafların hukuk seçiminin zımni olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁴⁰.Taraflar açık ya da zımni olarak hukuk seçimini asıl sözleşmede, tahkim şartında veya uyuşmazlık sonrasında kararlaştırabilirler.

Taraflar hukuk seçimi yapmış olmakla birlikte bu seçimin esas, usul ya da kanunlar ihtilafı kurallarından hangisi için seçimde yaptıkları hususunu açıkça kararlaştırmış olması gerekmektedir. Taraflar belirli bir devletin hukukunu seçmekle birlikte açıkça o hukuk kurallarının usul ya da kanunlar ihtilafı kurallarının seçildiği kararlaştırılmamışsa MTK 12/C maddesine göre seçilen hukuk maddi hukuk olarak kabul edilecektir. MTK yürürlüğe girmeden önceki dönemde taraflarca belirli devletin hukuk kuralları kabul edildiğinde bunun hem usul hem de esas hukuku kapsadığı kabul edilmekteydi. MTK’nın bu konudaki açık düzenlemesi karşısında artık taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça belirli devletin hukuk kuralları seçildiğinde esasa ilişkin kuralların seçildiği kabul edilecektir¹⁴¹.

Belirli bir devlet hukukunun seçilmiş olması o devletin ticari örf ve adetleri ile ticari teamüllerinin de uygulanması anlamına gelip gelmeyecek konusu MTK ve uluslararası sözleşmeler ile kurumsal tahkim kurallarında farklı düzenlenmiştir. MTK 12/C maddesine göre sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınır. MTK’ya göre esasa ilişkin seçilen devlet hukukunun bizatihi kendisinin ticari örf ve adetleri ile ticari teamülleri uygulama alanı bulacaktır. Halbuki uluslararası sözleşmeler ve kurumsal tahkim kurallarında seçilen hukukun ticari örf ve adeti değil tarafların arasındaki uyuşmazlığa daha uygun çözüm üretecek

¹³⁸ TURHAN, a. g. e. , s. : 48.

¹³⁹ TURHAN, a. g. e. , s. : 144.

¹⁴⁰ AKINCI, a. g. e. , s. : 168.

¹⁴¹ KALPSÜZ, T. M. T. , s : 98.

“milletlerarası ticari uygulama sonucunda oluşan ticari örf ve adetlerin¹⁴²” uygulanması söz konusu olacaktır. Nitekim Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları 17.maddesinde hakem mahkemesinin, her halde esas sözleşme hükümleri ve ilgili ticari örf ve adetleri dikkate alacağını düzenlemiştir. Yine 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre’de yapılan Avrupa Sözleşmesi’nin VII maddesinde hakemlerin ticari adetleri nazara alacakları kararlaştırılmış olmakla tarafların seçtiği hukukun ticari adetlerinin dikkate alınacağı kararlaştırılmamıştır.

MTK 12/c maddesine göre tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk açısından “en yakın bağlantı” kıstasını kabul etmesi İsviçre Federal Mahkemesi’nin en son kararlarına da uygundur¹⁴³. Zira İsviçre Federal Mahkemesi BGE. 44 II 280, 49 II 73 sayılı önceki kararlarında sözleşmenin kurulduğu yerin kanunun uyuşmazlık hakkında da uygulanması gerektiğine karar vermektedir¹⁴⁴. Ancak daha sonra vermiş olduğu BGE. 77 II 84,278, 78 II 77 numaralı kararlarında “Taraflar uygulanacak hukuk hakkında anlaşmamışlarsa, İsviçre’nin devletler özel hukukuna göre, sözleşmeye, en sıkı yerel bağlantıyı gösterdiği devletin hukuk düzeni¹⁴⁵” uygulanacaktır. MTK’da geçen “en sıkı yer” kavramından ne anlaşılması gerektiğini de Federal Mahkeme “ Bu bağlantıyı sözleşmenin belirleyici (= karakteristik) edimi tayin eder; satımda belirleyici edim satıcının edimidir. Satıcının ikametgahı İsviçre’de olduğundan, sözleşmeye İsviçre hukuku uygulanacaktır¹⁴⁶” şeklinde tanımlamıştır.

Yine MTK 12/C maddesi gereğince taraflar uyuşmazlığın esasına ilişkin uygulanacak esasa ilişkin kuralları belirlemedikleri gibi hakemlerce de belirlenmesini istemeyebilirler. Taraflar böyle bir durumda hakem veya hakem kurulunu, açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak uyuşmazlığın çözülmesini kararlaştırabilirler.

Uyuşmazlığın hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre çözülmesi açıkça taraflarca kararlaştırılmış olması durumunda hakem ya da hakem kurulu belirli ülkenin hukuk kuralları ile bağlı olmadan uyuşmazlığı çözebilecektir. Ancak hakem ya da hakem kurulunun uyuşmazlığın çözümü konusunda hakkaniyet ve nesafete göre karar verecek olması keyfi, istediği gibi karar vereceği anlamına gelmeyecektir. Hakemler tarafların eşitliği, mahkemede karşılıklılık gibi hususlar ile o ülke ve uluslararası kamu düzeni ile bağlı olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁷.

Hakemlerin uyuşmazlığı dostane aracı olarak çözmesi hakemlerin bağlayıcı karar alamayacağı anlamına gelmeyecektir. Dostane aracılıkta da hakemlerin verecekleri kararlar bağlayıcı olacaktır ancak bu yöntemde hakem ya da hakem kurulu mümkün olduğunca tarafları sulh etme konusunda gayret gösterecektir¹⁴⁸.

¹⁴² AKINCI, a. g. e. , s. : 170.

¹⁴³ KANETİ, S. , İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara 1968, s. :224-225.

¹⁴⁴ KANETİ, a. g. e. s. : 224.

¹⁴⁵ KANETİ, a. g. e. s. : 225.

¹⁴⁶ KANETİ, a. g. e. s. : 225.

¹⁴⁷ KALPSÜZ, T. M. T. , s : 100.

¹⁴⁸ KALPSÜZ, T. M. T. , s : 100.

2.9. Tahkim Usulüne Uygulanacak Kurallar

2.9.1. Yargılama Usulüne Uygulanacak Hukuk

Devlet mahkemeleri yargılama yaparken usul kuralları çerçevesinde yargılamayı yürütür ve karar verir. Tahkim mahkemesi de yargılamayı tahkim usulü kurallarına göre yürütmekle yükümlüdür. Duruşmaların nasıl yapılacağı, tahkim yeri ve dilinin ne olacağı, dava ve savunma dilekçeleri ile delillerin nelerden ibaret olduğu ve süreler gibi konuların tamamı tahkim usulü kavramı içerisinde değerlendirilecektir.

Türk hukukunda tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Zira Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.11.1951 tarih ve 1951/126 E. ,1951/109 K. sayılı kararından beri tahkim yargılamasının yürütüldüğü usul kuralları yargılama sonunda verilen hakem kararının milliyetini belirleyecektir¹⁴⁹. Buna göre tahkim yargılaması Türk Usul Kuralları mesela MTK ya da HMK usul kuralları çerçevesinde verilmiş olması durumunda hakem kararı milli hakem kararı kabul edilecek ve buna bağlı olarak tenfiz edilmesi gerekmeyecektir. Ancak tahkim yargılaması yabancı bir hukuk, milletlerarası anlaşma yahut kurumsal tahkim usul kuralları çerçevesinde verilmiş ise hakem kararı yabancı hakem kararı sayılacak ve hakem kararının icra edilebilmesi ve hukuki sonuç doğurabilmesi için tenfiz edilmesi gerekecektir. Mesela hakem kararı 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren 2011-48 sayılı kararnameye dayanarak çıkarılan Fransız Milletlerarası Tahkim Kurallarına göre yürütülmesi durumunda, verilecek hakem kararı yabancı hakem kararı sayılacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 8/A maddesi gereğince taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler.

MTK'ya göre taraflar tahkim yargılamasında uygulanacak usul kurallarını istedikleri gibi irade serbestisine dayanarak belirleyebilirler. Başka bir ifade ile taraflar hiçbir devlet usul kuralı, kurumsal tahkim kurallarında belirlenen usul kuralları yahut milletlerarası tahkim kurallarını belirleyen metinlerde belirtilen kuralları uygulanmasını kararlaştırmadan uyuşmazlığa uygulanacak usul kurallarını belirleyebileceklerdir. Taraflar tahkim sözleşmesi ya da şartında usul kurallarını tek tek yazabileceği gibi ayrı bir anlaşma ile de usul kurallarını belirleyebilirler. Mesela taraflar tahkim sözleşmesinde tüm dilekçe, beyan ve delillerin verilmesi ile kararların tebliğinin belirli mail adresi üzerinden yapılacağını ve belirlenen mail adresine mail'in gönderilmesinden bir hafta geçtikten sonra karşı tarafa tebliğ edilmiş sayılacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir usul düzenlemesi gelişen uluslararası ticaretin de yapısına uygun düşecektir.

Taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları tek tek belirlemek yerine belirli devletin milli ya da milletlerarası usul kurallarının tahkim usulünde uygulanacağını kararlaştırabilirler¹⁵⁰. Mesela Alman, Fransız, İsviçre usul kuralları tahkim yargılamasında uyulacak usul kuralları olarak belirlenebilir. Yine taraflar milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarını tahkim yargılaması usulünde uygulanmasını kararlaştırabilirler¹⁵¹. Mesela Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları yahut İstanbul Ticaret Odası Tahkim-

¹⁴⁹ KALPSÜZ, T. , Hakem Kararlarının Milliyeti, Ankara 1978, s. : 619.

¹⁵⁰ KONURALP, C. S. , Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. : 335.

¹⁵¹ GÜNAY, M. , Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Tahkim Yargılama Usulü, Adalet Dergisi, Sayı:33, Ocak 2009, s. : 196.

Uzlaştırma-Hakem Birliklik Yönetmeliğinin usul kurallarında gözetilmesi gerektiği taraflarca kararlaştırılabilir. Yahut milletlerarası metinler mesela UNCITRAL Tahkim Kurallarının tahkim kuralları olarak kararlaştırılması mümkündür.

İngiliz Lordlar Kamarası Ken-Red kararında, taraflarca Milletlerarası Ticaret Odası usul kurallarının kararlaştırılmış olmasına rağmen, tahkim yerinin İngiltere olması durumunda İngiliz Usul hukukunun devlet mahkemesi vasıtasıyla tahkim yargılamasına zaman zaman müdahale edebileceğini göstermiştir. Ken-Red kararına göre, taraflarca ICC usul kurallarının usule uygulanacak kural olarak belirlenmesine rağmen İngiliz Usul kurallarına dayanılarak yabancılar için mahkeme tarafından yargılama giderleri için teminat kararı alınabilecektir¹⁵². Taraflarca belirlenmiş usul kuralı olan ICC'de bulunmayan İngiliz Usul Kanunun ilgili maddesinin tahkim yargılanmasına uygulanması, tahkimin özgürlükçü yapısına uymayacaktır. Türk Hukukunda bu gerekçeler ile Ken-Red kararı niteliğindeki kararlara rastlanılmaması Türkiye'nin tahkim merkezi olmasına katkı sağlayacak ve uluslararası ticareti geliştirecek bir faktördür.

Taraflar ister tek tek tahkim kurallarını belirlemiş olsunlar isterse belirli devletin kurumsal tahkim kurallarının yahut milletlerarası metinleri tahkim usulü olarak belirlemiş olsunlar MTK'nın 8/A'ya göre MTK'nın emredici hükümlerine aykırı usul kuralları kabul edilemez. MTK'nın emredici hukuk kurallarına göre yürütülen tahkim 15/A/f maddesi gereğince iptale tabi olacaktır. Kural olarak Milletlerarası Tahkim Kanunun hemen hemen tüm maddeleri "aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça" diyerek başladığından MTK'nın genel olarak tamamlayıcı hukuk kurallarını içerdiğini söyleyebiliriz. Ancak tahkim süresinin uzatılması yönünde taraflarca anlaşma sağlanamaz ise mahkemeden tahkim süresinin istenilmesine ilişkin MTK 10/B maddesinin emredici hukuk normu olduğunu dolayısıyla mahkeme dışında kurumsal tahkimde dahi tahkim süresinin mahkeme dışında bir kurum veya kişiden istenilemeyeceği doktrin tarafından kabul edilmektedir¹⁵³. Tarafların eşitliği ilkesi de kamu düzenini ilgilendirdiğinden emredici hukuk normu niteliğinde olduğu söylenebilir.

Taraflar arasında tahkim usulünü belirleyen anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütecektir. Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu taraflar arasında usul hukuku konusunda anlaşma yoksa uyuşmazlığın daha uygun olduğu usul kurallarının hakem mahkemesince seçilebilmesine müsaade etmemiştir. Buna mukabil çağdaş hukuk sistemleri esasa uygulanacak hukukun hakemlerce seçilebileceği gibi usule uygulanacak usul kurallarının da hakem mahkemesince seçilebileceğini öngörmektedir. En son olarak 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkime ilişkin Fransız usul Kanununun 1509.maddesinde tahkim anlaşmasında uygulanacak usul hakkında düzenleme bulunmaması durumunda hakem mahkemesinin ihtiyacı kadar usulü ya doğrudan doğruya, ya da bir tahkim tüzüğüne veya usul kurallarına atıfta bulunarak hakem mahkemesince düzenleneceği belirtilmiştir¹⁵⁴.

Görüldüğü gibi Fransız Kanunu MTK'ya göre uyuşmazlığın ihtiyaçlarını kolaylıkla giderebilecek liberal bir çözüm üretmiştir. Türk Hukukunda tazminat döneminden beri, İslam hukukunda ticarete ilişkin kuralların az ve işlenmemiş olması sebebiyle yabancı ülkelerin bu

¹⁵²RUBINS, N. , In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, American Review of International Arbitration, 2000, Vol. 11, s. : 325; VERBIST, H. / IMHOOS, C. , The New 1998 ICC Arbitration Rules, <<http://www.imhooslaw.ch/doc/ICCNewRules.pdf>>, (20.04.2009), s. : 16; ERTEN, R. a. g. e. s. : 554.

¹⁵³ AKINCI, a. g. e. , s. : 123.

¹⁵⁴ DAYINLARLI, Fransa'da Milli-Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu, Ankara 2011, s. : 51.

yöndeki mevzuatının iktisabına yönelinmiştir¹⁵⁵. Avrupa devletleri arasında ise en çok mevzuat iktisabında bulunan ülkenin Fransa olması sebebiyle Fransa'nın tahkime ilişkin yasaları oldukça önem arz etmektedir¹⁵⁶.

Yine MTK'ya kaynak teşkil eden UNCITRAL tahkim kurallarının 15.maddesinde de hakem mahkemesinin uygun gördüğü şekilde tahkimi yürütme hakkına sahip olduğu belirtilerek tahkim usulünü belirleme konusunda takdir hakem mahkemesine bırakılmıştır.

2.9.2. Tarafların Eşitliği

Tahkim usulüne hangi hukuk kuralları uygulanırsa uygulansın hakem mahkemesince tarafların eşitliği ilkesine uyulması zorunludur. Zira tarafların eşitliği ilkesi köklerini 1215 tarihli Magna Carta ve Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinden alan adil yargılanma ilkesinden alan vazgeçilmez bir kuraldır¹⁵⁷. Milletlerarası Tahkim Kanununun 8/B maddesine gereğince taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olup, iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır.

Tarafların eşitliğinden “davada her iki tarafa iddia ve savunmalarını ileri sürme imkanının tanınması, taraflara eşit muamele edilmesi, mahkeme huzurunda karşılıklılık esasına göre dinlenmeleri gibi milletlerarası usul hukukunun kamu düzeni kaideleri¹⁵⁸” anlaşılması gerekecektir. Gerçekten de tarafların eşitliği ilkesi hem milletlerarası hem de MTK anlamında milli kamu düzenine ilişkin aksi kararlaştırılamayan emredici hukuk normu niteliğindedir.

Tarafların eşitliği ilkesi bu özelliği ile milletlerarası tahkime ilişkin hemen hemen tüm kurallarda kabul edilmiş bir usul kuralıdır. UNCITRAL tahkim kurallarının 15.maddesinde tahkim süresince, tarafların eşitliği ilkesine uyulmalı ve tahkimin her aşamasında taraflara davasını tam bir şekilde sunma imkanı verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine kurumsal tahkime ilişkin Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının 15/2 maddesinde de hakem mahkemesinin her halde adil ve tarafsız davranacağı, taraflara iddialarını sunabilmesi için yeterli imkanı sunacağı kabul edilmiştir. Yine Fransız Milletlerarası Tahkime ilişkin 1 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren usul kurallarının 1510.maddesine göre “seçilen usul ne olursa olsun, hakem mahkemesi tarafların eşitliğini garanti eder ve karşılıklı olarak itiraz etme ilkesine riayet eder¹⁵⁹” denilmektedir.

2.9.3. Tahkim Yargılamasında Temsil Ve Avukatlık

Tahkim yargılamasının bizzat tarafların katılması ile yürütülmesi mümkün olduğu gibi tarafların temsilcilerinin katılması ile de yürütülmesi mümkündür. Milletlerarası Tahkim Kanununun 8/B maddesi gereğince tahkim yargılamasında taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebilirler.

¹⁵⁵ ÜÇÖK, Ç. , MUMCU, A. , BOZKURT, G. , Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999, s. : 293.

¹⁵⁶ Mukayese-İ Kavânîn-İ Medeniyye Mecelle-İ Ahkâm-I Adliyye-Fransa Kanûn-I Medenisi Kitâb'ül-Büyû' - *The Comparison of Civil Laws Mecelle-French Code Civil The Book of Sales-Mekteb-i Hukûk Mecelle Muallimlerinden CEMALİDDİN ÇEV: Seda ÖRSTEN ESİRGİN, AÜHFD, 61 (2) 2012, s. : 809.*

¹⁵⁷ PEKCANİTEZ, H. , Medeni Yargıda Adil Yargılanma, Ankara 1997, s. : 35.

¹⁵⁸ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 101-102.

¹⁵⁹ DAYINLARLI, a. g. e. , s : 51.

O halde milletlerarası tahkim yargılamışının devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalardan temsil ve avukatlık yönünden ciddi anlamda ayrıldığı görülmektedir. Devlet mahkemelerinde kural olarak temsil edilebilmek için avukat olmak şarttır. Buna rağmen milletlerarası tahkim yargılamasında vekalet ilişkisinin kurulması ve temsil faaliyetinin gerçekleşmesi için avukat olma şartı yoktur.

Yine Milletlerarası Tahkim yargılamasında temsil faaliyetini tüzel kişiler dahi organları vasıtasıyla tüzel kişi adına gerçekleştirebilir. Devlet mahkemesinde tüzel kişinin bir başka kişiyi temsil etmesi mümkün değildir.

Ayrıca Türkiye’de devlet mahkemelerinde avukatlık yapabilmek için Avukatlık Kanununun 3.maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak ile Türk Hukuk Fakültelerinin birinden mezun olmak şartı bulunmaktadır. Buna rağmen milletlerarası tahkimde temsil ilişkisinin kurulmasında temsilcinin ya da avukatın milliyetinin önemi yoktur.

MTK’nın 8/B son fıkrasında belirtildiği gibi yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından temsil edilebilme mahkemelere yapılan istemlere uygulanmaz. Bu düzenlemenin amacı milletlerarası tahkim için dahi olsa Türk hukukunda ancak Türk Vatandaşlarının avukatlık yapabileceği kuralının kamu düzenine ilişkin bir düzenleme oluşu ve bu düzenleme hakkında istisnai bir düzenleme oluşturulmak istenmemesidir.

Tahkim sözleşmesinde görevini ifa eden avukatın avukatlık ücreti ile ilgili çıkabilecek uyuşmazlıkların yine tahkim yargılaması ile çözülebileceğini burada ifade etmek gerekmektedir. Zira vekalet ücreti de tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir haktır. Burada bahsedilen vekalet ücretine ilişkin tahkim yolunun ihtiyari tahkim yolu olduğunu belirtmekte fayda var.

Buna karşılık bilindiği gibi 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 02/05/2001 gün ve 4667 Sayılı yasa ile değiştirilerek vekalet sözleşmesinden kaynaklanan her türlü uyuşmazlıkların, hukuki yardımın yapıldığı yer barosunca oluşturulan hakem kurulu tarafından çözümlenmesi kabul edilmişti. Yasa değişikliği Anayasa Mah. 03/03/2004 tarih ve E. 2003/98, K. 2004/31¹⁶⁰ kararı ile kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının sadece kendi üyeleri arasındaki uyuşmazlıkları çözmesi düşünülebilirse de kurum dışındaki kişilerle olan ihtilafları çözmesi düşünülemeyeceğinden ve madde bu haliyle mahkemelere başvuru hakkını önlediği için Anayasanın 36. maddesinde yazılı hak arama özgürlüğüne de kısıtlama getirdiği için Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Böylelikle vekalet ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk Hukukunda mecburi tahkim kurumu Anayasa’ya aykırı bulursa da ihtiyari tahkimin mümkün olabileceği sonucuna ulaşılacaktır. Vekalet ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ihtiyari tahkim kurumunun kabul edilmemesi halinde özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklarda avukat sıkıntısının yaşanabileceğini belirtmekte fayda vardır.

¹⁶⁰ CIB , <http://www.corpus.com.tr/>.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. HAKEM KARARINA KARŞI KANUN YOLU VE KARARIN İCRASI

3.1. Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakem Kararına Karşı Kanun Yolu

Türk hukukunda hakem kararına karşı kanun yolu denildiğinde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna göre temyiz, yargılamanın iadesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile birlikte iptal yolu anlaşılmaktaydı. Milli tahkimde hakem kararlarına karşı kanun yolundan temyiz ve yargılamanın iadesi, Milletlerarası Tahkim Kanununda iptal davası anlaşılmaktaydı.

Milli ya da iç tahkimde 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu gereğince gidilebilecek kanun yolu olan temyize başvurabilmek için kural olarak “tahkim süresi bittikten sonra karar verilmiş olması; talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi; hakemlerin yetkileri(görevleri) dahilinde olmayan bir konuda karar vermiş olmaları; hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları¹⁶¹” şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekmektedir.

HUMK 533.maddesi gereğince temyiz incelemesi sonucunda ancak yasada sayılan temyiz sebeplerinden birinin bulunması halinde hakem kararının bozulabileceği kabul edilmişti. Ancak milli tahkimde temyiz sebepleri Yargıtay tarafından açık yasa hükmüne rağmen genişletilmekteydi.

Yargıtay,28.01.1994 tarih ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında:”...Taraflar, hakem sözleşmesi veya şartında hakemlerin, uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmelerini öngördükleri takdirde, hakemlerin bu kurallar çerçevesinde karar vermeleri zorunlu olup, buna aykırı karar vermeleri bir temyiz sebebi oluşturur¹⁶²” şeklinde karar vermiştir. Ayrıca doktrin tarafından da hakem kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilebileceğinden yargılamanın iadesi sebeplerinin temyiz, başka bir deyişle de bozma sebebi teşkil etmesi kabul edilmekteydi¹⁶³. Hakemlerin hakkaniyete göre karar vereceği, herhangi bir devletin mevzuatı ile bağlı olmayacağı tahkim sözleşmesinde kararlaştırılsa bile hakkaniyet değerlendirmesi dahi temyiz yolunda incelenebilmekteydi.

Bu gerekçelerle milli tahkim yolu tercih edilmemekteydi. Zira hakemlerin vermiş olduğu her karar gerek esas, gerekse usul açısından temyiz edilebiliyor ve Yargıtay genellikle hakem kararlarının bozulmasına karar veriyordu. Yargıtay devlet mahkemelerinin dışında yargılama yetkisini paylaşmak istemediği için tahkim yargılaması dar alana hapsedilmiş konumdaydı.

Bu durum uluslararası ticaret yapan kişilerin Türkiye’de ticaret yapmalarını da engellemekteydi. Zira uluslararası ticaret yapan kişiler devlet mahkemelerine yargılamanın uzunluğu, bürokratik engel ve masraflar ile devlet mahkemelerinin milliyetçi davranışları sebebiyle genellikle tahkim yoluna başvurmak istememekteydiler. Yabancı hakem kararı olarak verilen hakem kararlarının ise MÖHUK hükümleri çerçevesinde tenfiz ve tanınması

¹⁶¹ KURU, B. , ARSLAN, R. , YILMAZ, E. , Medeni Usul Hukuku , Ankara 2004, s. : 950,951.

¹⁶² KURU, a. g. e. , s. : 952 (28.01.1994 gün ve 4/1 sayılı içt. bir. kar. :RG 13.04.1994,sa.21904,s:5-20).

¹⁶³ KURU, a. g. e. , s. : 953.

özellikle mütekabiliyet şartı arandığı için oldukça zordu. Her ne kadar 1958 tarihli New York Sözleşmesi ile tenfizde kolaylık sağlanmış olsa da Türk Hukukunun emredici usul kuralları çerçevesinde verilmiş hakem kararları milli hakem kararı sayıldığından, taraflarca yabancı sanılan hakem kararının milli hakem kararı kabul edilmesi de mümkün olabiliyordu. Bunun sonucunda hakem kararı, Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutuluyor ve yapılan tahkim yargılamasında bozma kararı verilebiliyordu. Bu durum zaman kaybına sebep olduğu gibi uluslararası ticaretin hukuki güvenliğini ortadan kaldırıyordu.

Uluslararası ticaretin ülkemizde de yaygınlaşması ve yabancı sermayenin ülkemize gelmesi için 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu UNCITRAL tahkim kuralları kaynak alınarak hazırlandığından Türkiye’de ticaret yapan uluslararası ya da uluslararası ticaret yapan Türk özel ya da tüzel kişilerin Yargıtay’ın temyiz denetimine tabi olmayan tahkim yargılaması yoluna gitme imkanları doğmuştur. MTK 15.maddesinde belirtildiği gibi hakem kararlarına karşı temyiz incelemesi mümkün olmadığından milletlerarası ticari tahkime dair verilen kararların devlet mahkemeleri tarafından esastan denetlemesi mümkün değildir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin hükümleri eleştirilirken 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tahkime ilişkin düzenlemeleri olumlu karşılanmaktaydı.1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin düzenlemeleri 12.01.2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesi ile mülga olmuştur.6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu tahkim yargılamasında devrim niteliğinde, hatta uluslararası ihtiyaçları fazlasıyla karşılayan düzenlemelerde bulunmuştur.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda tahkime dair düzenleme ile artık milli tahkime ilişkin hakem kararlarında kanun yolu olarak temyiz değil, iptal yoluna başvurulabilecektir. Böylelikle Türk Hukukunda gerek milli gerekse milletlerarası tahkimde kanun yolu olarak iptal kurumu yeknesaklaşarak kabul edilmiştir.

6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu,4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu paralelinde düzenlemede bulunsa da tahkim açısından MTK’ya göre daha elverişli ve ilerici düzenlemelerde bulunduğu söylenebilir. Zira MTK çerçevesinde verilmiş hakem kararında iptal yoluna başvurulduğunda ve iptal isteminin reddine karar verildiğinde, karar kesinleşmeden hakem kararı icra edilemez iken HMK 439.maddesi gereğince hakem kararına karşı iptal davası açılması ya da kararın reddedilmesi durumunda red kararının temyiz edilmesi hakem kararının icrasını durdurmaz. Bu düzenlemeyi kanun koyucunun tahkim kurumuna karşı güven teşkil edilmesi gerektiğinin kanundaki ifadesi olarak görülmesi gerekmektedir.

Yine HMK 444.maddesinde tahkim kısımda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça kanunun diğer hükümleri uygulanmaz düzenlemesi getirilmiştir. Kanunun bu düzenlemesinin sebebi genel olarak devlet mahkemelerindeki yargılama ile tahkim yargılamasının birbirinden ayrılmasıdır. Düzenlemenin özel olarak sonucu ise iptal sebeplerinin Yargıtay ve Doktrin tarafından kanunun diğer maddelerine dayanarak genişletilmesinin artık mümkün olmayacak olmasıdır.

Dünyada tahkim kurumu mesela Birleşik Krallık ya da Fransa’da olduğu gibi milli tahkim sürecinden milletlerarası tahkim sürecine doğru gelişmekteyken Türk hukukunda milletlerarası tahkim kurumundan milli tahkim kurumuna doğru genişlediği görülmektedir.

Ancak Türk Hukukundaki bu düzenlemelerin uluslararası ticareti geliştirecek ve yabancı sermayenin Türkiye'ye çekebilecek nitelikte olduğunu belirtmekte fayda vardır.

Türk Hukukundaki hakem kararlarına karşı kanun yollarının tarihsel süreç, milli ve milletlerarası tahkim yollarına göre ayrımları ile en son düzenlemeler ile son hali anlatıldıktan sonra çalışmamızın esası olan Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde iptal yolunu aşağıda inceleyeceğiz.

3.1.1. İptal Yolu Ve İncelenmesi

Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde verilen hakem kararlarına karşı kanun yolunun Türk hukukunda iptalden ibaret olduğunu yukarıda belirtilmişti. Gerçekten de kanunun “hakem kararlarına karşı kanun yolu” başlıklı beşinci bölümünün 15/A maddesinde hakem kararlarına karşı ancak iptal yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

İptal yolunun kanun yolu olup olmadığı da eleştiri konusu olabilir. Zira kanun yolunda gidilecek merci daha üst seviyede mahkeme olup, kararın esastan denetimini sağlamaktadır.¹⁶⁴ Halbuki iptal yolunda gidilecek merci üst merci değil Asliye Hukuk Mahkemesidir. Ayrıca iptal yolunda kararın esastan denetlemesi yapılmaz. Doktrinde iptal yolunun bu özellikleri sebebiyle iptal yolu hakem kararına karşı müracaat yolu olarak da nitelendirilmektedir¹⁶⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurma hakkından ancak başvuru süresinin başlamasından sonra feragat etmek mümkündür. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunundan farklı olarak Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi verilen hakem kararına karşı kanun yoluna başvurma hakkından başvuru süresinin başlamasından önce de feragat etme imkanının bulunduğu haller mevcuttur. Milletlerarası Tahkim Kanunu 15.maddesinde :”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 edebilecekler” denilerek bu durum düzenlenmiştir. Ya da Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi hakem kararına karşı da taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Taraflar bir veya bir kaç sebepten dolayı da iptal davası açmak hakkından da feragat etmesi mümkündür. Zira tahkim yargılamasına üstünlük sağlamak ve devlet mahkemelerinin müdahalesini engellemek isteyen tarafların böyle bir yola başvurmaları sıkça görülmektedir. Mahkemenin kendiliğinden gözetmesi gereken iptal sebeplerinden tarafların feragat etmesi ise mümkün değildir. Zira kanunun mahkemece kendiliğinden gözetmesi gerektiğini düzenlediği “tahkime elverişlilik” ile “kamu düzeni” ilkeleri kanunun emredici hukuk kuralları niteliğinde olduğundan taraflarca aksi kararlaştırılamayacaktır.

İptal istemi davayı gören mahkeme aksine karar vermedikçe dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Kanun koyucu iptal davalarının öncelikle sonuçlanmasını istediği için mahkemenin takdirine göre duruşma yapılmaksızın da iptal davaları hakkında karar verilebileceğini düzenlemiştir. Kanaatimizce duruşma yapılmaksızın açıklığa kavuşmayacak olguların bulunması durumunda duruşma yapılmasında fayda olacaktır. Mesela taraflardan biri isticvap edilmeden hakim yeterli kanaat oluşturamayacaksa duruşma yaparak tarafları dinlemesinde fayda vardır.

¹⁶⁴ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 125.

¹⁶⁵ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 124.

Mahkeme iptal davasını incelemesi sırasında iptal sebeplerinden bir kısmı olan M.T.K. 15/1-a,b,c,d,e,f,g davacı tarafından ispat edilecektir .İptal sebeplerinin diğer kısmı olan 15/2-a,b.maddeleri gereğince uyuşmazlığın Türk Hukukuna göre tahkime elverişliliği ve kararın kamu düzenine uygun olup olup olmadığını ise mahkeme kendiliğinden (res'en) incelenecektir.

Hakem kararlarının mümkün olduğunca iptal edilmemesi ve devlet mahkemeleri kararları gibi hakem kararlarının geçerli olması uluslar arası ticaret yapan kişiler tarafından arzu edilir. Hakem kararlarının iptal sebeplerine geçilmeden önce “görev belgesi” düzenlenmesinin hakem kararlarının iptali üzerindeki etkisinden de bahsetmek faydalı olacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 10/E maddesine göre: “Görev belgesinde tarafların adları, unvanları ve sıfatları, tahkim sırasında bildirim için geçerli adresleri, iddia ve savunmalarının özeti, istemleri, uyuşmazlığın açıklanması, hakemlerin ad ve soyadları, sıfatları ve adresleri, tahkim yeri, tahkim süresi, sürenin başlangıcı, uyuşmazlığa uygulanacak usul hükümleriyle ilgili açıklamalar ile hakemlere dostane aracılık yapma yetkisinin verilmiş olup olmadığı gibi konular yer alır” ve işbu belge hakemler ve taraflarca imzalanır.

Görev belgesinin hazırlanması ile iptal sebeplerinin gerçekleşmesi büyük oranda ortadan kalkacaktır. Zira taraflar görev belgesini hazırlamakla : “uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesini istediklerini beyan etmiş; hakem veya hakem heyetinin seçimine ilişkin hususları da kabul etmiş; kararın tahkim süresi içinde verilmediğini iddia etmeleri ya da süreye ilişkin başka bir hususu ileri sürebilme yolu kapanmış¹⁶⁶” olacağından hakem kararının iptal sebeplerinin gerçekleşmesi zorlaşacaktır. Bu durum ise tahkim yargılaması başında görev belgesi ile taraflarca kabul edilen usule ilişkin uyuşmazlıklar ortadan kaldıracığından, tahkim yargılaması sonucunda taraflarca kötü niyetle aynı konuda iptal sebebi ileri sürmelerini engelleyecektir.

Görev belgesinin hazırlanması tarafların iradeleri ile meydana geldiğinden, görev belgesi doğrultusunda yapılacak yargılama ile verilecek hakem kararının geçerliliği ve icra edilebilmesi tartışma dışı da kalmaktadır¹⁶⁷.

Zira bilindiği gibi tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararlarının doğrudan icra edilebilmesi mümkün değildir. Kararın icra edilebilmesi için devlet mahkemelerinden kararın icra edilebilir olduğuna dair karar alınması gerekmektedir. İşte iptal davasının reddedilmesi durumunda, ret kararının kesinleşmesinden sonra Asliye Hukuk Mahkemesi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi istemde bulunan tarafa verecektir. Yahut taraflar iptal davası açma hakkından feragat etmiş veya iptal davası açma süresini geçirmiş olabilirler. Her iki durumda da taraflardan biri hakem kararını cebri icra yolu ile icra edebilmek için mahkemeden hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge isteyecektir.

Hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgeyi mahkeme vermeden önce kendiliğinden, taraflardan birinin istemde bulunmasına gerek olmaksızın kararın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını ve kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceğini inceleyecektir. Bu halde de mahkemece aksine karar verilmedikçe duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilebilecektir. Görev belgesinin hazırlanması kararın

¹⁶⁶ TOSUN, Z. , N. , a. g. e. , s. : 105.

¹⁶⁷ TOSUN, Z. , N. , a. g. e. , s. : 15.

icra edilebilirliği açısından şeffaflığına katkı sağlayacaktır. Şimdi aşağıda iptal sebeplerini ayrıntılı olarak inceleyelim.

3.1.2. İptal Sebepleri

3.1.2.1. İptal İsteminde Bulunan Tarafça İspat Edilecek İptal Sebepleri

(1) Taraflardan Birinin Ehliyetsiz Olması Veya Tahkim Anlaşmasının Geçersiz olması

(a) Ehliyetsiz Kişiler Tarafından Tahkim Anlaşmasının Yapılması

Tahkim yargılaması gerek Türk gerekse Yabancı hukuk sistemlerinde istisnai yargı yoludur. Tahkim yargılamasının yapılabilmesi için uyuşmazlığın taraflarının tahkim sözleşmesi yapması gerekmektedir. Tahkim sözleşmesi geçerli olabilmesi için ise öncelikle sözleşmenin taraflarının ehliyetli olması gerekmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu 15/A/1-a maddesinde tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyetli olmamasını iptal sebebi olarak kabul etmiştir.

Tahkim sözleşmesinin taraflarının ehliyetli olmasından kasıt tarafların “hak ve fiil ehliyetine” sahip olmasıdır. Hak ve fiil ehliyetine sahip olmayan kişiler tarafından yapılan tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağı tüm hukuk sistemleri tarafından kabul edilmektedir. Bilindiği gibi hak ehliyeti hak ve borçlara sahip olma ehliyetidir. Roma hukukunda köleler hak ehliyetine sahip değildi. Çağdaş hukuk sistemlerinde ise gerçek veya tüzel her kişi hak ehliyetine sahiptir. O halde hak ehliyetine sahip olabilmek için hukuk düzenin tanımladığı şekilde kişi olmak gerekmektedir. Her kişi hak ehliyetine sahip olmakla birlikte fiil ehliyetine sahip olmayabilir. Fiil ehliyetine hukuk düzenine tanıdığı sınırlar çerçevesinde sahip olan kişiler tahkim sözleşmesi yapabileceklerdir. Zira fiil ehliyetine sahip kişiler yaptıkları hukuki işlem veya fiilin sonuçlarını öngörebilecek kişilerdir.

Her hukuk düzeni hak ve fiil ehliyetini farklı şekilde düzenlemiş olabilir. Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde verilen hakem kararları ile ilgili tahkim sözleşmesini yapan kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi Türk Kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde çözümlenecektir¹⁶⁸.

Türk Kanunlar ihtilafı kurallarını Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun düzenlemektedir. MÖHUK’un 9/1. maddesine göre gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti ilginin milli hukukuna tabidir. Buna göre tahkim sözleşmesinin taraflarından her birinin hak ve fiil ehliyetinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi tarafların milli hukukuna bakılarak belirlenecektir.

Kural bu şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte MÖHUK 9/2. maddesinde milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlı olduğuna ilişkin düzenleme de bulunmaktadır. O halde yabancı bir kişi Türkiye’de tahkim sözleşmesini yapmış ise kendi milli hukukuna göre ehil olmasa bile Türk hukukuna göre ehil ise tahkim sözleşmesinin taraflarının ehil olduğu kabul edilecektir. Bunun dışında kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile de sona ermeyecektir. Tahkim sözleşmesinin tarafı sözleşmeyi yaptığı sıradaki milli hukukuna göre

¹⁶⁸ AKINCI, a. g. e. , s. : 213.

ergin ise daha sonra vatandaşlığının değişmesi ile erginliğinin ortadan kalkması söz konusu olmayacaktır.

MÖHUK 9/4.maddesi gereğince Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde hak ve fiil ehliyeti hakkında Türk hukuku uygulanabilecektir. MÖHUK 9/5.maddesine göre ise statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tabi olacaktır

(b) Tahkim Anlaşmasının Tarafların Kararlaştırdığı Hukuka Böyle Bir Hukuk Yok İse Türk Hukukuna Göre Geçersiz Olması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesine göre tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir. Kanun öncelikle tarafların iradesine üstünlük tanıyarak tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku taraflarca seçilebilme serbestisini getirmiştir. Taraflarca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçilmiş ise seçilen hukuka göre tahkim anlaşması geçersiz ise hakem kararının iptali gerekecektir. Taraflarca tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk seçilmemiş ise tahkim anlaşmasına Türk Kanunlar İhtilafı gereğince hangi hukuk düzenin uygulanması gerektiği belirlenmeyecektir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanuna göre böyle bir durumda Türk hukuku uygulanacaktır. Türk hukukuna göre tahkim sözleşmesi geçersiz ise hakem kararı iptal edilecektir.

Tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak hususlardan biri yine Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesinde düzenlenmiştir. Kanuna göre tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının bu maddede düzenlenen şekil şartına aykırı olarak yapılmış olması iptal sebebi teşkil edecektir.

Kanununun 4.maddesinde dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması halinde tahkim sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir. Kanununun aradığı anlamda yazılı şekilde tahkim sözleşmesi yapılmamış olmakla birlikte davalı cevap dilekçesinde tahkim sözleşmesinin bulunmadığı, tahkim yoluna gidilemeyeceği itirazında bulunmaması halinde dürüstlük kuralları gereğince daha sonra iptal davası açarak tahkim sözleşmesinin kanununun aradığı anlamda yazılı şekilde yapılmadığı iddiası ile kararın iptalini isteyemeyecektir.

Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacağını kanun düzenlemiştir. Tahkim sözleşmesi ya da esas sözleşme olmamakla birlikte asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartını içeren herhangi bir belgeye yollama yapılmasının tahkim sözleşmesinin yapılmış olduğu anlamına geleceğinden, bu sebeple tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu iddiası ile hakem kararı iptal edilemeyecektir.

Tahkim sözleşmesi asıl sözleşmenin kaderine tabi değildir. Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. Asıl sözleşme geçersiz dahi olsa tahkim anlaşması geçerli ise uyuşmazlık tahkim yolu ile çözülecektir. Kanununun koyucunun bu

düzenlemesi oldukça isabetlidir. Aksi durum kabul edilecek olsaydı tahkim yoluna başvurulması oldukça güçlük arz edecek ve tarafların uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözüme iradesi göz ardı edilmiş olacaktır.

(2) Usule Aykırı Hakem Seçimi Yapılması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-b maddesinde hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu kanunda öngörülen usule uyulmadığı başvuruyu yapan taraf ispat ederse hakem kararının iptal edileceğini düzenlemiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7.maddesine göre taraflar, hakemlerin sayısını belirlemede serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır. Taraflarca hakem sayısı olmak şartı ile istenildiği gibi belirlenebilir. Taraflarca hakem sayısının beş olarak belirlenmiş ancak üç hakem tarafından uyuşmazlık hakkında karar verilmiş ise kararın tarafların anlaşmasında belirlenen usule uyulmadığı için hakem kararının iptali gerekecektir.

Taraflarca hakemlerin sayısı kararlaştırılmamışsa kanunun 7.maddesi gereğince üç hakem seçilecektir. Taraflarca hakemlerin sayısı kararlaştırılmamış olmakla birlikte beş hakem seçilmiş olması halinde kanunda öngörülen usule uyulmadığı gerekçesi ile kararın iptali gerekecektir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamış ve üç hakem seçilecek ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirlemezler. Aksi takdirde taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem, başkan olarak görev yapar. Kanunun aradığı bu usule uyulmadan hakem seçiminin yapılması da iptal sebebi teşkil edecektir.

(3) Tahkim Süresi İçinde Kararın Verilmemesi

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-c maddesi gereğince kararın tahkim süresi içerisinde verilmediğini iddia eden taraf iddiasını ispat ettiği takdirde hakem kararı iptal edilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 10/B maddesine göre taraflar tahkim süresinin başlangıcını ve ne kadar süreceğini istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflar tahkim yargılamasının başlangıcı ve süresini kararlaştırmış, tahkim bu süre içinde sonuçlandırılmamışsa bu durumu iddia eden kişinin ispatı hakem kararı iptal edilecektir. Kanunun 10/B maddesine göre taraflar aksini kararlaştırmamış iseler tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Bu süre içinde karar verilmemiş, bu süre geçtikten sonra karar verilmiş ise yine iddia sahibi iddiasını ispat ederek hakem kararını iptal ettirebilir.

Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesince uzatılabilecektir. Mahkeme tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebi reddetmiş ve uyuşmazlık hakkında tahkim süresi içerisinde karar

verilmemiş ise tahkim yargılaması sona erecektir. Tahkim yargılamasının sona ermesine rağmen hakem veya hakem kurulu karar vermesi halinde verilen karar iptal edilebilecektir.

(4) Hakemin Kendi Yetkisine Dair Hukuka Aykırı Karar Vermesi

Hakem veya hakem kurulu, kendi yetkisi hakkında yapılan itirazlar hakkında karar verebilir. Hakem veya hakem kurulunun, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlayacaktır. Hakem veya hakem kurulunun yetkisiz olduğuna karar vermesi halinde tahkim sona erer ve artık devlet mahkemelerinde dava açılması gerekmektedir¹⁶⁹. Hakem veya hakem kurulu yetkili olduğuna karar vermesi halinde ise tahkim yargılaması devam eder. Hakem veya hakem kurulunun yetkili olduğuna karar vermesi halinde bu karara karşı devlet mahkemelerinde dava açılmaz.

Hakem veya hakem kurulu yetkisi hakkında karar verirken bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilecektir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayacaktır.

Taraflarca hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılabilecektir. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal ileri sürülmezse geçerli olmayacaktır. Zira dürüstlük kuralları gereğince derhal itirazda bulunmayıp hakemlerin yetkisini zımni olarak kabul eden kişiler daha sonra bu sebebe dayanarak itiraz edebilmelerine kanun cevaz vermemiştir. Ancak hakem veya hakem kurulu, gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalar doğrultusunda hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi halinde verilen karar Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-d maddesi gereğince iptal edilebilecektir.

(5) Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması Veya Hakemin Yetkilerini Aşması Veya Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi

(a) Hakem Tarafından Verilen Kararın Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Olması

Tahkim anlaşması taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği anlamına gelmez. Kaldı ki taraflar arasında çıkabilecek tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğine dair yapılmış tahkim anlaşması da zaten geçersiz olacaktır. Tahkim anlaşması taraflar arasındaki belirli uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğinin kararlaştırıldığı anlaşmalardır. Taraflar arasındaki tahkim yolu ile çözümleneceği kararlaştırılmayan uyuşmazlıklar hakkında hakem veya hakem kurulu tarafından karar verilemez.

Aynı şekilde tahkim sözleşmesinde tahkim anlaşmasının dışında kalan konular da belirlenmiş olabilir¹⁷⁰. Mesela sözleşmeden doğan manevi tazminat davalarının tahkim

¹⁶⁹ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 135.

¹⁷⁰ AKINCI, a. g. e. , s. : 219.

yargılaması dışında kaldığı tahkim sözleşmesinde açıkça belirtilmiş olabilir. Buna rağmen hakem veya hakem kurulu tarafından manevi tazminat konusunda karar verilmesi halinde tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verilmiş olması sebebiyle iptale tabi olacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1- e maddesi gereğince hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi halinde hakem kararının iptaline karar vermek gerekecektir.

(b) Hakemin Taleplerin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi Veya Yetkilerini Aşması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-e maddesi gereğince hakem veya hakem kurulunun, istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığının ispatlanması halinde hakem kararı iptal edilebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre hakem veya hakem kurulu önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların iddia ve taleplerinin tamamı hakkında karar vermekle yükümlüdür. Taraflardan birinin talebini inceleyip karar vermesine rağmen diğerinin talebi hakkında karar vermemesi halinde hakem kararı iptal edilecektir. Aynı şekilde taraflardan birinin talebinin bir kısmı hakkında karar verilmesi buna rağmen diğer kısmı hakkında karar verilmemesi halinde hakem kararı iptal edilebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanuna tabi olarak hakem veya hakem kurulunun yapmış olduğu yargılamada aksine bir düzenleme olmadıkça iddia ve talepleri genişletebilmek mümkün olduğundan hakem veya hakem kurulu iddia ve taleplerin genişletilmiş olduğundan bahisle genişletilen iddia ve talepler hakkında karar vermemesi de taleplerin tamamı hakkında karar verilmemesi sebebiyle hakem kararının iptaline sebep olabilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 14/B maddesine göre taraflardan her biri hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde hakem kararı hakkında düzeltme veya tamamlama kararı verilebilir. Tarafların hakem kararının iptali yoluna gitmesinden önce hakem veya hakem kurulundan tamamlama kararı verilmesini istemesi halinde hakem kararının iptalinin önüne geçilebilecektir¹⁷¹.

Hakemlerin yetkisini aşmaları da Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince iptal sebebidir. Kanunda geçen “yetki” kelimesi esasında hakem veya hakem kurulunun “görev” sınırlarını belirlemektedir¹⁷². Tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı ile hakemler uyuşmazlığı çözmekle yetkilendirilmiş ve aynı zamanda görevlendirilmişlerdir. Hakem veya hakem kurulu tahkim sözleşmesi içerisinde kalmakla birlikte bazı durumlarda yetkisini aşabilirler.

Hakem veya hakem kurulu tarafların talepleri ile bağlıdır. Tarafların taleplerini açacak şekilde karar verilmesi halinde hakem veya hakem kurulu yetkisini aşmış olacaktır¹⁷³. Mesela taraflardan biri diğer taraftan 100.000 USD istemiş olsun. Hakem veya hakem kurulu 115.000 USD verilmesine karar vermesi halinde yetkisini aşmış olacak ve kararın iptali gerekecektir. Kanaatimizce burada hakem kararının tamamının iptal edilmesi yerine yetki aşımının söz konusu olduğu 15.000 USD’lik kısmına ilişkin verilen kararın iptal edilmesi daha uygun olacaktır.

¹⁷¹ AKINCI, a. g. e. , s. : 221.

¹⁷² AKINCI, a. g. e. , s. : 221.

¹⁷³ AKINCI, a. g. e. , s. : 222.

Hakem veya hakem kurulunun karar verirken uyması gereken maddi hukuk kurallarını taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflarca esasa ilişkin uymakla yükümlü olduğu maddi hukuk kurallarına aykırı hareket etmesi, uymaması durumunda hakem kararının yetki aşımı nedeniyle iptali söz konusu olabilecektir¹⁷⁴. Farzı mahal taraflar aralarındaki uyuşmazlığın esası hakkında Fransız Ticaret Hukuku'nun uygulanması kararlaştırılmış buna rağmen hakem veya hakem kurulu Fransız Ticaret Hukuku'na aykırı karar vermiş olması halinde hakem kararı yetki aşımı sebebiyle iptal edilebilecektir.

(6)Usulüne Uygun Olarak Tahkim Yargılamasının Yürütülmemesi Ve Bu Durumun Kararın Esasına Etkili Olması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 8/A maddesi gereğince taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar tahkim usulüne ilişkin kuralları istedikleri gibi kararlaştırabilirler. Taraflar tahkim usulüne ilişkin kuralları tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartında ayrıntılı olarak belirleyebilirler. Ya da herhangi bir kanun, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarının uygulanacağını kararlaştırabilirler.

Tarafların kararlaştırdıkları usul kurallarının emredici hukuk kurallarıdır. Türkiye'de yapılan bir tahkim taraflar arasında usul kuralları farklı şekilde belirlenmiş olsa da Milletlerarası Tahkim Kanununun emredici usul hukuk kurallarına aykırı olarak karar verilemeyecektir¹⁷⁵.O halde tarafların belirlediği herhangi usul kuralları emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile hakemler tarafından uygulanacak, uygulanmaması kararın iptal sebebi teşkil edebilecektir.

Taraflar arasında tahkim usulüne ilişkin anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütecektir. Hakem veya hakem kurulunun Milletlerarası Tahkim Kanununun usul kurallarına aykırı karar vermesi de kararın iptal edilmesine sebep olabilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-f maddesinde taraflardan birinin tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu ispat etmesi halinde kararın iptal edilebileceği düzenlenmiştir.

O halde tüm usul kurallarına aykırılık hakem veya hakem kurulu kararının iptalini gerektirmeyecektir. Eğer her usule aykırılık hakem veya hakem kurulu kararının iptaline sebep olsaydı pek çok hakem kararı iptal edilebilirdi. Zira sıklıkla önemsiz bazı usule aykırılıkların yapıldığı görülmektedir. Kanun koyucu bu düşünceden hareketle ancak usule aykırılığın kararın esasına etkili olması halinde kararın iptal edilebileceğini düzenlemiştir.

Usule aykırılığın kararın esasına etkili olması hali her olayın özelliklerine göre mahkeme tarafından belirlenecektir. Taraflar arasında tahkim usulüne ilişkin olarak tebligatın elektronik posta yolu ile yapılmasına kararlaştırılmış, buna rağmen dava dilekçesi karşı tarafa normal posta yolu ile gönderilmiş ise burada yapılan usule aykırılığın, savunma hakkını kısıtlaması sebebiyle kararın esasına etkili olduğundan bahisle iptal edilmesi gerekecektir.

¹⁷⁴ AKINCI, a. g. e. , s. : 223.

¹⁷⁵ TANRIVER, S. , Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara 1998, s. : 478.

(7) Tarafların Eşitliği İlkesine Aykırılık

Tarafların eşitliği ilkesi hakem veya hakemlerin her birinin taraflara eşit davranma yükümlülüğünü ifade eder. Taraflarca seçilmiş olsa dahi her hakem taraflara eşit muamele yapmak zorundadır¹⁷⁶. Aksi takdirde Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/1-g maddesi gereğince tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi sebebiyle hakem kararının iptali gerekebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu 8/B/1 maddesinde tarafların, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahip olduğunu ifade etmekle taraflara eşit muamele yapılmasının gerekli olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı maddede taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınması gerektiği vurgulanmıştır.

Tarafların eşitliğinden anlaşılması gereken, tahkim yargılaması sırasında tarafların kim olduğunun önemi olmaksızın yargılama usulünde eşit haklara sahip olabilmesidir. Taraflardan birine beş gün diğerine on gün içerisinde beyanlarını sunması için süre verilmesi durumunda açıkça tarafların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığı söylenebilir. Kanun koyucu her olayın kendi özelliğine göre tarafların eşitliği ilkesine aykırı davranılıp davranılmadığını belirlemek üzere iptal davasına bakan mahkemeye takdir yetkisi tanımıştır.

3.1.2.2. Mahkeme Tarafından Res’en Dikkate Alınacak İptal Sebepleri

(1) Tahkime elverişli olmayan uyumsuzluk

“Tahkime elverişlilik” tahkim yolu ile çözülebilecek uyumsuzlukları ifade etmektedir. Bu anlamı itibariyle tahkime elverişli olmayan bir konuda hakem veya hakem kurulu kararı verilemez. Zira kanun koyucu tahkim yargılamasını tanımış olmakla birlikte devlet mahkemelerinin bazı uyumsuzluklar hakkında münhasıran yetkili olabileceğini çeşitli düşüncelerle kabul etmiştir.

Tarafların iradesine tabi olan milletlerarası ticari tahkimde uyumsuzlukların kanunlar ihtilafı gereğince hangi hukuka göre tahkime elverişli olması gerektiği hususunun da tespit edilmesi gerekmektedir. Tahkime elverişliliğin belirlenmesinde tahkim yargılamasının aşamalarına göre tespit edilmesinde fayda vardır. Buna göre tahkime elverişlilik, tahkim yargılaması hakem önünde görülmekte ise tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre hakemlerce; tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen uyumsuzluk hakkında devlet mahkemesine dava açıldığında ilk itiraz olarak ileri sürüldüğünde davanın açıldığı devlet mahkemesinin hukukuna göre; kararın tanınması ve tenfizi için mahkemeye başvurulması halinde başvuruda bulunulan ülkenin hukukuna göre; iptali için mahkemeye başvurulduğunda ise iptal davasının açıldığı ülkenin hukukuna göre belirlenecektir¹⁷⁷.

Hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulması durumunda Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/2 –a maddesi gereğince de mahkemece hakem veya hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı tespit edilirse hakem kararını iptal edecektir. Diğer iptal sebeplerinden farklı olarak dikkat edildiği gibi taraflardan biri tarafından iddia edilme ve bu iddianın ispatı şartı bu iptal sebebi için öngörülmemiştir. Kanun koyucu tahkime elverişli olmayan bir konuda tahkim yoluna başvurulamayacağını kabul etmiştir. Her nasılsa kanun koyucunun bu emredici

¹⁷⁶ AKINCI, a. g. e. , s. : 231.

¹⁷⁷ ÖZEL, S. , a. g. e. , s. : 54 – 57.

düzenlemesine aykırı hareket edilerek tahkim yoluna gidilmiş ise mahkeme tarafından önünde gelen iptal davasında yahut icra edilebilirlik belgesinin istenmesi halinde kendiliğinden uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının tespiti gerektiği kabul edilmiştir.

Hangi uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu konusu ise Milletlerarası Tahkim Kanununun 1 maddesinde düzenlenmiştir. Kanun “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklar” hakkında tahkim yoluna başvurulamayacağını, başka bir ifade ile bu uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını düzenlemiştir.

Birinci düzenleme Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına yöneliktir. Buna göre bir taşınmaz üzerindeki uyuşmazlığın tahkime elverişli olmayacağını gösteren birinci şart taşınmazın Türkiye’de bulunmasıdır. Eğer taşınmaz Türkiye dışında bulunuyorsa Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenmesine engel bulunmamaktadır. Yine Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkındaki tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını söyleyemeyiz. Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin olmayan uyuşmazlıklar tahkim yolu ile çözümlenemeyecektir. Aynı hak niteliğinde olmayan taşınmaz mallar üzerindeki uyuşmazlıkların ise tahkim yolu çözümlenmesinde engel bulunmamaktadır.

Türk hukukunda taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenemeyeceği kuralının istisnası olarak 29.6.1938 tarihli 3533 sayılı yasanın 1 inci maddesi gereğince Umumi, Mülhak ve Hususi Bütçelerle idare edilen Daireler ve Belediyelerle sermayesinin tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi idarelere ait Daire ve Müesseseler arasındaki ihtilafların tahkim yolu (hakem marifetiyle) ile çözümlenmesinin kararlaştırılmasına ilişkin düzenlemeydi. Ancak bu düzenleme 3.7.2003 tarihinde kabul edilip 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4916 sayılı yasanın 24 üncü maddesiyle 3533 sayılı yasanın 4 üncü maddesi hükmü değiştirilmiş, taşınmazın aynıyla ilgili ihtilaflar bu maddenin kapsamı dışına çıkarılarak çekişmelerin genel mahkemelerde çözüme kavuşturulacağı kabul edilmiştir. Böylelikle Türk Hukukunda taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü konusunda devlet mahkemelerinin yetkili olduğu şeklindeki görüş yeknesaklaşmaya doğru yol almıştır. Nitekim Yargıtay 1.H.D. 12.10.2009 tarih ve 2009/8389 E. ,2009/9959 K. Sayılı kararında: “Davacı, olimpiyat parkı adıyla kamunun kullanımına tahsis edilen 1 parsel sayılı taşınmaza davalı tarafından otopark yapılmak üzere çalışmalara başlanılmak suretiyle müdahale edildiğini ileri sürerek el atmanın önlenmesi isteğinde bulunmuştur. Dava taşınmazın aynıyla ilgili olup el atmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece, davaya hakemce bakılması gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı¹⁷⁸” Yargıtay tarafından ilgili yasa değişikliği sebebiyle bozulmuştur.

Yine Kanun iki tarafın iradesine tabi olmayan uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığını düzenlemiştir. Kanun koyucu tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konularda tahkim yoluna başvurulabileceğini kabul etmiştir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını kabul etmiştir. Mesela ceza hukuku anlamında suç teşkil eden bir hukuki fiilin cezai sonuçları tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği bir konu olmadığından tahkim yoluna başvurulamayacaktır. Bunun dışında “boşanma, ayrılık, evliliğin geçersizliği veya varlığı, velayet ve vesayet ile ilgili uyuşmazlıklarda, çocuğun tanınmasının reddinde, evlatlık

¹⁷⁸ C.İ.B.,<http://www.corpus.com.tr>.

ilişkinin kaldırılmasında, kişisel durumların tespitinde, kanuni nafaka talepleri”¹⁷⁹ hakkında tahkim yoluna başvurulamayacağı kabul edilmektedir.

(2) Kamu düzenine aykırı nitelikteki karar

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15/A/2-b maddesi gereğince kararın kamu düzenine aykırı olduğu tespit edilir ise karar iptal edilebilecektir. Mahkemeler tarafından res’en dikkate alınacak kamu düzenine aykırılıklardan kasıt Türk Kamu düzeni anlayışıdır. Başka bir ülkenin kamu düzeni anlayışı mahkeme tarafından göz önünde bulundurulmayacaktır.

Türk kanunlarında kamu düzeni kavramının tanımı yapılmamıştır¹⁸⁰. Gerek doktrin gerekse yargı içtihatları neticesinde kamu düzeni Türk iç hukukunda “milli hukuk düzeninin dayandığı temel prensiplerin, Türk ahlak ve adap anlayışının ve Türk toplumunun temel menfaatlerini koruyan kaideler¹⁸¹” şeklinde tanımlanabilir¹⁸².

Yargıtay 28.1.1994 gün ve 4/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında: “hakem sözleşmesinin tarafları hakem sözleşmesi veya şartında uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermelidir¹⁸³” denilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı gereğince taraflarca kararlaştırılan maddi hukuk kurallarına aykırı olarak verilmiş hakem kararları kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

İş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığının tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün değildir. Ancak Yargıtay son kararlarında¹⁸⁴ iş sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı görüşünü ayırım yaparak değiştirmiştir. Buna göre iş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan hakem sözleşmesi kamu düzenine aykırı olması sebebiyle geçersizdir. Zira böyle bir durumda işveren üstünlüğünü kullanarak işçiye baskı ile iş sözleşmesini imzalatırabilir. İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında işçinin tahkim yoluna başvurulacağını kabul etmesi özgür iradesi ile verilmiş bir karar olmadığından tahkim yolu ile uyuşmazlığın çözülmesi mümkün değildir. İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında tahkim sözleşmesi yapılmış ise mahkemede açılmış olan dava görevsizlik kararı verilerek dava reddedilemez.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 20. maddesine göre iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasıyla fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Eğer taraflar iş sözleşmesi sona erdikten sonra tahkim sözleşmesi yaparak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesini öngörmüş iseler artık uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi gerekecektir.

Burada yeri gelmişken yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden de bahsetmekte fayda vardır. Zira uluslararası ticaret yapan kişi ya da kurumlar, zaman zaman iş sözleşmesi

¹⁷⁹ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 144.

¹⁸⁰ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 146.

¹⁸¹ ŞANLI, C. , Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Ankara 1986, s. : 378.

¹⁸² KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 146.

¹⁸³ EKŞİ, a. g. e. , s. : 50-51.

¹⁸⁴ C.İ.B., <http://www.corpus.com.tr/> , Yargıtay 19.H.D. 31.10.2011 tarih ve 2011/723 E. ,2011/3703

K. sayılı kararı.

ile çalıştırabilecek uluslararası anlamda çalışacak işçilere de ihtiyaç duyabilirler. Hemen belirtmekte fayda vardır ki; yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri kavramında geçen “yabancılık unsuru” ile milletlerarası tahkim kanunu anlamındaki “yabancılık unsuru” kavramı birbirinden farklı anlamlardadır.

Burada kastedilen iş hukuku anlamındaki yabancılık unsurundan “işçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunuyor olması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapıyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılıyor olması¹⁸⁵” hususudur.

MÖHUK 27.maddesine göre “(1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tabidir.(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz. (3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması halinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. (4) Ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir” denilmektedir.

O halde yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinde tarafların MÖHUK 27.maddesi gereğince hukuk seçimi yapılabilmektedir. Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde taraflarca hukuk seçimi yapılabildiğine göre, yine tarafların serbest iradesine dayanan tahkim sözleşmesi yapılarak tahkim yoluna gidilip gidilemeyeceği de tartışılabilir. Kanaatimce burada, her olayın kendine özgü koşullarına göre değerlendirmede bulunmakta fayda vardır. Uyuşmazlık yabancı unsurlu iş sözleşmesinden kaynaklansa da tahkim sözleşmesinin yapılmasında işverenin üstünlüğü söz konusu olmuş ise Türk kamu düzeni anlayışı gereğince uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümüne dair hakem kararının iptaline karar verilmelidir.

Kira bedelinin tespiti hususu her ne kadar taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık olmasa da Yargıtay bu hususun tahkim yolu ile çözümlenmesini kamu düzenine aykırı kabul etmiş olduğundan kira bedelinin tespitine ilişkin kararları kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile iptal edilmesi gerektiği görüşünde bulunmaktadır¹⁸⁶. Yargıtay 3.H.D. 02.12.2004 tarih ve 2004/13018 E. ,2004/13409 K. sayılı bu kararında kira bedeline ilişkin konuların aynı zamanda tahkime elverişli de olmadığını vurgulamaktadır: ”..., tahkim sözleşmesi yalnız tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkündür. Bundan maksat, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli ise, o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartı) yapılabilir. İki tarafın arzusuna tabi olmayantahkim cereyan etmez. Yani tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim caiz değildir. Yargıtay’ın yerleşik uygulamalarına göre, kira bedelinin tespiti davalarında tahkim yoluna başvurulamaz. Kira tespiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, tarafların serbest iradeleriyle kira parasını karşılaştırmaları ancak belli ölçüler ve sınırlar dahilinde mümkündür. Dolayısıyla bu hususta tarafların tasarruf yetkileri sınırsız değildir. Kaldı ki kiracı, kiralayanın talep ettiği kira bedelini de ödemek zorunda değildir. O halde kamu düzenini ilgilendiren kira

¹⁸⁵ TARMAN, Z. D. , Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, AUHFD, 59 (3) 2010, s . : 526- 527.

¹⁸⁶ C.İ.B. , <http://www.corpus.com.tr>.

tespit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı...geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir¹⁸⁷” denilmektedir.

Yine taşınmazın aynına ilişkin olmayan arsa payı karşılığı inşaat yapımı sözleşmesinin feshedilip edilmeyeceği konusunda verilen bir hakem kararı hakkında Yargıtay 15.H.D. 24.05.2007 tarih ve 2007/193 E. ,2007/3494 K sayılı kararında: ”Hakemlerce fesih istemi değerlendirilirken, sözleşmelerin geçerli olup olmadığı sonradan geçerli hale gelip gelmediği hususları yeterince değerlendirilmemiştir. Oysa yukarıda izah olunduğu üzere noterde düzenleme şeklinde yapılmakla beraber sonradan diğer paydaşların katılmaması ve sözleşmeye konu tüm işlerin tamamlanmamış olması karşısında sözleşmelerin ifa olanakları kalmamıştır. Her iki tarafın bu hususu, sözleşmelerin geçerlilik şartlarını bilmeleri gereklidir. Taşınmazların devriyle ilgili işlemler kamu düzeniyle ilgili olup yasalarda belli şekillere tabi tutulmuştur¹⁸⁸” denilerek taşınmaz devri ile ilgili Türk hukukundaki şekle ilişkin kuralların kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle hakemin sözleşmenin feshine karar vermesi gerektiğine karar vermiştir. O halde Türk hukukunda şekle bağlı hukuki işlemlerde şekle uyulmaması kamu düzeni gereğince o sözleşmenin geçersizliğini doğurduğundan uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesinin kararlaştırılması, hakem kararı ile böyle bir işlemin hukuki sonuç doğurması sonucu sağlamayacaktır.

Yargıtay kararlarında görüldüğü üzere iç hukuktaki kamu düzeni kavramının içeriğini tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı konular oluşturmaktadır. Türk hukukunda da tarafların aksini kararlaştıramayacakları kurallar emredici hukuk kurallarıdır.01.07.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun sözleşme özgürlüğü başlıklı 26.maddesine göre :”Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler” denilmektedir. Kesin hükümsüzlük başlıklı 27.maddesinde ise :”Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” denilmektedir. Buna göre Türk iç hukukunda taraflar tahkim sözleşmesi ile tahkim yolunu seçerken kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalacaktır. Taraflar her konuda kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmadığı her konu hükümsüz değildir. Ancak kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz olacaktır. Dolayısıyla hakem veya hakem kurulu bu yöndeki kuralları ihlal etmek yahut göz ardı etmek suretiyle karar vermiş ise verilen karar iptal edilecektir.

Uluslararası Ticari Uyuşmazlıkların çözümünde ve Milletlerarası Hukukta kamu düzeni kavramı iç hukuktan farklıdır ve iç hukuktaki kamu düzeni kavramı ile mümkün oldukça sınırlandırılmaması gerekmektedir. Zira kamu düzeni her ülkenin sosyal ve ekonomik durumu ile siyasi yapısına göre değişiklik göstermektedir¹⁸⁹.Eğer iç hukuktaki anlamıyla kamu düzeni kavramını uluslararası ticari uyuşmazlıklar ile milletlerarası hukuka uygulanır ise tahkim kurumunun uygulanmakta güçlük çekebileceği tartışmasızdır. Bu sebeple önüne gelen uyuşmazlıkta devlet mahkemeleri uluslararası ticaretin gerçeklerini de göz önünde bulundurarak milletlerarası tahkimde kamu düzeni kavramını sınırlı olarak yorumlamasında fayda vardır.

Nitekim dünyadaki uluslararası ticari gelişmeler neticesinde artık hakem kararlarının milli hukuk anlamındaki kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde değil “milletlerarası kamu düzenine” aykırılık teşkil etmesi halinde iptali mümkün hale gelmektedir.1 Mayıs 2011

¹⁸⁷ C.İ.B. , <http://www.corpus.com.tr>.

¹⁸⁸ EKŞİ, a. g. e. , s. : 53.

¹⁸⁹ AKINCI, a. g. e. , s. : 209.

tarikhinde Fransa'da yürürlüğe giren Fransız Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanunu içeren usul kanununun 1520/5.madde gereğince “milletlerarası kamu düzenine aykırı” hakem kararlarının iptali kabul edilmiştir¹⁹⁰.

3.1.3. İptal Davası Açma Süresi

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesine göre İptal davası, otuz gün içinde açılabilir. Kanunda bu sürenin başlangıcı iki farklı şekilde belirtilmiştir.

Birinci durumda otuz günlük süre hakem kararının taraflara bildirildiği tarihten başlayacaktır. Hakem kararları taraflara hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından bildirilebilir. Ya da kanunun 14.maddesi gereğince taraflar, giderini ödemek koşuluyla hakem kararının asliye hukuk mahkemesi tarafından gönderilmesini isteyebilir. Ancak hakem kararı hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilmesinden sonra taraflardan biri tarafından mahkeme tarafından gönderilme talebinde bulunsa dahi süre hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından kararın taraflara bildirilmesinden sonra başlar¹⁹¹.

İkinci durumda ise düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren iptal davası açma süresi işlemeye başlar. İptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur. İptal davasının düzeltme, yorum ya da tamamlama kararı verilmesi halinde hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından karar taraflara bildirilse dahi düzeltme, yorum ya da tamamlama kararı verilmesinden itibaren süre başlayacaktır. Zira böylelikle iptal davasına konu olabilecek hususlar düzeltme, yorum ya da tamamlama kararı ile düzeltilebileceğinden iptal davasının açılmasına gerek bile olmayabilecektir¹⁹².

3.1.4. Kısmi İptal Kararı

Hakem kararlarına karşı kural olarak mahkemeler iptal ya da red kararı verecektir. Bazı durumlarda ise hakem kararının tamamının iptali gerekemeyebilir. Yahut hakem kararının tamamının iptal edilmesi tarafların menfaatine uymayabilir. Böyle bir durumda hakem kararının kısmi iptali söz konusu olacaktır.

Türk Hukukunda hakem kararlarına karşı iki yönden kısmi iptal kararı verilebilecektir. Birincisi tahkime elverişli olmayan bir konuda verilen hakem kararları iptal edilirken mahkeme tahkime elverişli konuda verilen kararın ilgili bölümü ayrılabiliriyorsa sadece kararın tahkime elverişli olmayan kısmını iptal etmekle yetinecektir¹⁹³. Bir kısmını iptal etmesi nedeniyle diğer kısım anlamsız kalacak yahut bütünlük bozulacak ise kararın tümünü iptal edecektir.

Kısmi iptal kararı verilebilecek ikinci durum ise Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesine göre :”Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir” denilerek düzenlenmiştir.

¹⁹⁰ DAYINLARLI, a. g. e. , s. : 59.

¹⁹¹ AKINCI, a. g. e. , s. : 193.

¹⁹² AKINCI, a. g. e. , s. : 193.

¹⁹³ AKINCI, a. g. e. , s. : 233.

İkinci durumda verilebilecek kısmi iptal kararı için iptal davasının tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda verildiği iddiası ile açılması gerekmektedir. Farklı bir iddia ile açılan iptal davasında kısmi iptal kararı verilemez. Zira tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verildiği iddiası, devlet mahkemesinde mahkemenin kendiliğinden gözececeği bir iptal sebebi değildir.

Aynı şekilde mahkemenin kısmi iptal kararı verebilmesi için tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilecektir. Tahkim anlaşması kapsamında olan konuların tahkim anlaşması kapsamında olan konulardan ayrılması mümkün değilse mahkeme kısmi iptal kararı veremez. Bazı hallerde verilen hakem kararı birbiri ile iç içe girmiş maddelerden oluşabilir. Hakem kararı kısmen iptal edildiği takdirde kararının tamamı anlamsız kalabileceği gibi taraflardan birine ağır külfetler getirebilir. Böyle bir durumda kısmi iptal kabul edildiği takdirde tarafların tahkim yolu ile amaçladıkları çözüm yöntemi de sakatlanabilir. Kanun koyucu bu saikle tahkim anlaşması kapsamında olan konuların olmayan konulardan ayrılma bilirliliğini de mahkemenin incelenmesini istemiştir.

Devlet mahkemesi önüne gelen iptal mahkemesinde karar verecek iken sadece iptal sebeplerinin bulunup bulunmadığı ile ilgilenecek ancak esasa ilişkin denetim yapamayacağından, kısmi iptal kararı verirken kararı uyarlayamayacaktır¹⁹⁴. Kanun koyucu uluslararası ticaretin ve yatırımların gerçekleşmesi için Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi hakem kararlarının esasına ilişkin devlet mahkemelerinin denetleme yapmasının önüne geçmek istediğinden kısmi iptal kararı verecek olan mahkemeler için dahi bu kural için istisna kabul edilmemelidir.

3.1.5. Görevli Ve Yetkili Mahkeme

Milletlerarası Tahkim Kanunu 15.maddesi gereğince :” İptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır” denilmektedir. O halde iptal davasına bakmakla görevli olan mahkeme genel mahkeme niteliğinde bulunan Asliye Hukuk Mahkemesi’dir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 3.maddesinde ise hem görev hem de yetkili mahkeme: “Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir” denilmiştir.

Kanunda her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olarak kabul edilmiş ise de Asliye Ticaret Mahkemesinin bulunduğu yerlerde Asliye Ticaret Mahkemesi’nin işbölümü dolayısıyla görevli olabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁹⁵.

Yargıtay 11.H.D. 30.03.2006 tarih ve 2006/181 E. ,2006/3364 K sayılı kararında : ”...Davacı vekili, taraflar arasında düzenlenen... gemi tahsisi sözleşmesi ile ilgili... sözleşmelerin süresinden önce haksız olarak feshedildiği iddiası ile tahkim davası açıldığını... ve hakem heyetinin... kamu düzenine aykırı olarak karar verdiğini ileri sürerek,4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15.maddesi gereği, aleyhlerine verilen hakem kurulu

¹⁹⁴ AKINCI, a. g. e. , s. : 233.

¹⁹⁵ ŞANLI, C. , Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2011, s. : 251.

kararının iptalini talep ve dava etmiştir. Davaya konu uyuşmazlık, gemi kiralama sözleşmesinin haksız olarak feshine dayalı tazminat ve cezai şartın tahsili istemine ilişkindir....19.7.2004 tarihli olur'la İstanbul'da kurulan Denizcilik ve İhtisas Mahkemesi ,Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 20.7.2004 gün ve 370 sayılı kararı ile faaliyete geçirilmiştir. Mahkemelerin görevi, temyiz dahil, yargılamanın her aşamasında dikkate alınacağından, mahkemece görevsizlik kararı verilerek, dosyanın görevli Denizcilik İhtisas Mahkemesi'ne gönderilmesi gerektiğinden, kararın görevsizlik kararı verilmek üzere bozulmasına" karar verilmiştir. O halde Yargıtay iptal davası konusunda her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemelerinin yasada görevli olduğunu kabul etse de iptale konu kararın niteliğine göre görevli mahkemenin belirlenmesi gerektiğini kabul etmekte ve bu kuralara aykırılığı bozma sebebi olarak görmektedir.

3.1.6. İptal Davası Kararına Karşı Müracaat Yolları

Milletlerarası Tahkim Kanununun 15.maddesine göre iptal davası hakkında verilen kararlara karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yolu açıktır. Burada mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna yapılmış olan atıflar 6100 sayılı yasa ile yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanununa yapılmış sayılacağını belirtelim. Dolayısıyla HMK 'nın 361.maddesi gereğince hakem kararlarının iptali talebi üzerine verilen kararlara karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde temyiz yoluna başvurabilir.

Hakem kararlarına karşı açılan iptal davası sonucunda verilen kararın temyiz yolu ile bir üst mahkemede tekrar incelenmesi hakem kararının ikili denetime tabi tutulması anlamına gelmektedir. Hakem kararının kesinleşmeden icra edilmesi mümkün olmadığından tahkim yolunu uzun ve meşakkatli bir yol haline getirmektedir. Bu durumun milletlerarası ticari tahkim kurumunun liberal yapısına uymadığı dolayısıyla ülkemizi tahkim merkezi yapmayı amaçlayan MTK'nın amacından uzaklaştırılması sebebiyle eleştirilmektedir¹⁹⁶.Hukuk Muhakemeleri Kanununda temyiz ve istinaf kurumları kanun yolu olarak kabul edilmiş iken tahkim mekanizmasının ihtiyaç duyduğu hız düşünülerek hakem kararlarına karşı istinaf yolunun kabul edilmediğini düşünmekteyiz.

Hakem kararlarına karşı temyiz yolu mümkün olmakla birlikte, karar düzeltme yoluna gidilemez. Hakem kararı üzerine Yargıtay'ın ilgili dairesi tarafından verilen onama kararı ile birlikte karar kesinleşecektir. Yargıtay tarafından bozma kararı verilmesi halinde ise yerel mahkeme bozmaya uyabileceği gibi direnebilmesi de mümkündür. Ancak kısmi bozma kararı verildiği takdirde hakem kararının kalan bölümleri kesinleşmiş olacağından sahibi lehine usuli müktesep hak oluşturacaktır. Zira Yargıtay 15.H.D. 15.11.2007 tarih ve 2007/3708 E. ,2007/7216 K sayılı kararında :”Temyize konu iptal kararından önceki ilk kararın temyizi üzerine Dairemizce hakem kararının bazı bölümlerinin yanlış olduğu vurgulanarak iptal sebebi olarak gösterilen alacak kalemleri dışında kalan kısım için hakemlerce verilen karara yönelik temyiz itirazları Dairemizce reddedilmiş ve taraflar yararına usuli müktesep hak oluşturmuştur. Mahkemelerce verilen kararların temyizi üzerine bozma kapsamı dışında kalıp da mahkemece uyulan alacak kalemleri, lehine olan taraf yararına kazanılmış hak oluşturduğu gibi hakemlerce verilen kararların kısmen bozulması halinde bozma kapsamı dışında kalan hususların da usuli kazanılmış hak oluşturacağı ve hakemlerce bozma kapsamıyla sınırlı olarak karar verileceği 23.10.1972 gün, 2/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla kabul edilmiştir. Kazanılmış hak kurallarıyla ilgili istikrar kazanan bu uygulamanın hakem

¹⁹⁶ KALPSÜZ, T. M. T. , s.: 155.

kararlarının iptali için açılan davalarda da tatbik edileceği kabul edilmektedir¹⁹⁷” denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Yargıtay tarafından yapılacak temyiz incelemesi, MTK'nın 15. maddesinde yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılacaktır. MTK 15.maddesinde sayılan iptal sebepleri dışında Yargıtay tarafından temyiz sebebi kabul edilmemesi gerekmektedir.

Yine Milletlerarası Ticari Tahkim Kurumunun seçilmesindeki amaç olan devlet mahkemelerinin uzun yargılama sürelerinden kaçmak maksadıyla yasa temyiz incelemesinin öncelikle ve ivedilikle karara bağlanması gerektiği hususunu düzenlemiştir.

3.2.Hakem Kararının İcrası

Hakem veya hakem kurulu tarafından verilen kararın taraflara fayda sağlaması yahut işlerine yaraması için hakem kararlarının, devlet mahkemesi kararları gibi icra edilebilmesi gerekmektedir. Taraflarca hakem veya hakem kurulu kararına kendiliğinden uyulması ve kararın yerine getirilmesi halinde elbette sorun çıkmayacaktır. Ancak taraflar rızaları ile - kendiliğinden- kararın gereğini yerine getirmedikleri takdirde kararın devlet teşkilatı tarafından cebri-i icra yolu ile uygulanacak nitelikte olması hakem kararının icra edilebilirliği ile ilgili konudur. Zira ancak cebr-i icra yolu ile eda niteliğindeki mahkeme kararlarının devletin teşkilatı tarafından zorla yerine getirilebilir¹⁹⁸.

Hakem kararların icrası konusunda kararın milli olması ile yabancı hakem kararlarının infazına göre farklı düzenlemeler kabul edilmektedir. Zira hakem kararı milli nitelikte ise tıpkı Türkiye’de verilmiş mahkeme kararı gibi belirli şartlarda icra edilebilecektir. Ancak hakem kararı yabancı nitelikte ise -yabancı mahkeme kararlarına göre farklı şartlar aranmakta ise de- yabancı mahkeme kararları gibi tenfiz edilmesi gerekmektedir. Aşağıda hakem kararlarının milli veya ya da yabancı olmasına göre icra edilmesi konusu ele alınacağı gibi, hangi hakem kararlarının milli hangilerinin yabancı kabul edileceği konusunda da açıklamalarda bulunulacaktır.

3.2.1. Milli Hakem Kararının İcrası

Hakem kararının milli olması tahkim yolunun milli başka bir ifade ile iç tahkim yoluna bağlı olması anlamına gelmemektedir. Hakem kararının milli olması tahkim yolunun milli ya da milletlerarası olma özelliği ile ilgili değildir. Milletlerarası tahkim yolu ile verilmiş hakem kararları da milli nitelikte olabileceğinden milletlerarası tahkim yolu ile verilmiş kararlar yabancı hakem kararı niteliğinde sayılmayabilecektir.

Türk Hukukuna göre hakem kararının milli nitelikte kabul edilmesi o hakem yargılamasının tabi olduğu usul kuralları ile ilgilidir. Başka bir anlatımla Türk Hukukunda hakim, hakem kararının milli ya da yabancı olduğunun belirlenmesini tahkim yargılamasına uygulanan usul kurallarına göre belirleyecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 8.maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu 424.maddesine göre taraflar tahkim yargılamasına uygulanacak usul kurallarını kanunun (HMK veya MTK' nın) emredici hükümleri saklı kalmak kaydı ile anlaşarak belirleyebilirler. O halde taraflarca tahkim yargılamasına uygulanacak usul kuralları hakkında anlaşma

¹⁹⁷ C.İ.B. , <http://www.corpus.com.tr>.

¹⁹⁸ OĞUZMAN, K. , BARLAS, N. , Medeni Hukuk, İstanbul 2000, s. :213.

yapılmış ise hakim öncelikle taraflarca kararlaştırılmış olan usul kurallarının Türk Hukukuna dahil olup olmadığını belirleyecektir. Taraflarca kararlaştırılmış olan usul kuralları Türk hukukuna dahil ise hakem kararı milli, dahil değil ise yabancı kabul edilecektir.

Taraflar arasında tahkime uygulanacak usul kurallarının belirlenmesi açısından anlaşma yok ise doktrin tarafından hakem kararının milli ya da yabancı sayılması, hakem kararının Türk Usul kurallarının emredici kaidelerine uygun olarak verilmiş olup olmadığına göre belirlenmektedir¹⁹⁹. Buna göre hakem kararı Türk Usul Hukuku kurallarının emredici kaidelerine tabi olarak verilmiş ise hakem kararı milli, aykırı olarak verilmiş ise yabancı sayılmaktadır.

Taraflar arasında tahkim usulü hakkında anlaşma yok ise doktrin tarafından kabul görmüş bu görüşün uygulanmasının sakıncaları bulunmaktadır. Zira MTK 8.maddesi ile HMK 424.maddesi gereğince zaten taraflarca kanunun emredici hükümlerine aykırı tahkim usulü belirlenemeyecektir. Yine aynı maddelerde taraflarca tahkim usulü kararlaştırılmamış ise MTK ya da HMK usul kuralları çerçevesinde tahkim yargılaması yapılacaktır. O halde MTK ve HMK Türk Usul hukuku kurallarına dahil olduğundan, tahkim yargılamasının Türk Usul Kurallarının emredici kurallarına aykırı olarak yapılması mümkün değildir. Türk Usul Kurallarının emredici kurallarına tabi olarak verilmiş kararların milli, verilmemiş kararların ise yabancı sayılması bu sebeple kabul edilmemelidir. Ayrıca MTK 15/A-1-f maddesi ile HMK 439/2-e maddesi gereğince taraflarca kararlaştırılmış tahkim usulü ile kanunun ilgili kısmında yer alan usul kurallarına uygun yürütülmediği takdirde hakem kararı iptal edilebilecektir.

Kanaatimizce doktrinin görüşü kabul edildiğinde hakem kararının milli ya da yabancı olarak nitelenmek, hakem yargılamasının MTK ya da HMK'nın kapsamı içerisinde bulunup bulunmaması ile ilgilidir. Hakem yargılaması MTK ya da HMK'nın uygulama kapsamı içerisinde ise milli, değilse yabancı sayılmalıdır.

MTK açısından değerlendirirsek kanunun 1.maddesine göre "...Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında" uygulanacağından, bu kapsamda verilen hakem kararının milli olduğu söylenebilir.

HMK açısından ise kanunun 407.maddesine göre: "Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır" denilmiş olduğundan kanunun uygulama alanı içerisinde bulunan uyuşmazlıklarla ilgili verilen hakem kararının milli olduğu söylenebilir.

O halde sonuç olarak MTK ve HMK'nın burada belirtilen uygulama alanı içerisinde Türk Usul Kurallarının emredici kaidelerine uygun olarak verilen kararları milli, uygulama alanı dışında verilen kararları yabancı hakem kararı olarak kabul etmek gerekecektir.

Hakem kararının milli ya da yabancı olması kararın icra prosedürü açısından önemli farklılık arz ettiğinden hakimin önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle kararın milli ya da yabancı olarak nitelendirmesi gerekmektedir. Devlet mahkemesi hakiminin önüne gelen karar

¹⁹⁹ KALPSÜZ, T. M. T. , s. :175.

milli nitelikte ise burada belirtilecek olan prosedür çerçevesinde kararın icra edilmesi gerekmektedir.

Milli sayılan hakem kararının Türk Hukukuna göre infaz edilmesi önceden 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanuna göre farklı, mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna ayrıma tabi tutularak incelenmekteydi. Zira Türk Hukukuna göre milli sayılan milli yahut iç tahkime ilişkin kararların icrası ile milletlerarası yahut dış tahkime ilişkin kararların icra edilme prosedürü birbirinden temyiz ve iptal yolu olarak farklı şekillerde incelenmekteydi.

Mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna göre hakem kararına karşı doğrudan temyiz kanun yoluna başvurmak mümkündür. Dikkat edildiği bu kararlar iptal yargılamasında olduğu gibi önce yerel mahkeme tarafından iptal şartlarının bulunup bulunmaması açısından değerlendirilmemektedir. Temyiz sonucunda Yargıtay tarafından hakem kararı hakkında “tasdik” kararı verir ise karar kesinleşir ve icra edilebilirdi. Zira mülga HUMK 440/III-4 maddesi gereğince hakem kararlarına karşı karar düzeltme yoluna başvurulamamaktaydı. Hakem kararına karşı temyiz yoluna başvurulmamış ise kararın icra edilmesi kanunun mülga HUMK 536.maddesi gereğince yerel mahkemenin “tasdik” kararı vermesine bağlıydı. Yerel mahkeme tasdik kararı vermeden önce kararın kamu düzenine uygun olup olmadığını da denetlemekle yükümlüydü. Yerel mahkemenin tasdik talebi hakkındaki kararı da temyiz edilebileceğinden, ancak yerel mahkeme kararının “tasdik” edilme yönünde kararının kesinleşmesi ile birlikte hakem kararının infaz edilmesi mümkündür.

Ancak 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun yürürlükten kaldırılması ve yerine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte hakem kararına karşı doğrudan temyiz kanun yoluna başvurma şeklinde işleyen kanun yolu ortadan kaldırılmıştır. Yeni 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun da hakem kararına karşı kanun yolu olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda olduğu gibi iptal yolu benimsemiştir. Böylelikle hakem kararlarının kanun yolu bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Milletlerarası Tahkim Kanunu açısından yeknesaklık kabul edilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki; kanun yolu olarak iptal yolu, temyiz yoluna göre çok daha zaman kaybına sebep olan bir yoldur. Zira temyiz yolunda hakem kararı, devlet mahkemelerinin kararı gibi temyiz edilmekle birlikte doğrudan temyiz yoluna gidiliyordu. İptal yolunda ise hakem kararı öncelikle yerel mahkeme tarafından incelenmekte, akabinde karar hakkında temyiz yoluna başvurulabilmektedir. Bu çerçevede uluslararası ticaret yapan firmalar Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde tahkim yoluna başvurmadan kaçınmaktadırlar. Aynı şekilde hakem kararının icrasında yaşanan gecikme Türkiye’yi tahkim merkezi haline getirmekten uzaklaştırmaktadır. Her ne kadar MTK 15. ve HMK 439.maddelerinde hakem kararlarına karşı açılan iptal davaları ve bu davalara yönelik temyiz incelemesinin öncelikle ve ivedilikle karara bağlanacağı belirtilse de devlet mahkemelerin iş yoğunluğu gözetildiğinde kararların olması gereken hızda verilmediği sabittir.

Milletlerarası Tahkim Kanunun 15.maddesine göre hakem kararına karşı 15 gün içinde iptal davası açılabilir. İptal davasının açılması kendiliğinden hakem kararının icrasını durduracaktır. O halde MTK çerçevesinde verilmiş olan hakem kararına karşı iptal davası açılması halinde iptal davası hakkında karar kesinleşmeden hakem kararının icra edilmesi mümkün değildir. Hakem kararına karşı iptal davası reddedilir ve karar temyiz etmeden kesinleşir ise devlet mahkemesi tarafından ilgililere hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belge verilecektir. Hakem kararına karşı iptal davası reddedilir ve temyiz edilir ise temyiz

sonucunu beklemek gerekecektir. Temyiz sonucunda red kararı onanır ise hakem kararı hakkında icra edilebilirlik belgesi verilecektir. Zira Yargıtay'ın vermiş olduğu karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde verilmiş olan hakem kararı hakkında iptal davası açılmadığı takdirde hakem kararının doğrudan devletin icra organları vasıtasıyla icra edilmesi mümkün değildir. Yine bu durumda hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair mahkemeden karar alınması gerekmektedir. Mahkeme “icra edilebilirlik” belgesini vermeden önce, kendiliğinden hakem kararının “kamu düzenine” uygun olup olmadığı ile “tahkime elverişli” bir konuda karar verilip verilmediğini inceleyecektir. Mahkemenin icra edilebilirlik konusundaki kararı temyiz edilebilir. Kanaatimizce mahkemenin “icra edilebilirlik” hakkındaki kararı kesinleşmeden hakem kararının infaz edilememesi gerekmektedir. Zira MTK'ya göre iptal davası hakkındaki karar kesinleşmeden hakem kararının infaz edilmesi mümkün değilken, herhangi bir iptal davasında dahi hakimin kendiliğinden inceleme yetkisinde bulunduğu konuların incelendiği “icra edilebilirlik” hakkında vermiş olduğu kararda da kıyas yolu ile aynı sonuca ulaşılabilecektir. Mahkeme incelemesini yaptıktan sonra vermiş olduğu icra edilebilirlik belgesine ilişkin kararın kesinleşmesi ile hakem kararı icra edilebilecektir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hakem kararlarının icrası hakkında oldukça liberal ve etkin bir yöntem belirlemiştir. Buna göre HMK çerçevesinde verilen hakem kararı hakkında iptal davası açılması kanunun 439/4.maddesi gereğince hakem kararının icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir. Aynı şekilde HMK 439/6.maddesi gereğince hakem kararı hakkında verilmiş iptal kararına karşı temyiz yoluna başvurulması da kararın icrasını durdurmaz.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun hakem kararının icrası hakkında yapmış olduğu düzenleme Türk Hukukunda ilk olmasının yanında tahkim konusunda devrim niteliğindedir. Zira hakem kararı hakkında iptal davası açılrsa ya da bu karar hakkında temyiz yoluna başvurulsa dahi hakem kararı yargılama sonucu beklenmeksizin icra edilebilecektir. Bunun başka bir anlamı ise devlet mahkemesi kararı ile iç tahkimde verilen hakem kararı arasında artık fark kalmamıştır. Hatta bazı devlet mahkemesi kararlarının icra edilebilmesi için kesinleşme şartının arandığı düşünüldüğünde, hakem kararları konusunda istisna öngörülmemiş olması karşısında hakem kararlarının devlet mahkemesi kararlarına göre icra kabiliyetinin daha da önde olduğu söylenebilir.

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yapmış hakem kararlarının icrası konusunda yapmış olduğu düzenleme sayesinde Türkiye artık tahkim merkezi olmaya ve tahkim kurumunu işletmeye aday bir ülkedir. Özellikle daha çok liberal ve esnek olması gereken Milletlerarası Tahkime göre iç tahkim mevcut durumda daha ileridir. HMK düzenlemesinden sonra uluslararası ticaret yapan firmaların Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde uyuşmazlıklarını çözmektense HMK çerçevesinde iç tahkim yolu ile uyuşmazlıkları çözüme konusunda irade göstermelerine şahit olunabilir. Ne var ki; HMK 407.maddesi gereğince ancak MTK çerçevesinde yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yeri Türkiye'de bulunan uyuşmazlıklar hakkında HMK tahkim hükümleri uygulanabilecektir. Zira HMK tahkim hükümlerinin tarafların anlaşması ile uyuşmazlığa uygulanabileceğine dair MTK'da olduğu bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ayrıca HMK'ta hakem kararı hakkında icra edilebilirlik belgesi alınıp alınmaması konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda akıllara HMK çerçevesinde verilmiş hakem kararının doğrudan devletin icra organları vasıtasıyla icra edilip edilemeyeceği sorusu gelebilir. Kanaatimizce Türk Hukukunda devlet mahkemeleri dışında hakemlerin kararlarının doğrudan devletin icra organları vasıtasıyla icra edilmesi mümkün değildir. MTK'da olduğu gibi HMK'da da hakim tarafından icra edilebilirlik belgesi verilmeden kararın icra edilememesi gerekmektedir. Ancak MTK'dan farklı olarak mahkemeye başvurulduğu takdirde mahkeme incelemesini dahi tamamlamadan icra edilebilirlik belgesini ilgililere vermesi gerekmektedir. Aksi takdirde mahkeme kanun koyucunun amaçlamış olduğu tahkim kurumu hızlandırma amacına aykırı hareket etmiş olacaktır. Zira kanun koyucu iptal davası açılması ya da iptal davası kararı hakkında temyiz işleminde bulunulsa dahi hakem kararının icra edilebileceğini kararlaştırmış iken icra edilebilirlik hakkında yargılama yapıp kararın icra edilmesinin geciktirilmesinin kabul edilmemesi gerekmektedir.

3.2.2. Yabancı Hakem Kararının İcrası

Yabancı hakem kararlarının icra edilebilmesi için tenfiz edilmesi gerekmektedir. 1958 Tarihli New York Sözleşmesi kabul edilmeden önce Türk Hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesi konusundaki tek düzenleme 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'du. 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'nin kabul edilmesi ile birlikte Türk Hukukunda Tenfiz Konusunda ikili bir ayırım yoluna gidilmiştir.

Türk Hukukunda mevcut düzenlemeler ile 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren bir konuda artık 5718 sayılı MÖHUK'un ilgili hükümleri uygulanamayacaktır. 1958 Tarihli New York Sözleşmesi dünyadaki ülkelerin büyük çoğunluğu tarafından kabul edildiği ve uygulandığı için ise 5718 Sayılı MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'nin uygulama alanı dışındaki konuları kapsayacaktır²⁰⁰.

New York Sözleşmesi'nin kabul edilmesi ile birlikte MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı oldukça daralmıştır. Gerçekten Yargıtay H.G.K. 08.02.2012 tarih ve 2011/13-568 E. ,2012/47 K. Sayılı kararında : " 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 1982 yılında yürürlüğe girmiş olup, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar kapsamında bulunmayan uyuşmazlıklarda adı geçen kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olmakla birlikte, "Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York sözleşmesi" 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş olduğundan ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde, bu sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekli olduğundan, MÖHUK kapsamına giren hakem kararlarının alanı oldukça daralmıştır. Bununla beraber, Türkiye'nin New York Sözleşmesine taraf olduğu 8.5.1991 tarihinden itibaren ve bugün itibarıyla, bu sözleşmeye taraf olmayan bir devlet ülkesinde verilen ve yerli olmayan hakem kararları, MÖHUK kapsamına giren hakem kararlarıdır. (Banu Şit, Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005, sh.194)²⁰¹" denilmektedir.

²⁰⁰KALPSUZ , T. M. T. , s. : 184.

²⁰¹C. İ. B. , <http://www.corpus.com.tr>.

3.2.2.1. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun Çerçevesinde Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi

Tanıma, yabancı hakem kararının devletin icra kuvveti kullanılmaksızın “sadece kesin hüküm gücünün²⁰²” kazanmasına denilmektedir. Tenfiz ise yabancı hakem kararının devletin icra kuvvetinin kullanılarak yerine getirilmesi için yapılması gereken kazai bir işlemdir. Tanıma işlemi “Türkiye’de açılan davada bir yabancı mahkeme (hakem) kararına dayanılarak kesin hüküm itirazında bulunulması; kesin delil olarak dayanılması ; idari işlem yaptırılmak istenilmesi²⁰³” halinde tenfiz işlemi istenilmek maksadıyla Türk hukukunda yapılabilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun 63.maddesi gereğince yabancı hakem kararlarının tanınması da tenfizine ilişkin hükümlere tabi olduğundan burada yapılan açıklamalar tanıma ve tenfiz için birlikte yapılacaktır. Ayrıca MÖHUK kapsamında açılan bir davada tanıma ve tenfiz işlemlerinin aynı davada istenilmesi davada aranacak şartları değiştirmeyeceğinden uygulamada faydalı olabilecektir.

MÖHUK 60.maddesi gereğince Türk Hukukunda “kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış” veya “ taraflar için bağlayıcı olan” hakem kararları tenfiz edilebilir. Elbette burada aranan şart yabancı hakem kararı hangi ülke hukukuna tabi ise o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış” veya “ taraflar için bağlayıcı olan” bir karar olması gereklidir.

Bazı ülkelerde hakem kararı kesinleşmiş ve icra kabiliyetini kazanmamış olsa dahi taraflar için bağlayıcılık teşkil edebilmektedir. Bu sebeple 1958 Tarihli New York Sözleşmesinden etkilenilerek MÖHUK’a taraflar için bağlayıcı olan hakem kararlarının da tenfiz edilebileceğine dair hüküm kanun koyucu tarafından yasaya konulmuştur. Tahkim kurumunun işlerlik kazanabilmesi için her ülke hukukuna göre esnek düzenlemelerin yapılması gerektiğinden yapılan bu düzenleme oldukça olumludur.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları asliye mahkemesi var ise kararlaştırılan asliye mahkemesinden istenilmesi gerekmektedir. Taraflar arasında anlaşma yok ise; aleyhine karar verilen tarafın Türkiye’deki yerleşim yeri o da yoksa sakın olduğu yer mahkemesi yetkilidir. Aleyhine karar verilecek kişinin sakın olduğu yer de yok ise karar tenfiz edildiğinde cebri icraya konu teşkil edilebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi dilekçe ile mahkemeden talep edilir. Tenfiz isteyen taraf dilekçesine MÖHUK 61.madde gereğince “Tahkim sözleşmesi veya şartının, aslı yahut usulüne göre onanmış örneği” ile “Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcılık kazanmış aslı veya usulüne göre onanmış örneği” belgeleri karşı taraf sayısı kadar suretleri ile birlikte mahkemeye tevdi etmek zorundadır. Yine tenfiz isteyen taraf bu belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örneklerini de dilekçesine eklemekle yükümlüdür. Aksi takdirde tenfiz istemi reddedilecektir.

Tenfiz talebini alan mahkeme dilekçe ve duruşma gününü karşı tarafa tebliğ edecektir. Tenfiz yargılaması basit yargılama usulüne tabi olarak yapılacaktır. MÖHUK da yargılama esasını belirleyen usul kurallarını içerdiğinden ve yabancı hakem kararları konusunda özel

²⁰² KURU, a. .g. e. , s. : 922.

²⁰³ KURU, a. g. e. , s. : 922.

kanun olduğundan usule ilişkin MÖHUK hükümlerinin bulunduğu yerde mahkeme HMK hükümlerini uygulayamayacaktır.

MÖHUK 61/2 yollaması ile MÖHUK 55,56 ve 57.maddelerinin kıyas yolu ile yabancı hakem kararlarının tenfizinde de uygulanacağından karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı hakem kararının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek tenfiz istemine itiraz edebilir.

Mahkeme yabancı hakem kararının tamamının tenfizine karar verebileceği gibi bir kısmının da tenfizine diğer kısmının tenfiz talebinin reddine karar verebilir. Mahkemenin vermiş olduğu karar yabancı hakem kararının altına yazılır ve hakim tarafından mühürlenerek imzalanır.

Mahkeme tenfiz kararı vermiş olması halinde verilen tenfiz kararı sonucunda yabancı hakem kararı, milli hakem kararları gibi icra olunur. Ancak tenfiz talebinin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyiz edilmesi mümkündür. Kararın temyiz edilmesi MÖHUK 57/2 maddesi gereğince icrayı durdurur. Dolayısıyla yabancı hakem kararı hakkında verilen tenfiz kararı kesinleşmeden icra edilmesi mümkün değildir.

MÖHUK 62.maddesi gereğince mahkeme aşağıdaki unsurlardan her birini kendiliğinden incelemekle yükümlüdür. Aşağıdaki unsurlardan birini tespit eden mahkeme tenfiz talebini reddedecektir:

- a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,
- b) Hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise,
- c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse hakim tenfiz talebini taraflardan biri ileri sürmese de reddedecektir.

Yine MÖHUK 62.maddesi gereğince aşağıdaki unsurlardan birinin bulunduğu taraflarca ispat edildiği takdirde tenfiz talebi reddedebilecektir:

- a) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,
- b) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkanından yoksun bırakılmış ise,
- c) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,
- ç) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise,
- d) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında,

e) Hakem kararı tabi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tabi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

3.2.2.2. 1958 Tarihli New York Sözleşmesi'ne Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi

Yabancı Hakem Kararlarının tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi 10.06.1958 tarihli olsa da Türkiye tarafından 08.05.1991 tarih ve 3732 sayılı kanun ile işbu uluslar arası anlaşma onaylamış ve 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Türkiye'de uluslararası ticaretin gelişmesi ve yaygınlaşması açısından New York Sözleşmesinin kabul edilmesi son derece önemlidir. Zira New York Sözleşmesi'ne taraf ülkeler gözetildiğinde dünyadaki 144'den fazla, başka bir ifade ile dünya çoğunluğunu oluşturan devletlerin sözleşmeyi kabul ettiği ve onayladığı görülmektedir²⁰⁴. Dünya genelinde kabul edilen New York Sözleşmesi ile birlikte milletlerarası ticari tahkim, dünyanın pek çok ülkesinde kolaylıkla icra kabiliyeti kazanmıştır. Bu ülkeler arasında Türkiye'nin de bulunması ile birlikte uluslararası ticaret ile uğraşanların Türkiye'ye güven duyması neticesinde yeni uluslararası ticaret alanlarının açılması ve var olan alanların da gelişmesine yol açmıştır.

New York Sözleşmesi kabul gördüğü çoğunluk gereği uluslararası insan hakları sözleşmeleri kadar, hatta bazı insan hakları sözleşmelerden daha geniş katılımı kabul görmüştür. Hukukun evrenselleşmesi boyutunda ele alınacak bu durum "somut olarak insansal, toplumsal ya da coğrafya ayrımları önem taşımadan²⁰⁵" uyuşmazlıkların nesnel ilkeler doğrultusunda çözülebileceği ve nesnel ilkelere dayanan bu çözümün uluslararası toplum tarafından meşru kabul edileceği kabul edilmiştir²⁰⁶.

Aynı şekilde denilebilir ki; hiçbir ülkenin devlet mahkemelerine bile sağlanamayan tenfiz kolaylıklarını New York Sözleşmesi fiili olarak sağlamaktadır. Nitekim MÖHUK 54.maddesi gereğince gereğince başka bir devlet mahkemesi kararının Türkiye'de tenfize karar verilebilmesi için "Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması" şartları aranmaktadır. Halbuki New York Sözleşmesinde karşılıklılık esası ve şartı aranmamaktadır. Ancak ülkeler sözleşmeyi onaylarken sözleşmenin tarafı olan bir devlette verilmiş hakem kararlarının tenfizinin mümkün olabileceği çekincesini kabul edebilirler. Nitekim Türkiye tarafından da anlaşma onaylanırken bu çekince konulmuştur. Ne var ki New York Sözleşmesi'nin dünyanın pek çok ülkesi tarafından kabul edilmiş olması sonucunda sözleşmenin tarafı ülkelerinden birinde tahkim kararının verilmesi şartı önemini yitirmiştir.

New York Sözleşmesi'nin I. maddesinin 3.fıkrasına göre sözleşmeyi onaylayan devletler kendi milli kanunlarına göre münhasıran ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklara sözleşmenin uygulanacağı çekincesini koyabilirler. Bir uyuşmazlığın ticari mahiyette sayılması, sözleşmesel veya sözleşme dışı uyuşmazlıklar bakımından farklılık arz etmeyecektir. Bu sebeple taraflar arasında sözleşmesel uyuşmazlık bulunmasa dahi

²⁰⁴ BEYAZIT, A. , Milletlerarası Ticaret Odasının Yapısı ve İşleyişi, Ankara 2010, 64-66

²⁰⁵ GÜRBÜZ, A. , Hukuk ve Meşruluk, İstanbul 1998, s. : 57

²⁰⁶ GÜRBÜZ, A. , a. g. e. s. : 57-58

uyuşmazlık ticari mahiyette sayılabilecektir. Sözleşmeyi onaylarken ticari uyuşmazlık çekincesini koyan bir ülkede tenfiz veya tanıma kararı istenilmesi halinde, tanıma ve tenfiz istenilen ülkenin hukukuna göre o uyuşmazlığın ticari mahiyette olması gerekecektir.

Tanıma ve tenfiz istenilen ülkenin hukukuna göre uyuşmazlık ticari nitelikte değil ise hakem kararının New York Sözleşmesine göre tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Türkiye de New York Sözleşmesini onaylarken ticari uyuşmazlık çekincesini koymuş olduğundan Türk Ticaret Kanunu gereğince ticari nitelikte bulunmayan uyuşmazlıkların Türkiye’de New York sözleşmesine göre tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Türk Ticaret Kanunda ticari iş olarak nitelendirilen uyuşmazlıkların ise New York Sözleşmesine göre tanınması ve tanfizi mümkün olabilecektir.

Ülkelerin New York Sözleşmesini ticari uyuşmazlık çekincesi ile kabul etmesinin sebebi, ticari uyuşmazlıkların tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği özel hukuk konularından olmasıdır. Zira ticari uyuşmazlıklar doğrudan tarafların menfaatlerini ilgilendirdiğinden serbest piyasa ekonomisinde taraflar istedikleri takdirde bu haklarından feragat edebilmeleri de mümkündür. Ticari uyuşmazlıklar devletlerin egemenlik alanına girmediğinden New York Sözleşmesi geniş kabul görmüş bir uluslar arası anlaşmadır. New York Sözleşmesi’nin uluslararası anlaşma olmasının sonucu, devletleri ve diğer milletlerarası kişileri karşılıklı ilişkilerde bağlayıcı olması sonucunu doğurmaktadır²⁰⁷. Hatta bugün için uluslar arası ticaret hukukunun en önemli bağlayıcı metinlerinden biri olduğu ya da en önemlisi olduğu bile söylenebilecektir.

(1) Sözleşmenin Uygulanacağı Alan

New York Sözleşmesi’nin I.maddesi gereğince hakiki ve tüzel kişiler arasında zuhur eden ve tanınması ve icrası istenilen devlet arazisinden başka bir devlet arazisinde verilen hakem kararları hakkında uygulanacaktır. Yabancı hakem kararının New York Sözleşmesine göre tanınması ve tenfizi için tanıma ve tenfiz isteminden farklı bir ülkede kararının verilmesi gerekmektedir. Mesela Fransa’da kararı verilen yabancı hakem kararının New York Sözleşmesi gereğince Türkiye’de tanınma ve tenfiz edilebilmesi mümkündür. Burada kastedilen şey tahkim yeri ile tenfiz ve tanıma istenilen ülkelerin farklılığı hususudur.

Sözleşmenin tarafı olan ülkeler ancak akit devletlerden birinde verilen hakem kararının tanıma ve tenfizlerinin yapılacağı konusunda çekince de bulunmuş olabilirler. Böyle bir durumda tanıma ve tenfiz istenilen ülkeden farklı bir ülkede verilen kararda, farklı ülkenin de New York Sözleşmesine taraf olması gerekmektedir.

New York Sözleşmesinin yine I. maddesine göre New York Sözleşmesi tanınması ve icrası istenen devlette milli kabul edilmeyen hakem kararları hakkında da uygulanabilecektir. New York sözleşmesinin milli kabul edilmeyen hakem kararı kriterine göre tanıma ve tenfiz isteminden farklı bir ülkede verilmeyen hakem kararları da tanıma ve tenfiz istenen ülkede milli kabul edilmiyor ise uygulanabilecektir.

New York Sözleşmesi ile uygulama alanın tahkim yeri ve millilik esasına göre ikili ayırım ile belirlenmesinde dünyada bazı ülkelerde tahkim yerine göre, bazı ülkelerde ise başka kriterlere göre milli kabul edilmemesi göre belirlenmesi esası gözeterek çoğulcu bir anlayış kabul edilmiştir.

²⁰⁷ GÜNDÜZ, A. , Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler- Örnek Kararlar) , İstanbul 2000, s. : 2.

(2) Tanıma Ve Tenfiz Şartları

New York Sözleşmesi gereğince hakem kararının tanınması veya tenfiz edilebilmesi belirli şartlara tabidir. Aşağıda belirtilecek olan şartlardan birinin bulunmaması halinde hakim tarafından yabancı hakem kararının tanınması veya tenfizi istemi reddedilebilecektir.

(a) Geçerli Tahkim Sözleşmesi'nin Ve Ehliyetin Bulunması

New York Sözleşmesi'nin II. maddesi gereğince taraflar arasındaki gerek sözleşmesel gerekse sözleşme dışı ilişkiden doğmuş olsun, belirli hukuki ilişkilerden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının tahkim yolu ile çözülmesi konusunda yapacakları yazılı tahkim sözleşmesinin bulunması halinde New York Sözleşmesinin tarafı ülkelerden birinde New York Sözleşmesi gereğince hakem kararının tanınması veya tenfizi kabul edilebilecektir²⁰⁸.

New York Sözleşmesinin II. maddesinde belirtilen yazılı tahkim anlaşması kapsamına teati edilmiş mektup veya telgrafa geçirilmiş ve taraflarca imzalanmış sözleşmeler de girmektedir. Bu yönde yapılacak sözleşmeler tahkim şartını öngörebileceği gibi taraflarca uyuşmazlık çıktıktan sonra tahkim sözleşmesi şeklinde de anlaşma yapılabilecektir. New York Sözleşmesince kabul edilen bu şekil Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun 4.maddesi ile de paralellik arz etmektedir.

New York Sözleşmesine göre tahkim sözleşmesinin geçerli olmasının yanında tarafların tahkim sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olması şartı da aranmaktadır. Tahkim Sözleşmesinin geçerliliği New York Sözleşmesi'nin V/1-a maddesi gereğince haklarında uygulanması gereken kanuna göre tarafların ehliyetsizliği veya anlaşmanın geçersizliği sebebiyle hükümsüz kalması halinde tanıma veya tenfiz şartlarının bulunmadığı gerekçesi ile tanıma veya tenfiz talebi reddedilebilecektir. Bu sebeple taraflar arasında yazılı tahkim şartının bulunup bulunmadığının tespiti taraflarca kararlaştırılan hukuka göre, bu yönde taraflar arasında anlaşma yok ise hakem kararının verildiği yer hukukuna göre tayin edilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 4.maddesine göre ise :”Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde” geçerli olacağından taraflar arasında anlaşma yok ise yazılı anlaşmanın bulunup bulunmadığı Türk Hukukuna göre belirlenecektir²⁰⁹.

New York sözleşmesine göre geçerli tahkim sözleşmesinin bulunması yahut tarafların ehliyetinin bulunması şartı aleyhine tenfiz veya tanıma talebinde bulunulan kişi tarafından ispat edildiği takdirde tenfiz veya tanıma talebi reddedilecektir. Aksi takdirde önüne gelen uyuşmazlıkta hakim bu hususu kendiliğinden inceleme yetkisi bulunmamaktadır.

Uluslararası ticaretin ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte yazılı anlaşmanın sadece teati edilmiş mektup ve telgraf ile sınırlamak mümkün değildir. Zira 1958 Tarihli New York Sözleşmesinin imzalanması sırasında bulunmayan ve teknoloji ile birlikte ortaya çıkan birtakım elektronik haberleşme cihazları ile yapılan anlaşmaların de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir²¹⁰.

²⁰⁸ TURHAN, a. g. e. s. : 190.

²⁰⁹ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 214.

²¹⁰ BERG, A.J ; The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation, Antwerp 1981, s : 204 ,Naklen ŞANLI, U. T. A. H. U. Ç. Y. s. : 319.

(b) Aleyhine Hakem Kararının Tenfizi İstenilen Tarafın Tahkim Yargılamasından Haberdar Edilmiş Olması Veya Savunma Haklarına Aykırı Hareket Edilmiş Olmaması

New York Sözleşmesi'nin V/1-b maddesine göre aleyhe hükmü ileri sürülen taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkanını elde edememiş olur ise tenfiz talebi reddedilecektir.

Maddeye göre öncelikle aleyhine tenfiz istenilen taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen başka bir anlatımla tahkim yargılamasından haberdar edilmemiş olması gerekmektedir. Burada sadece haberdar edilmeme ret sebebi sayılmış, tahkim yargılaması ve usul aykırılıklarından bahsedilmemiştir.

New York Sözleşmesine göre hakem tayini veya tahkim yargılamasında ne şekilde karşı tarafın haberdar edileceği belirtilmemiştir. Burada tahkim yargılamasının özel bir yargılama türü olduğundan hareketle, devlet mahkemelerinde olduğu gibi ikili veya çok taraflı anlaşmalara dayanarak tebligat şartı aranmaması, uluslararası ticaret ve milletlerarası ticari tahkimin yapısına uygun olarak ancak haberdar edildiğinin ispat edilebileceği her türlü yöntem ile karşı tarafın haberdar edilebilmesi gerekmektedir²¹¹. Zira karşı tarafın haberdar edildiği ispat edilemez ise karşı taraf daha sonra haberdar edilmediğini ileri sürerek tenfiz talebinin reddini talep edebilecektir.

New York Sözleşmesine göre aleyhine tenfiz istenilen taraf diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkanını elde edememiş olur ise de tenfiz talebi reddedilecektir. Tahkim yargılaması tarafların iradesi ile yapılan bir yargılama dahi olsa burada kastedilen tüm yargılamaların genel kuralları olan tarafların eşitliği, hukuki dinlenilme hakkı gibi adil yargılanma haklarına riayet edilmeksizin verilen kararlar ile ilgili tanıma veya tenfiz taleplerinin reddedileceği hususudur.

Davalıya delil ve savunmalarını sunması için yeterli sürenin verilmemesi, ileri sürdüğü itiraz ve delillerin araştırılmaması, davacıya tanınan bir takım hakların davalıya tanınmamış olması yeterlidir. Aslında burada adalet ve onun gereği olan eşitlik ilkesi ile adli yargılanma haklarına aykırılık halinde tenfiz veya tanıma talebinin reddedileceği hususu kararlaştırılmıştır.

Hukuk düzeninde tarafların bireysel farklı özelliklerinin bir yana bırakılarak sadece şekli dış görünüşlerine göre eşit olmaları gerekmektedir²¹². Aksi takdirde o yargılamada hukuk düzeninin bulunduğu bahsedilemeyecektir. Bu kural özel yargılama niteliğinde bulunsa da tahkim yargılaması için de geçerlidir.

New York Sözleşmesine göre hakem tayininden veya tahkim yargılamasından haberdar edilmeme hususu davalının ispat edeceği sebepler arasında sayılmış olsa da bu husus imkansızlık sebebiyle mümkün olmadığından bu konuda ispat yükü davacıda olacaktır²¹³. Çünkü davalıdan davacının yapmadığı bir hususu başka bir ifade ile kendisinin haberdar etmediğini ispat etmesi beklenemez.

²¹¹ ŞANLI, U. T. A. H. U. Ç. Y. s. : 344-345.

²¹² ARAL, V. , Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1985, s. : 25-26.

²¹³ ŞANLI, U. T. A. H. U. Ç. Y. s. : 345.

(c) Hakemlerin Yetkilerini Aşmamış Olması

New York Sözleşmesi'nin V/1-c maddesi gereğince hakem kararı tahkim sözleşmesinde belirtilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin olur yahut tahkim şartı veya sözleşmesinin çerçevesini aşan hükümleri içerdiği davalı tarafından ispat edildiği takdirde tenfiz veya tanıma talebi reddedilecektir.

Tahkim yargılaması özel bir yargılama usulü olduğundan devlet mahkemelerinin yargılamasına göre istisnai bir yargılama yoludur. Bu sebeple taraflar arasında çıkabilecek tüm uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceğine dair yapılan bir tahkim anlaşması geçersiz olacaktır. Tahkim şartı veya sözleşmesinde tahkim yargılamasına konu olacak uyuşmazlıkların belirtilmesi gerekmektedir.

Hakemlerin yetkisi tahkim şartı veya sözleşmesinde belirtilen sınır ile çizilmiştir. Buna rağmen hakem kararı tahkim sözleşmesinde hiç belirtilmeyen bir uyuşmazlık hakkında verilmiş olması halinde tenfiz veya tanıma talebi reddedilecektir. Uyuşmazlık tahkim sözleşmesinde yer almakla birlikte tahkim sözleşmesi veya şartında hakemlere tanınan yetkilerin aşılması suretiyle karar verilmesi halinde tenfiz veya tanıma talebi reddedilecektir.

(ç) Hakem Mahkemesinin Teşkili Veya Hakemlik Prosedürü Tarafların Anlaşmasına Ve Anlaşma Yok İse Hakem Yargılamasının Gerçekleştiği Yer Hukukuna Uygun Olması

New York Sözleşmesinin V/1-d maddesine göre hakem veya hakem kurulunun seçilmesi veya hakemlik prosedürü taraflar arasında anlaşma var ise bu anlaşmaya; taraflar arasında anlaşma yok ise tahkim yargılamasının gerçekleştiği yer hukukuna aykırı olması davalı tarafından ispat edilemez ise hakem kararının tanınması ve tenfizine yerel mahkeme karar verebilecektir.

Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını yürüterek karar verecek olan devlet mahkemelerindeki hakimlerin konumunda bulunan kişilerdir. Tahkim yargılamasının özel bir yargılama usulü olması da göz önünde bulundurulduğunda hakem veya hakem kurulunun seçiminde taraflar uluslararası ticareti bilen yahut belirli teknik konulardan anlayan kişilerin hakem olarak seçilmesini talep edebilirler.

New York Sözleşmesinde geçen hakemlik prosedüründen anlaşılması gereken şey ise devlet mahkemelerinde uygulanan usul kuralları gibi tahkime ilişkin usul kurallarıdır. Bunlar arasında tarafların cevap ve beyanları ile delillerini bildirme süreleri, tarafların başvurabileceği deliller, tarafların arasında yapılacak iletişimin ve duruşmaların şekli gibi konuları kapsamaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve New York Sözleşmesinde kesin veya takdiri delil ayrımı yapılmadığı gibi delil sınırlandırılması da getirilmemiştir²¹⁴

Tahkim kurumunun özgürlükçü yapısını da gözeterek New York Sözleşmesine göre hakem veya hakem kurulunun seçilmesi veya hakemlik prosedürü taraflar arasında anlaşma var ise bu anlaşmaya uygun olması gerekecektir. Taraflar yapmış oldukları tahkim sözleşmesi veya şartında hakem mahkemesinin teşekkülü ve tahkim usulünü kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda hakem mahkemesinin teşekkülü ve tahkim usulü taraflar arasındaki anlaşmaya

²¹⁴ HACİBEKİROĞLU, E. , a. g. e. , s. : 80.

uygun olmak zorundadır. Taraflar arasındaki anlaşmaya aykırılıklar davalı tarafından ispat edildiği takdirde tanıma ve tenfiz talebi reddedilecektir.

Taraflar usul kurallarını ve delillerin nelerden ibaret olduğunu, başka bir ifade ile hakemlik prosedürünü kararlaştırırken, adil yargılanma hakkı; taraflara eşit davranma; iddia ve savunma hakkı tanınma ilkesi; tarafsız ve bağımsız hakemler önünde yargılanma haklarından vazgeçmeyecek şekilde anlaşmaları gerekecektir²¹⁵

Taraflar tahkim sözleşmesi veya şartında hakem mahkemesinin teşekkülü ve tahkim usulünü kararlaştırmamış olabilirler. Bu durumda New York Sözleşmesine göre tahkim yeri hukuku uygulanacaktır. Hakem mahkemesinin teşekkülü ve tahkim usulü tahkim yeri hukukuna aykırı ise bu husus davalı tarafından ispat edildiği takdirde tanıma ve tenfiz talebi reddedilecektir.

(d) Hakem Kararının Bağlayıcılığı Olması Ve İptal Veyahut İcrasının Geri Bırakılmasına Karar Verilmemiş Olması

New York Sözleşmesi'nin V/1-e maddesi gereğince hakem kararı taraflar için bağlayıcı olmamış olur veya kararın verildiği ülke kanunu yahut tabi olduğu kanuna göre yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmün icrası geri bırakılmış olduğu davalı tarafından iptal edilir ise hakem kararının tanınması veya tenfiz istemi reddedilecektir.

New York Sözleşmesi ile kabul edilen bağlayıcılık kavramı milletlerarası ticari tahkim ve uluslararası ticaretin güvenliğinin ihtiyaçlarından doğmuştur. Çünkü New York Sözleşmesi kabul edilmeden önce hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda mevcut milletlerarası ticari tahkim müessesinde 1927 Tarihli Cenevre Protokolü bulunmaktaydı. Cenevre protokolüne göre hakem kararının tanınması ve tenfiz edilebilmesi için kararın tahkim yerinde kesinleşmiş olması şartı aranmaktaydı. Tahkim yerinde kesinleştirilmeyen hiçbir hakem kararının tanınması ve tenfizi mümkün değildi. Bu durum ise hakem kararının öncelikle tahkim yeri mahkemesine ibraz edilerek iptal veya itiraz ile temyiz süreçlerinden geçmesini ya da bu yollara başvurulmadığının ve kararın kesinleştiği şerhinin alınmasını gerektirmekteydi. Hakem kararı tahkim yeri mahkemesinde kesinleştikten sonra ise tanıma veya tenfiz ülkesinde tenfiz şartları açısından değerlendirilerek ayrı bir yargılamaya tutulmasına neden olmaktaydı. Sonuç olarak ise devlet mahkemeleri yerine hızlı ve güvenli olması açısından tercih edilen tahkim kurumunu amacından uzaklaştırmakta ve uluslararası ticarete milletlerarası ticari tahkime güven unsuru kaybedilmekteydi.

New York Sözleşmesi hakem kararının öncelikle tahkim yeri mahkemesi denetiminden geçirilmesi şartını ortadan kaldıracak adına bağlayıcılık kavramını düzenlemiştir. Bağlayıcılık kavramından anlaşılması gereken ise son mahkeme içtihatları gerekse bilimsel görüşe göre: “...hakem kararları, verildikleri anda tahkim mekanizmasının kendi iç kurallarına göre ikinci ya da üst bir hakem mahkemesi veya mahkemeleri tarafından esastan veya usulden gözden geçirilmesi mümkün değilse veya karar bu yollardan geçmiş ise, taraflar açısından V/1-e maddesi anlamında²¹⁶” karar bağlayıcıdır ve tanıma veya tenfiz kararı vermek gereklidir.

Tahkim mekanizmasının kendi iç kurallarına göre ikinci ya da üst bir hakem mahkemesi veya mahkemeleri tarafından gözden geçirilip geçirilemeyeceği tarafların iradesi

²¹⁵HACİBEKİROĞLU, E. , a. g. e. , s. :36-54.

²¹⁶ŞANLI, U. T. A. H. U. Ç. Y. s. : 358.

doğrultusunda belirlenecektir. Taraflar mesela kurumsal tahkim mekanizması öngörmüş iseler bu durum kurumsal tahkim mekanizmasının işleyişine göre belirlenecektir. Çoğu kurumsal tahkim mekanizmasında itiraz yolları düzenlenmiş olduğundan bu yollar tüketildiğinde ya da tüketilmesi için gereken süre kaçırıldığında veyahut bu yolların tüketilmesinden feragat edildiğinde karar taraflar için bağlayıcılık kazanacaktır. Taraflar arasında kurumsal tahkim mekanizması kararlaştırılmamış ve tahkim kararına itiraz yolu tahkim şartı veya sözleşmesinde düzenlenmemişse, tarafların hakem kararı ile kendilerini bağlı kabul ettiği varsayılarak hakem kararının bağlayıcı olduğu kabul edilmesi gerekecektir²¹⁷.

Gerçekten 1927 Tarihli Cenevre Protokolünden sonra 1958 Tarihli New York Sözleşmesi ile tanıma ve tenfiz kurumunun yaygınlaşması amaçlanmıştır. Bu düşünce ile New York Sözleşmesi yorumlandığında bağlayıcılık kavramından kararın verildiği ülke yahut tarafların anlaşması ile tahkime uygulanacak hukuka göre temyiz, itiraz veya iptal yollarının açık olması o kararın bağlayıcı olmadığını göstermemesi gerekir.

New York Sözleşmesinin V/1-e maddesinde kabul edilen tanıma ve tenfiz engeli teşkil eden bir başka husus ise kararın verildiği ülke kanunu yahut tabi olduğu kanuna göre yetkili bir makam tarafından iptal veya hükmün icrası geri bırakılmış olduğu davalı tarafından iptal edilir ise hakem kararının tanınması veya tenfiz istemi reddedilecektir.

Bu düzenlemeye göre taraflar arasında tahkime uygulanacak hukuk kuralları var ise bu kurallara göre, yok ise tahkim yeri hukukuna göre hakem kararı hakkında iptal kararının verilmiş olduğunun yahut hükmün icrasının geri bırakma kararı verildiği davalı tarafından ispat edildiği takdirde hakem kararı hakkında tanıma veya tenfiz talebinin reddedileceği düzenlenmiştir. Burada her ne kadar iptal kararı veya icrasının geri bırakma kararının davalı tarafından ispat edilmesi tanıma veya tenfiz talebinin reddedilmesi için yeterli kabul edilse de mahkeme tarafından red kararı verilmeden önce iptal veya icranın geri bırakma kararına karşı tüm yasal yolların tüketilmesi yahut bu kararların kesinleşmesine kadar mahkemenin bu durumu bekletici mesele yapmasında fayda vardır.

Bir başka husus ise hakem kararı hakkında iptal kararının verilmiş olduğunun yahut hükmün icrasının geri bırakma kararı verilmesi tek başına tanıma ve tenfiz talebinin reddine karar verilmesine yeterli kabul edildiği takdirde her ülkenin kendi mahalli ihtiyaçlarına göre bu kararları rahatça vermek suretiyle milletlerarası ticari tahkimin amacı ve uygulanmasının ortada kaldırılması hali ortaya çıkabilecektir. Bu durum ise uluslararası ticarete olan güveni azaltacağı gibi milletlerarası ticari tahkimi işlemez hale de getirebilecektir. Doktrin tarafından genel kabul görmüş anlayışa göre mahalli hukukun ihtiyaçları veya bazı önemsiz şekil şartlarının yerine getirilmemiş olmasından ötürü verilmiş bulunan hakem kararlarının iptali veya icrasının geri bırakma kararına rağmen hakem kararının tanınması veya tenfizine karar verilebilecektir²¹⁸.

İngiliz Hukukuna göre tahkim yeri İngiltere olan tahkim yargılamasına farklı bir ülkenin usul kurallarının uygulanması kararlaştırılmış olsa dahi İngiliz emredici hukuk kurallarına aykırı olarak karar verilemez²¹⁹. Türk Hukukuna göre ise tahkim yeri İngiltere olan bir uyuşmazlıktan usul yahut esas kuralları olarak farklı bir ülkenin ya da kurumun

²¹⁷ ŞANLI, U. T. A. H. U. Ç. Y. s. : 364.

²¹⁸ KALPSÜZ, T. M. T. , s. : 246, ŞANLI, U. T. A. H. U. Ç. Y. s. :365, AKINCI, Z. :Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994 s. : 152.

²¹⁹MERKIN, R. , Arbitration Act 1996: An Annotated Guide, London/New York/Hong Kong: LLP 1996, s. :19, ERTEN, a. g. e. s. :547.

kurallarının uyuşmazlığa uygulanması kararlaştırıldığında İngiliz Hukukunun emredici hukuk kuralları göz önüne alınmaz. Tahkim yerinin İngiltere’de olmasına rağmen İngiliz hukukun emredici hukuk kurallarına aykırı olması sebebiyle geçerli olmayan bir karar, Türk hukukuna göre geçerli olup bağlayıcılık teşkil edebilecektir. Bu durum da ise kararın sırf İngiliz Hukukunun emredici kurallarına aykırı olması sebebiyle tanıma ve tenfiz engeli taşıdığı söylenemeyecektir.

(e) Tanıma Veya Tenfiz İstenilen Ülkenin Hukukuna Göre Kararın Tahkime Elverişli Olması

Tahkime elverişlilik bir uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilmeye imkanını ifade eder. Tahkim devlet mahkemelerine göre istisnai bir yoldur ve her türlü uyuşmazlıkta tahkim yoluna gidilemez. Genel olarak bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olması tarafların iradesine tabi olması anlamına gelecektir. Tarafların serbest iradeleri ile tasarruflarda bulunabildiği konuların tahkim yolu ile çözülebilir. Taraflar serbest iradeleri ile belirli uyuşmazlıklarda tasarruflarda bulunabildiklerine göre ; bu konuda karar verme yetkisini devlet mahkemeleri yerine hakem veya hakem kuruluna devredebilmesi özel hukukun mantığı içerisinde tüm yargılama sistemlerinde kabul edilebilir bir olgudur.

Tarafların serbest iradeleri ile tasarruflarda bulunabileceği tüm konuların tahkime elverişli olduğu da söylenemez. Her ne kadar tarafların serbest iradeleri ile tasarruflarda bulunabileceği konular olsa da kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyen ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruflarda bulunabileceği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olacağı söylenebilir.

Mesela iş akti sona ermesi sebebiyle bir takım hakları doğan bir işçi her ne kadar bu hakları üzerinde serbestçe tasarruflarda bulunabilse bile tahkim sözleşmesinde bu uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceği kararlaştırılmış olsa da kamu düzeni anlayışı sebebiyle uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı söylenebilecektir. Yine sosyal ve ahlaki gerekçelerle kabul edilen boşanma, nesep, ayrılık veya iflas davaları kamu düzeni ile ilişkili olduğundan tahkime elverişli değildir²²⁰. Burada belirlenecek kamu düzeni kavramı tenfiz talep edilen ülkenin kamu düzeni anlayışıdır. Ancak bu anlayışın iç hukuktaki gibi geniş yorumlanmaması, uluslararası ticaretin ve milletlerarası ticari tahkimin gereklerine uygun olarak dar yorumlanması gerekecektir.

Türkiye açısından değerlendirirsek; New York Sözleşmesi onaylanırken ticari işler konusunda sözleşmenin uygulanacağı çekincesi konulmuştur. Bu sebeple Türk Hukukuna göre özellikle TTK 3.ve 19. Maddesine göre ticari iş sayılmayan uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararları zaten New York Sözleşmesi kapsamında tanınması veya tenfizinin yapılması mümkün olmayacaktır.

New York Sözleşmesine göre tanıma veya tenfiz talebi hakkında karar verecek hakim tahkime elverişlilik hususunu araştırmadan uyuşmazlığın ticari iş olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Zira tahkime elverişlilik hususu hakimin tanıma veya tenfiz kararı vermeden önce kendiliğinden araştırması gereken bir konudur. Hakim taraflardan biri itirazda bulunmasa veya bu hususu ispat edemezse dahi tahkime elverişli olmayan bir hakem kararının tenfizi veya tanınmasına karar veremeyecektir.

²²⁰ ŞİT, a. g. e. , s. : 217.

Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanununun 1.maddesi gereğince: “Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradesine tabi olmayan “ uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Yine HMK 408.maddesine göre: “Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar” tahkime elverişli değildir.

O halde ticari iş sayılan, taşınmaz mallar üzerinde aynı haklara ilişkin olmayan ve uyuşmazlığın tarafların serbest iradesine bırakılmasının kamu düzenine aykırı olmayan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği konuların New York Sözleşmesi gereğince tahkime elverişli olduğu söylenebilecektir.

(f) Tanıma Veya Tenfiz İstenilen Ülkenin Hukukuna Göre Kararın Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

New York Sözleşmesinin V/2-b maddesi gereğince hakem kararının tanıma veya tenfiz istenilen ülkenin hukukuna göre kamu düzenine aykırı olması halinde tenfiz veya tanıma talebi reddedilecektir. Hakim tanıma veya tenfiz talebiyle önüne gelen bir davada kendiliğinden, diğer tanıma ve tenfiz taleplerinden farklı olarak taraflardan birinin ileri sürmesi ve ispat etmesine gerek olmaksızın hakem kararının kamu düzenine uygunluğunu denetlemekle yükümlüdür.

Kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiği ise tespiti zor bir husustur. Ancak genel olarak burada bahsedilen kamu düzeninden “milletlerarası kamu düzeni” kavramının anlaşılması gerektiğini ileri süren görüş bulunmaktadır²²¹. Zira hakim milletlerarası ticari tahkimin kendine özgü yapısı ile uluslararası ticaretin gereklerine göre dünyada genel kabul görmüş kamu düzeni anlayışına göre yorum yapılması gerekecektir.

İç hukukta kamu düzeninden ülkenin sosyal ve ekonomik ihtiyaçları, genel ahlak ve sağlık gibi kriterler esas alınsa da milletlerarası ticari tahkimde mahalli ihtiyaçlar ve düşünce biçiminden ziyada uluslararası ihtiyaçlar ve küreselleşen dünyanın liberalleşen anlayışına göre kamu düzeninin belirlenmesi gerekecektir. Aksi takdirde milletlerarası ticari tahkim kurumunun amacı olan uluslararası ticaretin yapılması ve gelişmesinin önü kesilmiş olacaktır. Milletlerarası kamu düzeni, milli kamu düzeni anlayışıyla değerlendirilmesi halinde ise milletlerarası tahkimin sağladığı fayda ve avantajlar gerçekleşmeyecek ve tanıma ve tenfiz engelleri sebebiyle devlet mahkemeleri yargılamalarına göre tahkim kurumu işleyişini yitirecektir.

Başka bir görüşe göre ise Fransız hukukunda milli ve milletlerarası kamu düzeni kavramı ayrımı yapılmasına karşın, Türk hukukunda böyle bir ayrım olmadığından Türk kamu düzeni anlayışının milletlerarası ticari tahkimin ihtiyaç ve gerçekleri çerçevesinde daha esnek yorumlanması gerekmektedir²²².

Nomer, milletlerarası özel hukuk anlayışında kabul edilen ve devlet mahkemesi kararlarına uygulanması kabul görmüş milletlerarası kamu düzeni kavramına göre hakem kararlarına uygulanacak milletlerarası kamu düzeni anlayışının daha dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir²²³. Zira Nomer’e göre; yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu

²²¹ ŞİT, a. g. e. s. : 217.

²²² ÖZEL, S. , a. g. e. , s. : 174-177.

²²³ NOMER, E. , Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2000, s. : 564.

düzeni daha zayıf bir müdahale gücüne sahip olup, bu özellik tahkimin akti karakterinden kaynaklanıp hakem kararının daha esnek ölçülere göre denetlenebilen yapısından kaynaklanmaktadır²²⁴. Zira hakem yargılaması tarafların iradesine dayandığı için devlet mahkemelerindeki gibi kamu yararına hizmet unsuru bulunmadığından devlet mahkemeleri algısı içerisinde kamu düzeni anlayışının belirlenmemesi gerekmektedir²²⁵.

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin kamu düzeni açısından değerlendirilmesinde hem maddi hukuka hem de usule ilişkin kamu düzeni kavramının değerlendirme konusu yapılmalıdır²²⁶.

Maddi hukuka ilişkin kamu düzeni kavramından tanıma veya tenfiz ülkesinin maddi hukuku değil, tanıma veya tenfiz istenilen ülkenin maddi hukukunun dayandığı genel ilkeler ve temel prensiplerin anlaşılması gerekmektedir²²⁷. Farzı mahal Uyuşturucu ticaretine ilişkin sözleşme yapılması ve bu konuda çıkacak uyuşmazlığın hakem kararına dayanarak çözülmesi sonucunda ortaya konulan hakem kararının Türk Maddi hukukuna ilişkin kamu düzeni anlayışına aykırı olduğu söylenebilecek ve bu hakem kararı hakkında talep edilen tanıma veya tenfiz istemi hakim tarafından reddedilecektir²²⁸. Maddi hukuka ilişkin kamu düzeni kavramından bazı yazarlar ise hakem kararının içeriğinin maddi hukukun kamu düzeni anlayışına uygun olması gerektiğini belirterek bahsetmekte ve mesela karar muhtevasında farklı isimlerle gizlenmiş olsa da bir kumar veya rüşvet alacağı, ülkelerin ve özellikle tenfiz devletinin gümrük ve kambiyo rejimine ilişkin kanuna karşı hile teşkil eden edimlere ilişkin anlaşmazlıklar hakkında verilen hakem kararının kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmektedir²²⁹.

Gerçekten Yargıtay 11.H.D. 24.02.2006 tarih ve 2005/3953 E. ,2006/1858 K. Sayılı kararında :”... taraflar arasındaki sözleşmenin uygulanması aşamasında, Hakem kararıyla davacı Ortak Girişime iadesine karar verilen vergilerin, sorumlusu, yükümlüsü, ödenip ödenmediği, olayda vergi mevzuatına aykırılık, vergi kaçırmaya, hileli ve muvazaalı işlemlere ve örtülü kazanç elde etmeye yönelik bir durumun söz konusu olup olmadığı...vergilerin ödenmesiyle ilgili bu kararlaştırmanın, taraflar arasındaki sözleşmenin icrası aşamasında da uygulanıp uygulanmadığı...olayda yabancı hakem kararının tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilmek suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna göre yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı²³⁰” olduğu gerekçesi ile direnme kararı veren yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay kanuna karşı hile yolu ile bir devletin vergi yükümlülüğü ile ilgili bir konuda tahkim yolu ile kaçınılmasının kamu düzenine aykırı olduğu kanaatine varmıştır.

Kamu düzeni anlayışıyla usule ilişkin hakem kararına müdahale edilmesi ise kararın içeriği ile ilgili değil, hakem veya hakem kurulunun seçimi; tarafların eşitliği; adil yargılanma hakkı ve hakem veya hakem kurulunun bağımsız ve tarafsızlığı ile gibi konularla ilgilidir²³¹. Başka bir ifade ile hakem kararının alınması sırasında göz ardı edilen usul kurallarının tanıma veya tenfiz istenilen ülkenin usule ilişkin kabul görmüş, genel ilke ve kuralları ile belirlenmiş

²²⁴ NOMER, Y. H. K. T. K. D. M. , s. : 564-561.

²²⁵ ŞİT, a. g. e. s. : 218, NOMER, Y. H. K. T. K. D. M. , s. :566

²²⁶ ŞİT, a. g. e. s. : 219.

²²⁷ NOMER, Y. H. K. T. K. D. M. , s. :563.

²²⁸ NOMER, Y. H. K. T. K. D. M. , s. :562. , ŞİT, a. g. e. s. : 219.

²²⁹ ŞANLI, U. T. A. H. U. Ç. Y. s. :373.

²³⁰ C. İ. B. , <http://www.corpus.com.tr>.

²³¹ NOMER, Y. H. K. T. K. D. M. , s. :565.

kamu düzeni anlayışına aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir. Aksi takdirde hakim, New York Sözleşmesinin V/2-b maddesi gereğince tanıma veya tenfiz talebini reddecektir.

SONUÇ

Uluslararası ticaret ve bu ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar, uluslararası ticari hayatın gerçekleri ile bağdaşan uluslar üstü nesnel kurallar ile çözülmek zorundadır. Uluslar üstü nesnel kuralların belirlenmesi, ülkelerin göreceli yapısından uzaklaşarak evrensel kuralların oluşturulması ile mümkündür. Uluslararası alanda kurallar oluşturulurken en son değişim ve gelişmeler, uluslararası kamu düzeni ile örf ve adetlerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Dünyadaki ülkeler model nitelikteki uluslar arası metinleri ülkelerinde yasalastırmak suretiyle uluslar arası hukukun geçerliliğine katkı sağlamaktadır. Ülkemizde yürürlükte bulunan Milletlerarası Tahkim Kanunu UNCITRAL Model Kuralları örnek alınarak yasalaşmıştır. Türkiye açısından Milletlerarası Tahkim Kanununun kabul edilerek yürürlüğe girmesi uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü açısından oldukça önemli bir adımdır. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmeden önce milletlerarası ticari tahkimi düzenleyen herhangi bir kanun kabul edilmemişti. Ne var ki; Milletlerarası Tahkim Kanununun bazı maddeleri mehaz kaynak UNCITRAL Model Kurallarından hatalı çevrilmiş, bazı maddeleri de değiştirilerek yasalaşmıştır. Yine zamanla Milletlerarası Tahkim Kanunu da eskimiş ve bazı maddelerinin artık değiştirilmesi gerekli hale gelmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe girmekle Türkiye’de tahkim kurumunun işleyişi gelişme gösterdiği tartışmasızdır. Ancak uluslararası ticaretin gelişmesi ve tahkim kuruma tam güvenin sağlanması için kanunun yeterli olduğu söylenemeyecektir. Bu konuda 1 Mayıs 2011 tarihinde Fransa’da yürürlüğe giren Milli ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu Türkiye açısından yol gösterici olabilecektir. Milletlerarası Tahkim Kanununda yapılacak değişikliklerle uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak tahkim kurumunun gelişmesi ve yaygınlaşması ülkemiz açısından da mümkün hale gelebilecektir.

Bilindiği gibi uluslararası ticari uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulmasının bir nedeni de yargılamaların kısa süreli olmasıdır. Ancak ülkemizde Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi olarak verilen hakem kararları hakkında iptal davası açılması durumunda tahkim yargılaması oldukça uzamaktadır. Zira iptal davası öncelikle yerel mahkemede görülmekte, ardından yerel mahkemece verilen karar Yargıtay tarafından temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Böylelikle hakem kararı üçlü yargılama aşamasından geçmektedir. Yargılama ilk aşamada hakem önünde yapılmaktadır. Daha sonra Hakem kararına karşı yerel mahkemede iptal davası açılmakta ve son olarak da Yargıtay’da temyiz incelemesine tabi tutulmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanununda değişiklik yapılarak hakem kararları hakkında doğrudan temyiz yoluna başvurulması öngörülerek bu sürenin kısaltılması mümkündür.

Milletlerarası Tahkim Kanuna göre hakem kararına karşı iptal davası açılması kendiliğinden hakem kararının icrasını durduracaktır. Böyle bir durumda öncelikle yerel mahkeme, akabinde temyiz mahkemesinin incelemesi tamamlandıktan ve karar kesinleştikten sonra hakem kararı icra kabiliyetini kazanabilecektir. New York Sözleşmesine göre yabancı hakem kararının tanınması veya tenfizi için kararın kesinleşmesi şartı bağlayıcı olması yeterli iken Milletlerarası Tahkim Kanununda hakem kararına karşı iptal davasının açılmasının doğrudan kararın icrasını durdurması tahkim kurumunu işleyemez hale getirmektedir.

Türkiye’de tahkim kurumunun bu gerçeğinden yola çıkarak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun iç tahkime ilişkin düzenlemesinde hakem kararına karşı açılacak iptal davalarının, hakem kararının icrasını durdurmayacağı kabul edilmiştir. O halde; mevcut hukuk sistemimiz iç tahkimde hakem kararının icra kabiliyetine hız kazandırmış iken milletlerarası tahkim açısından durum hala tahkim kurumuna olan güvensizlik çerçevesinde işlemektedir.

Bununla birlikte Türkiye’nin New York Sözleşmesine taraf olması ile birlikte yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uluslararası standartlara ulaşılması, uluslararası ticareti gelişmesine önemli katkılar sağlamaktadır. Dünyanın hemen tüm ülkelerinin kabul etmiş olduğu New York Sözleşmesi gereği, uluslararası alanda tahkim yargılaması ve hakem kararı gerçek bir devlet mahkeme kararı gücüne ulaşmıştır. New York Sözleşmesine taraf devletler bakımından hakem kararın tanınması ve tenfizi için karşılılık şartının yerine getirilip getirilmediğinin araştırılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu yönü ile hakem kararının devlet mahkemeleri kararından daha etkili ve kolay icra edilebilir olduğu söylenebilecektir.

Uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak milletlerarası ticari tahkim yolunun tercih edilmesi ve bu kurumun yaygınlaşması ile uluslararası şirketler ile yabancı yatırım ve sermayenin de ülkemizde yaygınlaşması sağlanacaktır. Dolayısıyla uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözüm yolu ile tahkim kurumunun gelişmesi, ülkemizin ekonomisinin de gelişmesi sonucunu doğuracaktır.

KAYNAKÇA

GENEL ESERLER

- AKINCI, Z. :Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007
- AKINCI, Z. :Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994
- ALİBABA, A. :Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara 2005
- ARAL, V. :Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1985
- ARKAN, S. :Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2001
- BERG, A.J :The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation, Antwerp 1981, s : 204
- COLLINS, L. :Provisional and Protective Measures in International Litigation , Recueil Des Cours, 1992 (234), III
- ÇEVİK, K. :Ekonomi Hukuku Yaklaşımı İle Banka Hukuku, Ankara 2007
- DAYINLARLI, K. :Loi De Reforme En France En Arbitrage Interne Et Interne Et International-Fransa'da Milli-Milletlerarası Tahkim Kanunu Reformu, Ankara 2011
- EKŞİ, N. :4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2009
- EKŞİ, N. :Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2006
- EREN, F. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt : 2 , İstanbul 1999
- ERTEKİN, E. / KARATAŞ, İ. :Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara 1997
- FRASER, D. :Arbitration of International Commercial Disputes under English Law, American Review of International Arbitration, 1997, Vol. 8
- GÜRBÜZ, A. :Hukuk ve Meşruluk, İstanbul 1998
- GÜNDÜZ, A. :Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler- Örnek Kararlar)

- ,İstanbul 2000
- HACİBEKİROĞLU, E. :Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 2012
- HUNTER, M. / LANDAU, T. :The English Arbitration Act 1996: Text and Notes, The Hague: KluwerLaw International 1998
- İNAL, T. :Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009
- KAPLAN, Y. :Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002
- KALPSÜZ, T. :Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010
- KALPSÜZ, T. :Adalet Bakanlığı Hukuk Muhakemeleri Usülü Kanunu Tasarısında İç Tahkim(m411-448) Paneli,Ankara,2007
- KALPSÜZ, T. :Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2008
- KALPSÜZ, T. :Hakem Kararlarının Milliyeti, Ankara 1978
- KALPSÜZ, T. : Gemi Rehni, Ankara 2001
- KANETİ, S. :İsviçre Federal Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, Ankara 1968
- KARADENİZ – ÇELEBİCAN, Ö. :Roma Hukuku, Ankara 2000
- KÖKSAL, T. :Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku, Ankara 2011
- KURU, B. /ARSLAN, R.
YILMAZ, E. :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004
- MERKİN, R. :Arbitration Act 1996: An Annotated Guide, London/New York/Hong Kong: LLP 1996
- NOMER, E. , EKŞİ, N.
GELGEL, G. :Milletlerarası Tahkim Hukuku, İstanbul 2008
- OĞUZMAN, K. , BARLAS, N. , :Medeni Hukuk, İstanbul 2000
- OĞUZMAN, K. , SELİÇİ, Ö. : Eşya Hukuku, İstanbul 1992
- ÖZEKES, M. :Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011
- ÖZEL, S. :Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008

- PEKCANITEZ, H./ATALAY, O.
ŞANLI, C. :Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002
- PEKCANITEZ, H. :Medeni Yargıda Adil Yargılanma, Ankara 1997
- PEKCANITEZ, H. , ATALAY, O. ,
ÖZEKES, M. :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011
- PELLONÄÄ, M.-
CARON, D.D. :The UNCITRAL Arbitration Rules as Interpreted and Applied, Helsinki 1994.
- PIERSON, C. :Modern Devlet (The Modern State) , Çev. : Dilek Hattatoğlu , 2000 İstanbul
- RADO, T. :Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1997
- REİSOĞLU, S. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2004
- RUBINS, N. :In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration, American Review of International Arbitration, 2000, Vol. 11,
- SUR, M. :Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul 2006
- ŞANLI, C.
Hukuk, Ankara 1986 :Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak
- ŞANLI, C. :Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2011
- ŞİT, B :Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2005
- TAŞKIN, A :Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1999
- TANRIVER, S. :Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Ankara 1998
- TELLİ, S. :Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumsallaşması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1991, s. : 3
- TOSUN, N. , Z. :Milletlerarası Ticaret Odası(ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Ankara 2009

TURHAN, T. /
BAYRAKTAROĞLU, G. /
SİRMEN, S. /
ERTEN, R. /

:Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler,
Ankara 2002

TÜRKBAL, A.

:İktisada Giriş, Erzurum 2000

ÜSTÜNDAĞ, S.

:Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2000

ÜÇOK, Ç. , MUMCU, A. ,
BOZKURT, G.

:Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1999,

TEZLER VE MAKALELER

- AKİL,C. :Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hakim Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12. 2008 Gün Ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili (Evolution of the Turkish Court of Cassation's Decision 24.12.2008 dated and numbered E. 2008/4-337 E., 2008/766 K. on whether the Courts are bound by the Expert Reports), AÜHFD, 60 (3) 2011
- AKİL, C. (Çev.) :Alman Federal Temyiz Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 27.3.2001 Tarihli Kararı (The Decision of The 6th Civil Chamber of The German Federal Court of Appeal Dated 27.03.2001), AUHFD, 60 (2) 2011
- AKKURT, S. S. :Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri, AUHFD, 60 (1) 2011
- BİRSEL, M.T. :Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Taslaklar-Bildiriler-Tartışmalar, C.II, Ankara 1999.
- BEYAZIT, A. :Milletlerarası Ticaret Odasının Yapısı ve İşleyişi, Ankara 2010
- Mekteb-i Hukûk Mecelle Muallimlerinden CEMALEDDİN
Çev: Seda ÖRSTEN ESİRGEN :Mukayese-İ Kavânîn-İ Medeniyye Mecelle-İ Ahkâm-I Adliyye-Fransa Kanûn-I Medenisi Kitâb'ül-Büyû' - *The Comparison of Civil Laws Mecelle-French Code Civil The Book of Sales-* , AÜHFD, 61 (2) 2012
- ERTEN, R. :İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri, AÜHFD 58 (3) 2009
- GÜNAY, M. :Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Tahkim Yargılama Usulü, Adalet Dergisi, Sayı:33, Ocak 2009
- KAYA,T. :Uluslararası Hukuk bölünüyor mu? Uluslararası Hukukun Genişlemesi ve Farklılaşmasından Kaynaklanan Zorluklar, Talat KAYA AUHFD, 61 (1) 2012
- KONURALP, C. S. :Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Doktora Tezi, İstanbul 2011 (<http://tez2.yok.gov.tr/>)

- NOMER, E. :Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, İstanbul 2000
- SADRULEŞRAFI,H.A. :Türk 'Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Düzenlemeler ile Uygulamalar Hakkındaki Görüşler Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,Cilt 9 ,Sayı 1, İzmir 2007
- TARMAN, Z. D. :Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, AUHFD, 59 (3) 2010
- VERBIST, H. / IMHOOS, C. :The New 1998 ICC Arbitration Rules, <<http://www.imhooslaw.ch/doc/ICCNewRules.pdf>>, (20.04.2009)

<http://www.iccwbo.org/policy/id3237/index.html>

<http://www.corpus.com.tr/>

ÖZGEÇMİŞ

1983 yılında Adana'da doğdu. İlk, orta ve lise eğitimlerini Adana'da tamamladı.2000-2001 yıllarında Dicle Üniversitesi Hukuk fakültesinde okuyarak, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin en yüksek not ortalamalı öğrencisi olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne yatay geçiş yaptı.2001-2004 yıllarında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde okuyarak hukuk ön lisans eğitimini yüksek not ortalaması ile bu üniversitede tamamladı.2006 yılından beri Adana'da avukatlık yapmaktadır. Ulusal ve uluslararası pek çok şirket ve kurumun hukuk danışmanlığı ve avukatlığını yürütmektedir.

Hukuk ve iş faaliyetlerinin dışında; edebiyata olan ilgisi dolayısıyla *Hayal* ve *Turunç Sanat* gibi ulusal ve yerel edebiyat dergilerinde öykü ve şiirleri yayımlandı ve halen yayımlanmaktadır. Dünyanın pek çok ülkesine yapmakta olduğu seyahatler ile dünyayı keşfetme ve anlamaya çalışmaktadır. Belki de bu yüzden uluslararası olan her şey ilgisini çekmektedir.

İLETİŞİM BİLGİLERİ:

ATA KARAZİNCİR

ADRES: T.CEMAL BERİKER BULVARI
ÇINARLI MAHALLESİ GİZERLER İŞ MERKEZİ KAT 9,
NO: 29, SEYHAN/ADANA

atakarazincir@hotmail.com

TEL: 0322 456 07 17
0322 456 18 71