

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU UYARINCA
İPTAL DAVASI

Şule Gültek

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Yaşar Can GÖKSOY

2011

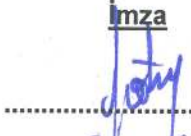
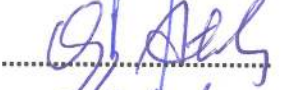
YÜKSEK LİSANS
TEZ/ PROJE ONAY SAYFASI

2008800298

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Şule GÜLTEK
Tez Başlığı : Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası

Savunma Tarihi : 26.08.2011
Danışmanı : Yrd.Doç.Dr.Yaşar Can GÖKSOY

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Yrd.Doç.Dr.Yaşar Can GÖKSOY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oğuz ATALAY	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Oğuz SANCAKDAR	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	

Oybirliği (A)

Oy Çokluğu ()

Şule GÜLTEK tarafından hazırlanmış ve sunulmuş "Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası" başlıklı Tezi() / Projesi() kabul edilmiştir.

Prof.Dr. Utku UTKULU
Enstitü Müdürü

Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

.../.../...

Şule GÜLTEK

İmza

ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca İptal Davası
Şule Gültek

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tezli Yüksek Lisans Programı

Tahkim, tarafların bu yola başvurmak hususunda irade mutabakatı sağlaması sonucu, kanunen tahkimle halline cevaz verilen konularda meselenin yargı sistemine dahil edilmeksizin, özel kişilere uyuşmazlığın çözümüne dair yetki verilmesi ve kural olarak kesin, icrai ve bağlayıcı bir karara varılması olarak tanımlanan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Taraflarca tahkim kuralları, tahkim dili, hakemler ve tahkim yeri gibi hususlar tahkim anlaşması ile ya da daha sonra serbestçe belirlenebilmektedir.

Türk hukuku bakımından milletlerarası tahkim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiş; bu hususta ülkemizde birçok milletlerarası sözleşmeye taraf olunmuştur. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, söz konusu Kanun, “yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği” veya “bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır.

Milletlerarası tahkim, birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlandırılabilen uyuşmazlık konusunun bulunduğu, usuli meselelerin hallinde en az bir yabancı hukuk sisteminin müdahil olabileceği ve belirli bir hukuk sistemine bağlanamayan tahkimdir. Hakem kararının nitelendirilmesinde kararın tabi olduğu hukuki rejimden hareket edilecek ve tahkim usulüne uygulanan hukukun *lex fori* olması durumunda “yerli” hakem kararı, *lex fori* dışında bir

hukuk olması halinde ise “yabancı” ya da “milletlerarası” hakem kararı söz konusu olacak ve tanıma ve tenfiz yapılması gerekecektir.

Milletlerarası tahkimin niteliği gereği hakem kararının esasını inceleme yasağı bulunduğundan oldukça sınırlı ve şekli sebeplere binaen hükmün iptali istenebilecektir. İptal davası yoluna başvurulabilecek haller Kanun’da sınırlı şekilde sayılmıştır. Tahkim sonucu verilen karar aleyhine olan taraf iptal davası açmaz ya da iptal davasını kazanamazsa, artık tek yol hükmün tenfizine karşı koymaktır. Yani, kaybeden tarafın ilki iptal davası bakımından yetkili mahkeme, diğeri tenfiz yeri mahkemesi olmak üzere iki merci nezdinde hakem kararına karşı koyma imkanı vardır.

Tahkim yargılaması sonucu varılan hüküm, devlet mahkemelerinin yargılaması sonucu varılan hüküm gibi bağlayıcı ve icrai olduğundan, kural olan hakem kararlarının daha üst bir mahkemede tekrar incelenmemesidir. Milletlerarası uygulamada, kararın tenfiz edilmemesi için iptal davasının açılması yeterli olmayıp, kararın verildiği ya da tahkimin tabi kılındığı ülke mahkemesi tarafından hükmün “iptal edilmiş” olması aranmaktadır. Oysa, Milletlerarası Tahkim Kanunu bundan farklı bir yol benimsemiş, 15/a hükmünde iptal davası açılmasının hakem kararlarının icrailiğini kendiliğinden durduracağı belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Tahkim Sözleşmesi, Hakem Kararı, İptal, Tahkime Elverişlilik, Yabancılık Unsuru, Bağlayıcı, İcrai.

ABSTRACT
Master's Thesis
Action to Set Aside the Arbitral Award According to the
International Arbitration Act
Şule Gültek

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

Arbitration is an alternative dispute resolution method that in cases accepted as arbitrable, the parties mutually agree to submit the dispute to impartial individuals for the resolution outside the courts and getting a definite, executive and binding award in principle. The matters as the arbitration rules, language of the proceedings, arbitrators and the seat of arbitration can be determined freely by the compromise or later on.

In terms of Turkish law, arbitration has been regulated by the International Arbitration Act No: 4686 of 2001. The Government of the Republic of Turkey has become a party to many international agreements about this issue. According to the Article 1, paragraph 2 of the Arbitration Act, the said Act is applicable for the disputes which has a “foreignness element” in case that the seat of arbitration is in Turkey or when the provisions of the said act is chosen to be applied by the parties or the arbitrators.

International arbitration is the arbitration that the dispute itself has a relation with more than one law systems, the situations that at least one foreign law system intervenes to the procedural matters and the process which cannot be bound to any certain law system. As characterizing the arbitral award, the legal regime that the award depends on will be taken into consideration and in

case the law that is applied to the arbitral proceeding is *lex fori*, it will be construed as a domestic arbitral award. On the other hand, in case the legal regime that the award depends on is any other law rather than *lex fori*, the award will be characterized as a “foreign” or “international” arbitral award and will be subjected to recognition and enforcement.

As there is a prohibition of review of the arbitral award substantially in terms of the nature of arbitration, setting aside of the award may be claimed only on considerably limited and procedural grounds. The grounds for setting aside an arbitral award has considered restrictively in the said Act. If the losing party of the arbitral case does not take an action for setting aside of the arbitral award or cannot prevail the action of setting aside, the only way to resist the arbitral award is to set out against the enforcement. In other words, the losing party will have two options to resist the arbitral award as setting aside the award or setting out against the enforcement.

Since, the arbitral award is as binding and executive as decisions of the courts, it will not be reviewed at a superior court as a rule. In international practice, it's not sufficient just to bring an action for setting aside the arbitral award; the award should be set aside by the respective court which held the award or the court to be determined according to the law of the arbitral process. However, Article 15 of International Arbitration Act has adopted another proceeding and stipulated the execution of the arbitral award will take a pause at the motion date of setting aside the arbitral award.

Key Words: Arbitration, Compromise, Arbitral Award, Setting aside of the arbitral award, Arbitrable, Foreignness Element, Binding, Executive.

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU UYARINCA İPTAL DAVASI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİME İLİŞKİN BAZI TEMEL BİLGİLER

I. MİLLETLERARASI TAHKİMİN TANIMLANMASI	4
II. MİLLETLERARASI TAHKİMİN ÖZELLİKLERİ	11
A. RIZA UNSURU	11
B. DEVLET DIŞI BİR KARAR MEKANİZMASI OLMASI	12
C. KESİN VE BAĞLAYICI BİR HÜKME VARILMASI.....	14
III. TAHKİMİN FAYDA VE SAKINCALARI	19
A. TAHKİMİN FAYDALAR.....	19
B. TAHKİMİN SAKINCALARI.....	24
IV. MİLLETLERARASI TAHKİMİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ.....	28
A. TAHKİM ANLAŞMASI	28
B. TAHKİM KURALLARI	30
C. LEX ARBITRI	31
D. MİLLETLERARASI TAHKİM UYGULAMASI.....	34
E. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER	35
V. MİLLETLER ARASI KANUNUN UYGULAMA ALANI.....	43
VI. MİLLETLERARASI TAHKİMDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME..	47
VII. KURUMSAL TAHKİM VE AD HOC TAHKİM	50

VIII. TAHKİMİN BENZER KAVRAMLARDAN AYRILMASI	53
A. ARABULUCULUK – UZLAŞTIRMA	55
B. HAKEM – BİLİRKİŞİLİK.....	58

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU UYARINCA HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLU

I. GENEL OLARAK İPTAL DAVASI	60
II. İPTAL DAVASINA İLİŞKİN USULİ MESELELER	65
III. İPTAL DAVASI AÇMA HAKKINDAN FERAGAT	70
IV. İPTAL SEBEPLERİ	74
A. İPTAL DAVASI AÇAN TARAFIN KANITLAMASI GEREKEN İPTAL SEBEPLERİ	75
1) Taraflardan Birinin Ehliyetsiz veya Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması	75
a) Tahkim Anlaşması’nın Taraflarından Birinin Ehliyetsiz Olması	75
b) Tahkim Anlaşması’nın Geçersizliği	84
2) Hakem Seçiminin Usule Aykırı Olması	98
3) Hakem Kararının Tahkim Süresi İçinde Verilmemesi.....	102
4) Hakemin veya Hakem Kurulunun Hukuka Aykırı Olarak Yetkili veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi	108
5) Hakem veya Hakem Kurulunun Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi, İstemin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi ya da Yetkisini Aşması	111
a) Hakem veya Hakem Kurulunun Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi	111
b) Hakem veya Hakem Kurulunun İstemin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi	113
c) Hakem veya Hakem Kurulunun Yetkisini Aşması.....	113

6) Tahkim Yargılamasının Usule Aykırı Olması ve Bu Aykırılığın Kararın Esasına Etkili Olması	116
7) Tarafların Eşitliği İlkesinin Gözetilmemesi.....	120
B. MAHKEME TARAFINDAN RE’SEN DİKKATE ALINACAK.....	127
1) Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olmaması.....	127
2) Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırı Olması	134
V. İPTAL DAVASININ HAKEM KARARININ İCRASINA ETKİSİ	145
SONUÇ VE ÖNERİLER.....	151
KAYNAKLAR	162

KISALTMALAR

ABA	Amerikan Barolar Birliği (American Bar Association)
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADR	Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Alternative Dispute Resolutions)
bkz.	bakınız
dipn.	dipnot
E:	Esas
GAFTA	Tohum ve Yem Birliği (The Grain and Feed Association)
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
IBA	Milletlerarası Barolar Birliği (International Bar Association)
ICC	Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce)
ICSID	Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Merkezi
K:	Karar
LCIA	Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (London Court of International Arbitration)
MK	Medeni Kanun
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası
PCA	Milletlerarası Daimi Tahkim Mahkemesi (Permanent Court of Arbitration)
s.	sayfa
T:	Tarih
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu
vb.	ve benzeri

vd.

ve devamı

WIPO

Dünya Fikri ve Sınai Haklar Örgütü
(World Intellectual Property Organisation)

Yarg.

Yargıtay

GİRİŞ

Milletlerarası ticaretin arttığı küreselleşen dünyada sınır aşan ticari ilişkiler, devletler arasında akdedilen serbest ticaret andlaşmaları ve vize uygulamalarının kaldırılması ile ivme kazanmıştır. Bu çerçevede, ülkemizin yatırımcı olarak özellikle az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerle ilişkileri yoğunlaşmış, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun kabulü ile ülkemize yapılan yabancı yatırımın oranı da artmıştır. Gelişen teknoloji ile mal ve hizmetlerin uzak mesafeler arasında taşınması kolaylaşmış, böylece dünya tüm devletler bakımından açık bir pazar halini almıştır. Buna mukabil, ilişkilerin artması ile doğru orantılı olarak çatışan menfaatler arasında çeşitli uyuşmazlıklar baş göstermektedir.

Yatırımcılar, başka bir ülkede yatırım yaparken emek ve masraf yönünden önemli unsurlar ortaya koydukları cihetle, bulundukları ülkenin adli sistemine tabi olmaktan kaçınmaktadır. Özellikle, yatırımcının ülkesine kıyasen daha az gelişmiş olan ülkelerin adli sistemine güvenilmemekte, yabancı bir ülkenin yargılama usulüne tabi olmak istenmemektedir. Ticari alanda milletlerarası bağlamda genel geçer bir yargılama merciin de bulunmayışı, yatırımcıları alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına sevk etmektedir. Devlet mahkemeleri tarafından verilmiş bir kararın bağlayıcılığına denk icra edilebilirliği olan tahkim, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında birçok fayda ile öne çıkmakta ve tercih edilmektedir.

Söz konusu gelişimin farkında olan kanun koyucu, 2001 yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu yürürlüğe koyarak, milletlerarası tahkimi milli çerçevedeki tahkimden ayırmış ve niteliğine uygun düzenlemelere tabi kılmıştır. Ayrıca, milletlerarası uygulama ile uyum sağlanabilmesi amacıyla Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi, Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa-Cenevre Sözleşmesi ve Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında ICSID Sözleşmesi gibi Milletlerarası Tahkim alanında temel öneme sahip milletlerarası metinlere taraf olunmuştur. Özellikle, ülkemizin konumu ve daha liberal bir hukuk sisteminin

benimsemiş olması nazara alındığında tüm bu gelişmeler, Türkiye'nin bir tahkim merkezi haline getirilmesi bakımından oldukça olumludur.

Tahkim, hem uyuşmazlığın esasđ hem de yargılamada kullanılacak usulî kuralların tespiti bakımından taraflara güvence sağlamaktadır. Ayrıca, son derece teknik meselelere ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ilgili konuda uzmanlaşmış kişilerin hakem olarak seçilmesi ile çözümlenebilmektedir. Devlet yargılamasına nazaran hızlı ve pratik bir yöntem olan tahkim sonucu alınan karar, devlet mahkemelerinin verdiği kararlara eş tutulduğundan, icrai ve nihaidir.

Milletlerarası tahkimde, çeşitli milli hukukların bir arada uygulanabilmesinin yanı sıra, tahkim kurumlarının oluşturmuş olduğu gayrimilli kuralların ya da yalnızca milletlerarası örf-adetin uygulanması ve bir karara varılması muhtemeldir. Öte yandan, hakem kararının belirli bir devlette tenfize tabi tutulması da söz konusu olacağından, milli hukuk sistemlerinin emredici hükümlerine riayet edilmesi gereği de ortaya çıkabilmektedir.

Tahkimde taraf iradelerinin ön planda olması çerçevesinde, tahkim sonucu verilen hükümlerin esasđ bakımından devlet mahkemeleri tarafından bir denetim yapılmamaktaysa da; özellikle bazı şekli kuralların ihlalinde ya da tarafların tahkime başvurma iradesini ortaya koydukları tahkim anlaşmasına veya adil yargılama ilkelerine aykırılık bulunması gibi hallerde hakem kararı iptal edilebilmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde, tahkimin genel mantığı ve hukuki çerçevesi anlatılacaktır. Bu bağlamda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun milletlerarası uygulama ve kurallarla ne ölçüde örtüştüğü incelenecek, mevzuatımız milletlerarası andlaşmalar ile birlikte ele alınacak ve milletlerarası andlaşmaların sistematik olarak birbirleri ile ne ölçüde ilişkili olduğu irdelenecektir.

İkinci bölümde ise, Milletlerarası Tahkim alanında literatüre geçmiş mahkeme kararları ışığında, ilk bölümde açıklanan milletlerarası tahkim sistemi içerisinde iptal davasının amacı ve işlevi anlatılarak, davaya ilişkin usulî konulara giriş yapılacaktır.

iptal sebepleri incelenecek ve iptal davasının olası sonuçları üzerinde durularak çalışmamız sonlandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM KAVRAMI

I. MİLLETLERARASI TAHKİMİN TANIMLANMASI

Tahkim, tarafların bu yola başvurmak hususunda irade mutabakatı sağlaması sonucu, kanunen tahkimle halline cevaz verilen konularda meselenin yargı sistemine dahil edilmeksizin, özel kişilere uyuşmazlığın çözümüne dair yetki verilmesi ve kural olarak kesin, icrai ve bağlayıcı bir karara varılmasıdır¹.

Tahkimin en temel özelliği, tarafların oldukça geniş bir irade serbestisine sahip olması ve bu serbestinin tahkimin her aşamasında belirleyici rol oynamasıdır. Tarafların tahkimin iki temel çeşidi olan “ad hoc tahkim”in mi yoksa “kurumsal tahkim”in mi uygulanacağına karar verebilmelerinin yanı sıra, tahkimin bir milletlerarası örgüt tarafından yürütülecek olması halinde dahi taraflarca tahkim

¹ Akıncı, Ziya; Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, 2. Baskı, s. 29 (Tahkim); Akyol, Şener; Milletlerarası Tahkim (Sorunlar-Çözümler-Öneriler), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 51, 57; Aydoğan, Aykut; Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü, Beta Yayınları, s. 4; Birsal, Mahmut T./Budak, Ali Cem; Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, 11 Nisan 1997, s. 171; Dayınlarlı, Kemal; Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 775 (Hakem Kararları); Deren Yıldırım, Nevhis; UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, 1. Basım, 2004, Alkım Yayınları, s. 17; Ekşi, Nuray; İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi, Argumentum, Temmuz 1992, Yıl: 2, Sayı: 24, s. 371 (İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi); Kalpsüz, Turgut; Tahkim Anlaşması, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, Beta Yayınevi, s. 1028 (Tahkim Anlaşması); Koral, Rabi; Hakemliği Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı izlenimler, Hakemliği Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1983, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt XLVIII-XLIX, Sayı 1-4’ten Ayrı Bası, s. 75 (Hukuki Mahiyet); Moses, L. Margaret; The Principles and Practise of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, United States of America, 2008, s.1.; Şanlı, Cemal; Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, 3. Bası, s.223 (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları); Tanrıver, Süha; Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998 (ayrıca aynı makale için bkz. Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Milletlerarası Tahkim ve Kamu Düzeni, Ankara, 2001, Liberte Yayınları, 1. Basım (Kamu Düzeni)), s. 467.

süreci –yani tahkim kuralları, tahkim dili, hakemler ve tahkim yeri gibi hususlar-serbestçe belirlenebilmektedir².

Her ne kadar Anayasamızın 9. maddesi yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını belirtmekte ise de, tahkim müessesesinin Anayasamızla çeliştiğini söylemek mümkün değildir. Nitekim tahkim, taraf iradelerinin ön planda olduğu ve tarafların anlaşarak uyuşmazlığı devlet yargısına götürmekten vazgeçtikleri bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Bunun yanı sıra, tahkim kurumu kanuni düzenlemelerde yer alan ve milletlerarası anlaşmalarda kabul gören bir yöntemdir.

Kural olarak tahkime başvurulması tarafların irade mutabakatına bağlı ve ihtiyari bir yol olmakla birlikte, hukukumuzda çeşitli kanunlarda istisnai olarak mecburi tahkim de düzenlenmiş bulunmaktadır³.

Milletlerarası ticari sözleşmeler, yüksek maddi değere sahip unsurlar içermekte, uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin dilinden farklı bir lisanda hazırlanmakta ve milli sözleşmelerden farklı olarak her sektörün kendi uygulaması içerisinde gelişmiş standart kurallar barındırmaktadır⁴. Milletlerarası Tahkim kavramı, niteliği gereği milletlerarası sayılabilecek ticari uyuşmazlıklara ilişkin bir terimdir. Türk hukuku bakımından milletlerarası tahkim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiş⁵; bu hususta ülkemizce birçok milletlerarası

² Akıncı, Tahkim, s. 30,33; Moses, s. 1; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 223, 331; Yavuz, Cevdet; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 38.

³ Akıncı, Ziya; Tahkim, s. 31; Aydoğan, s. 6; Ekşi, İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi, s. 371; Kalpsüz, Turgut; Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara, 1989, s. 2 (Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli); Yavuz, Sempozyum, s. 38. Bu hususta, Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete ve Belediyeye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Halli Hakkında 3533 sayılı Kanun, 91 sayılı Menkul Kıymetler Borsaları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 3039 sayılı Çeltik Ekimi Kanunu, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu’ndaki mecburi tahkime ilişkin düzenlemeler zikredilebilir.

⁴ Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 4, Ankara, Aralık, 1996, s. 93-94.

⁵ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kabul Tarihi: 21.06.2001, 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı Resmi Gazete. Kanun’un hazırlanmasında 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanun ve 1987 tarihli İsviçre Federal Özel Hukuku Kanunu’nun milletlerarası tahkime ilişkin hükümleri esas alınmıştır.

sözleşmeye taraf olunmuştur. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, söz konusu Kanun, “yabancılık unsuru taşıyan” ve “tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği” veya “bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi, hem tahkimin Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi kılınması anlamını taşıyarak bir bağlama noktası teşkil etmekte, hem de tahkim mahkemesinin bulunduğu yerin (*Seat of Arbitration*) Türkiye olması sonucunu doğurmaktadır⁶. Tahkim yerinin Türkiye olarak seçildiği durumlarda, Milletlerarası Tahkim Kanunu, taraflarca aksi açıkça veya zımnen ortaya konulmuş olmadıkça “zorunlu olarak uygulanacak bir otorite kanunu” (*Lex Loci Arbitri*) dur⁷. Tarafı olduğumuz Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin⁸ V. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde de benzer şekilde hakemlerin seçiminde ve uygulanacak usul hükümlerinde tarafların üzerinde mutabık kaldıkları kurallar bulunmaması halinde tahkim kararının verildiği yer ülkesi kurallarının uygulanacağı belirtilmektedir.

Yabancılık unsurunu oldukça geniş bir şekilde tanımlamış olan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca, hükümde sayılan hallerden yalnızca birinin varlığı, tahkimin milletlerarası nitelik kazanması sonucunu doğuracaktır. Buna göre, karma bir anlayış benimsenmiş ve tahkim sözleşmesinde ya da tahkime konu maddi hukuk ilişkisinde yer alan herhangi bir yabancılık unsuru, 2. maddenin uygulanması bakımından yeterli sayılmıştır⁹. Yabancılık unsuru yalnızca Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun değil, hakem kararlarının tenfizi bakımından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un¹⁰ da kapsamını belirleyicidir. Bununla birlikte, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki gibi bir tanımlama yapılmamış, yabancılık unsurunun tanımı doktrine bırakılarak hukuki ilişki veya olayı birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı kılan unsurun, ilişki veya olayı “yabancı unsurlu”

⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 239.

⁷ Aydoğan, s. 113; Erdoğan, s. 119; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 239-240.

⁸ 25.09.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 239.

¹⁰ 2675 sayılı Kanun, 20.05.1982 yılında kabul edilmiş, 22.05.1982 tarih ve 17701 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

kılacağı kabul edilmiştir. Daha özel nitelikte bir kanun olarak kabul edilebilen Milletlerarası Tahkim Kanunu ise;

- Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması;
- Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerlerinin
 - a) tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması,
 - b) asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden başka bir devlette bulunması,
 - c) uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması,
- Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması veya
- Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmenin ya da hukuki ilişkinin bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi durumlarından alternatif olarak herhangi birini varlığını “yabancılık unsuru” olarak nitelemiştir.

Tahkim bakımından yabancılık unsuru yalnızca tahkim prosedüründeki veya tahkime konu maddi hukuk ilişkisindeki yabancılık ile sınırlandırılmamış olup, karma bir anlayış kabul edilerek, tahkim sözleşmesinde ya da tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan maddi hukuk ilişkisinde herhangi bir yabancılık unsurunun bulunması yeterli sayılmıştır¹¹. Bu şartın sağlanması ile artık yabancılık unsuru içeren söz konusu tahkim, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2/1 c.1 hükmü uyarınca “milletlerarası nitelik” kazanmış olmaktadır. Bununla birlikte, gözden kaçırılmaması gereken husus, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun uygulanmasından

¹¹ Akıncı, Tahkim, s. 60; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 239; Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu; Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı:2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 820-821.

bahsedilebilmesi için yalnızca “milletlerarası nitelikli” bir tahkimin varlığının yeterli olmaması, bu unsurun yanı sıra Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. maddesinin 2. fıkrasında belirtildiği üzere, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmiş ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin uygulanmasının taraflarca veya hakem ya da hakemlerce seçilmesinin de şart olmasıdır.

Yabancılık unsurunun tespiti, tahkim süreci bakımından hem Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun uygulanabilmesi ve “milletlerarası tahkimin” varlığının tespiti hem de verilecek kararın tenfize tabi olup olmayacağının kararlaştırılması açısından önem arz etmektedir¹². Tahkimin milletlerarası niteliği ile hakem kararının yerli, yabancı ya da milletlerarası niteliği arasında mutlak bir bağlantı bulunmamaktadır¹³. Tahkime uygulanan hukuki rejimle alakalı olarak tanıma ve tenfize tabi olacak “yabancı hakem kararı”, belirli bir mahalli hukuk sistemi ile irtibatlandırılabilen hakem kararı olup, “milletlerarası tahkim sonucu verilen karar”dan farklı bir kavramdır¹⁴. Milletlerarası tahkim bu bakımdan birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlandırılabilen uyuşmazlık konusunun bulunduğu, usuli meselelerin halinde en az bir yabancı hukuk sisteminin müdahil olabileceği ve belirli bir hukuk sistemine bağlanamayan tahkimdir¹⁵. Milletlerarası tahkim yargılaması sonucu verilecek olan kararın niteliğinin tespiti ise müstakil bir meseledir¹⁶. Hakem kararının nitelendirilmesinde kararın tabi olduğu hukuki rejimden hareket edilecek ve tahkim usulüne uygulanan hukukun hakim hukuku (*lex fori*) olması durumunda “yerli” hakem kararı, *lex fori* dışında bir hukuk olması halinde ise “yabancı” ya da “milletlerarası” hakem kararı söz konusu olacak ve tanıma ve tenfiz yapılması

¹² Akıncı, Tahkim, s. 60; Tanrıbilir/Şit, s. 828.

¹³ Şit, Banu; Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005, İmaj Yayınevi, s. 101; Tanrıbilir/Şit, s. 823; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 94.

¹⁴ Koral, Rabi; Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Bildirilerden Ayrı Bası, Ankara, 1984, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 19-25 (Hakem Kararlarının Milliyeti); Şit, s. 101. Örneğin, *General National Maritime Transport Company Societe v. Götevarken Arendal AB ve Aksa v. Norsolar* davasında, ICC Tahkim Kuralları’nın uygulanması gerekçe gösterilerek Fransız hukuku uyarınca kararın iptal edilmesi talebi Paris İstinaf Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Kararda, ülkede işlemiş olan bir tahkim sürecine ülke dışında işlemiş bir tahkim muamelesi yapılmış ve kararın gayrimillî olduğundan hareket edilmiştir (Şanlı, Cemal; Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk-Tarafların Tahkim Usulünü Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi-Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 3, Sayı: 1, 1983 (Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi), s. 24-25).

¹⁵ Şit, s. 108; Tanrıbilir/Şit, s. 820, 825.

¹⁶ Tanrıbilir/Şit, s. 823.

gerekecektir¹⁷. Dolayısıyla, milletlerarası tahkim sonucu alınacak bir hakem kararı “yerli hakem kararı” niteliği de taşıyabilecek, milletlerarası tahkimin mevcudiyeti otomatikman “yabancı” ya da “milletlerarası” hakem kararı verilmesi sonucunu doğurmayacaktır¹⁸. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca verilecek bir hakem kararı da milletlerarası tahkim sonucu verilmiş bir yerli hakem kararı olup, tanıma ve tenfize tabi olmayacaktır¹⁹. Ayrıca, taraflarca ad hoc olarak tahkime uygulanacak kurallar belirlenmiş olabileceği gibi, hiçbir milli kimliği olmayan milletlerarası tahkim kurumlarının kuralları da benimsenmiş ve bir karara varılmış olabilir²⁰. Bu durum da milletlerarası tahkim kapsamında kabul edilmektedir. Örneğin, Yargıtay’ın yerleşmiş içtihadını yansıtan çeşitli kararlarında²¹, ICC Tahkim Kurallarına göre Türkiye’de verilen hakem kararları yabancı hakem kararı olarak kabul edilmemiş ve tarafların ICC Kuralları’nın uygulanmasını kararlaştırmasının hakem kararının yabancı bir kanun otoritesi altında verildiği sonucunu doğurmayacağı ifade edilmiştir. Kararlarda, “*Bir hakem kararının yerli mi yoksa yabancı bir hakem kararı mı olduğu hususu ‘otoritesi altında verilen kanuna göre belirlenmektedir. Eğer bir hakem kararı, yabancı bir kanunun otoritesi altında verilmişse, yabancı hakem kararı sayılır. Burada sözü edilen kanundan amaç da esasa değil, usule uygulanan kanundur. ... MTO, bir kısım ulusların oluşturduğu*

¹⁷ Bilgiç, Haluk; Ticari Tahkimde Yabancılaşma Unsuru, Prof. Dr. Mahmut Tefik Birsell’e Armağan İzmir, 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 32; Nomer, Ergin; 10.6.1958 Tarihli Hakem Kararlarının Tanıma ve Tenfizi Konusundaki New York Andlaşmasına İlişkin Dr. Şeref Ünal’ın Tebliği ile İlgili Yorum, Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, 10 Mayıs 1990, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 82 (Sempozyum); Seviğ, Vedat Raşit; Milli Tahkim ve Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 645-647; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 249; Şanlı, Cemal; Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (Tanıma ve Tenfiz), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Yıl 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998, s. 397; Şit, Banu; s. 101; Tanrıbilir/Şit, s. 821-824; Ünal, Şeref; Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 55.

¹⁸ Aydoğan, s. 14; Tanrıbilir/Şit, s. 824.

¹⁹ Aydoğan, s. 14, 114; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 249; Tanrıbilir/Şit, s. 836-837.

²⁰ Aydoğan, s. 15; Bilgiç, s. 36.

²¹ Yarg. HGK., T: 07.11.1951, T-126-109; YTD. T:18.02.1954, E: 487, K: 530; Yarg. 11. HD., T: 19.12.1985, E: 7355, K: 7099, Yarg. 15. HD., T: 25.10.1996, E: 3249, K: 5584 (Birsell, Mahmut T.; Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Conventions) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 501 (Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri); Kaplan, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002, Seçkin Yayınları, 1. Baskı, s. 62, dipn. 174 (Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık); Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 398-399).

resmi bir uluslar topluluğu niteliğinde olmayıp, esas itibarıyla çeşitli uluslara ait tacir ve sanayicilerin kurduğu özel bir teşekküldür. Tüzüğü belli bir devletin mevzuatı niteliğinde olmadığı için kamu vasfı yoktur. Bu hükümler, bir kanun gücünde olmadığından kamu düzenini ilgilendiren emredici mahiyette de sayılmazlar. MTO Tüzüğü'nün kuralları altında verilen kararlar muayyen bir yabancı kanuna teb'an verilmiş karar sayılmazlar ve dolayısıyla yabancı bir hakem kararı olarak da nitelendirilemezler. Hakem kararının divan ve sekreterliğe tevdi edilmesi ve oraca tasdik edilmesi hakem kararına milliyet izafe edilmesine neden olmaz. Bu itibarla uyuşmazlık konusu hakem kararı yabancı bir hakem kararı olmayıp, Türk hakem kararıdır ve Türk hakem kararlarının tabi olduğu usule tabi olması gerekir.” denilmiş ve bu kararların Türk hakem kararlarının tabi olduğu usule tabi olması gerektiği belirtilmiştir.

Öte yandan, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi'nin 1. maddesi bakımından tenfiz devletinden başka herhangi bir devlette verilen tüm hakem kararları “yabancı hakem kararı” olarak kabul görmekte ve Sözleşme kapsamında tenfize tabi tutulmaktadır²². Ayrıca, tahkimin gerçekleştiği ülke hukukuna göre yabancı bir usul hukuku uygulanmakta ise, bu hakem kararı da yabancı hakem kararı olarak muamele görecektir ve tenfize tabi tutulacaktır²³. Buna göre, Türkiye’de yabancı bir usul hukuku uygulanarak verilen hakem kararları tenfiz bakımından “yabancı hakem kararı” olarak kabul edileceğinden New York Anlaşması’na göre tenfize tabi tutulacak iken, Türkiye’de Türk usul hukukuna göre verilen hakem kararları “yerli hakem kararı” muamelesi görecektir ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁴ uyarınca tasdik olunacaktır²⁵.

Kural olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre yargılama yapılmış olan hakem kararları tenfize tabi değilse de, Türkiye dışında bir yerde 4686 sayılı Kanun’a göre yargılama yapılmış olması durumunda New York Sözleşmesi uyarınca tenfize tabi tutulması gereken bir karar söz konusu olacak ve Sözleşme

²² Bilgiç, s. 34; Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 397.

²³ Bilgiç, s. 34.

²⁴ 6100 sayılı Kanun 12.01.2011 tarihinde kabul edilerek 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

²⁵ Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 397; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 93.

hükümleri 4686 sayılı Kanun ile çatışacaktır²⁶. Bu durumda, Anayasanın 90. maddesi uyarınca milletlerarası sözleşmeye üstünlük tanınacak ve hakem kararının tenfiz edilmesi gerekecektir²⁷.

New York Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında ayrıca, tanıma ve tenfiz istenen devlette milli addolunmayan hakem kararları Sözleşme kapsamına alınmaktadır. İşte, bu hüküm sayesinde New York Sözleşmesi ile Milletlerarası Tahkim Kanunu arasında irtibat kurulabilmekte, Kanun'un 2. maddesinde sayılan özellikleri taşıyan hakem kararları New York Sözleşmesi bünyesinde değerlendirilebilmektedir.

II. MİLLETLERARASI TAHKİMİN ÖZELLİKLERİ

A) RIZA UNSURU

Tahkim anlaşması (*compromis*), tahkime ilişkin taraf rızalarını gösteren temel metindir. Tahkim anlaşması, ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) uyarınca tarafları ve hakemleri bağlayıcı etkisiyle, tahkim prosedürünün buna uygun şekilde yürütülmesini ve sonuçlandırılmasını gerektirir²⁸.

Tahkim anlaşması ile ortaya konulan ve tahkimin temelini oluşturan rıza, tahkime çift yönlü bir etkide bulunmaktadır. Rızanın olumlu etkisi, hakemlerin uyuşmazlık hakkında karar verebilme yetkisinin tarafların söz konusu rızasından kaynaklanıyor olmasıdır. Rızanın olumsuz etkisi ise, hakemlerin yalnızca tahkim anlaşması kapsamındaki meseleler hakkında karar verebiliyor olmaları ve bu bakımdan tarafların rızasının hakemlerin yetkisini tahkim anlaşması oranında

²⁶ Ekşi, Nuray; Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003, s. 337 (Milletlerarası Tahkim Kanunu).

²⁷ Ekşi, Milletlerarası Tahkim Kanunu, s. 337.

²⁸ Erdoğan, Feyiz; Milletlerarası Hukuk ve Tahkim, Ankara, 2004, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, s. 74; Karan, Hakan; Milletlerarası Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir, 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s.204.

kısıtlıyor olmasıdır²⁹. Hakemler, tarafların tahkim prosedürüne ilişkin olarak vardıkları mutabakata uygun davranmalıdır.

Hem milli hukuklarda hem de milletlerarası andlaşmalarda temel adalet ilkeleri dikkate alınarak tarafların tahkime ilişkin irade serbestisine oldukça sınırlı bir müdahalede bulunulmakta, bu sınırlamaların aşılması halinde ise hakem kararının icrailiği engellenebilmektedir³⁰. Hukukumuzda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 4. fıkrasında, milletlerarası düzenlemelere paralel bir hüküm getirilmiş ve kamu menfaatinin söz konusu olduğu hallerde tahkime gidilemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca, Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında da milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için devlet mahkemelerinin sadece bu kanun hükümlerinin cevaz verdiği ölçüde müdahalede bulunabileceği belirtilmiştir. Tahkimin uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözülmesine nazaran istisnai bir yol olması bakımından, tarafların tahkime gidileceğine dair beyan edecekleri rızalarının son derece açık ve kesin bir biçimde anlaşılır olması aranmaktadır³¹. Bu bağlamda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinde tahkim anlaşmasının şekli belirlenmiş olup, bu usule uygun olarak akdedilen tahkim anlaşmalarında tarafların tahkime gitme konusundaki rızalarının şekli bakımdan açıkça beyan edilmiş olacağı varsayılmaktadır.

B) DEVLET DIŞI BİR KARAR MEKANİZMASI OLMASI

Hakemler, devlet yargı sisteminden farklı olarak, kamu görevlisi değildir. Tarafların tahkime ilişkin olarak beyan etmiş oldukları rıza kapsamında kamu görevlisi –hatta hukukçu dahi - olmak zorunda olmayan kişilerin uyuşmazlığı çözerek, icrai ve bağlayıcı bir karar vermeleri mümkündür. Bu kapsamda, kimlerin

²⁹ Moses, s. 2; Romero, Eduardo Silva; MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 27, Sayı: 1/2, 2007, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, s. 134.

³⁰ Akıncı, Tahkim, s. 31; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 223.

³¹ Ayrıca, belirli bir tahkim kurumuna atıfta bulunulması suretiyle tahkim anlaşması akdedilmekteyse, tahkim kaydının geçerli kabul edilebilmesi bakımından ilgili kurumun kuralları ve yerleşik uygulamalar da nazara alınacak ve bu çerçevede bir değerlendirme yapılacaktır. Örneğin, “Bu sözleşme İngiliz hukukuna tabi olup, uyuşmazlıklar ICC’ye havale edilir.” şeklindeki kayıt tahkime gitme iradesinin açıkça ifade edilmemiş olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Karan Hakan, s. 207; Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 394; Şit, s. 203; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 467; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 83-84; Yavuz, Sempozyum, s. 40.

hakem olarak seçileceği de tarafların kararlaştıracağı bir husus olup, uyuşmazlık konusu meselelerde uzmanlaşmış kişilerin seçilmesi muhtemeldir.

Hakemler, söz konusu uyuşmazlığı çözmeyi öncelikli sorumlulukları olarak gördüklerinden, hakimlerle kıyaslandıklarında, kamu düzeni veya kamu menfaati gibi meselelere daha az ağırlık vermekte ve “hak”tan çok “taraf menfaati”ni ön plana çıkararak taraflarla olan ilişkilerinde daha özenli hareket etmektedirler³².

Hakemler kamu görevlisi olmasalar ve taraflarca seçilmiş olsalar da bağımsız ve tarafsız olmak zorundadırlar (*conditio sine qua non*). Dolayısıyla, hakemlerin taraflardan biri ile tarafsızlığını zedeleyecek bir ilişki içinde olması uygun değildir. Başta Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu UNCITRAL Model Kanun³³ ve Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce – ICC*) tahkim kuralları³⁴ olmak üzere birçok kurumsal tahkim kuralında kabul edilmiş olan, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7. maddesinin (c) bendinde de ifade edilen usul uyarınca kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirecektir. Ayrıca, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir red sebebinin mevcut olması veya hakemin tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartlar oluşması halinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7. maddesindeki red müessesesine başvurulabilecektir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin 26.09.1974 tarih ve E: 2385, K: 2161 sayılı kararına³⁵ konu olan olayda davacı ile davalı banka arasındaki tahkim şartında, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözüleceği ve bu tahkim yargılamasındaki hakemin de banka idare meclisi olacağı kararlaştırılmıştır.

³² Moses, s. 2.

³³ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>, Article 12 (Şubat, 2011).

³⁴ ICC Rules of Arbitration, <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4424/index.html>, Article 7-11; (Şubat, 2011).

³⁵ Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com (Şubat, 2011).

Yargıtay, tahkimin yapısı itibarıyla, hakemin dava konusu uyuşmazlıkla ilişkisi olmayan bir üçüncü kişi olması gerektiğini, sözleşme serbestisinin sınırsız olmadığını ve kamu düzenine aykırı kabul edilebilecek böyle bir anlaşmanın geçerli kabul edilemeyeceğini yerinde olarak belirtmiştir.

Hakem ya da hakemlerin ismi tahkim anlaşmasında belirlenmişse ve daha sonra bu hakemlerin reddi yoluna gidilmişse, artık tahkime gidilmesi yeni bir tahkim sözleşmesi akdedilmedikçe imkansızlaşacak; ancak tahkim anlaşmasında hakem veya hakemlerin isimleri belirlenmemişse yeniden hakem seçimine gidilebilecektir³⁶.

C) KESİN VE BAĞLAYICI BİR HÜKME VARILMASI

Tahkim yargılaması sonucu varılan hüküm, devlet mahkemelerinin yargılaması sonucu varılan hüküm gibi bağlayıcı ve icrai olduğundan, kural olan hakem kararlarının daha üst bir mahkemede tekrar incelenmemesidir. Hatta, mahkeme kararlarından farklı olarak, hakem kararlarının “kesinleşmesi” değil, “bağlayıcılığı” kabul edilerek; mahkeme kontrolü ile veya bir üst denetime tabi tutularak kesinleşmiş bir hakem kararı ibraz edilmediği gerekçesiyle tenfiz talebinin reddilmesi söz konusu olamayacaktır³⁷. Böylece, tenfizi engellemek isteyen davalı tarafından hakem kararının “bağlayıcı olmadığı” ispatlanmadıkça mahkemelerce tenfize hükmedilebilecektir³⁸.

Uygulama açısından düşünüldüğünde, bir tahkim yargılamasını kazanan taraf, kaybeden tarafın malvarlığının bulunduğu ülke mahkemelerinden tanıma ve tenfiz talebinde bulunacak, bu ülkelerde hükmün icrailiğini sağlamaya çalışacaktır. İşte bu tenfiz aşamasında kaybeden taraf, milletlerarası sistemlerde benimsendiği üzere, milletlerarası tahkimin niteliği gereği hakem kararının esasını inceleme yasağı

³⁶ Akıncı, Tahkim, s. 117; Aydoğan, s. 58.

³⁷ Yarg. HGK., T: 09.06.1999, E: 1999/19-467, K: 1999/489 (Gelgel, Günseli Öztekin; New York Konvansiyonu’na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay’ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı:2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 1199-1153); Erdoğan, s. 114, 120; Ünal, s. 56; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 336; Şit, s. 158, 200.

³⁸ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 336.

(*revision au fond*) uyarınca oldukça sınırlı ve şekli sebeplere binaen hükmün iptalini isteyebilecektir³⁹.

Hukukumuzda, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 5. Bölümü, “Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolu” başlığı altında “iptal davası” müessesesini düzenlemektedir. Kanun’un 15. maddesinin (A) bendinde, hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilceğı belirtilerek, tahkim sonucu verilen hükmün temyiz incelemesine tabi olmayacağı ifade edilmiştir.

Hükümde, iptal davası yoluna başvurulabilecek haller sınırlı şekilde (*numerus clausus*) sayılmıştır. İptal sebepleri de UNCITAL Model Kanunu’ndaki sisteme uygun olarak kendi içerisinde bir tasnife tabi tutulmuş ve tenfiz edildiğinde daha ağır sonuçlar doğurabilecek olan “tahkime konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” ile “kararın kamu düzenine aykırı olması” halleri mahkemece re’sen gözetilecek olan iptal sebepleri olarak kabul edilmiştir. İptal davası için başvuran tarafın ispatına dayalı olarak ise; taraflardan birinin ehliyetsiz veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması, hakemlerin seçiminde usule uyulmaması, kararın tahkim süresi içinde verilmemiş olması, hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi, tahkim anlaşması dışında kalan bir konu hakkında karar verilmiş olması, istemin tamamı hakkında karar verilmemesi ya da hakemlerin yetkisini aşması, tahkim yargılamasında usule aykırılık yapılması ve bu durumun kararın esasına etki etmesi ile tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi halleri tahkim sonucu varılan hükmün iptaline sebebiyet verecektir.

Milli düzenlememizin milletlerarası metinlerle kıyaslanması sonucu Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun bir noktada UNCITRAL Model Kanun’dan farklılık arz ettiğı görülmekte; Model Kanun’da davacı tarafın ispat yükünü

³⁹ Birscl, Mahmut Tcvfik; Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları (Tenfiz), Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, İzmir, 2005, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 33; Kalpsüz, Turgut; Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, Sözkcsen Matbaacılık, s. 102 (Tahkim); Moses, s. 3.

taşımakta olduğu iptal sebepleri dört tane iken, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda aynı sebepler yedi kalemde sayılmaktadır⁴⁰.

Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre – Avrupa Sözleşmesi⁴¹ ile Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi'ne taraf olan ülkemiz açısından bu sözleşme hükümlerinin de incelenmesi gerekmektedir. Avrupa Sözleşmesi, hakem kararlarının iptali sebeplerini 9. maddesinde düzenleyerek, iptal kararının bu sebeplerden birine dayanılarak verilmemesi halinde, iptal kararının bir akit devlet ülkesinde tenfizi engellemeyeceğini belirtmekte ve milli hukuk sistemlerinin, milletlerarası nitelikli tahkim kararlarının tenfizine olan etkisini denetim altına almaktadır⁴². Hükümde, kamu düzeni bir iptal sebebi olarak öngörülmediğinden, bir ülkede bu nedenle iptal edilen bir hakem hükmü, kamu düzenine aykırılığı bir iptal sebebi ve tenfiz engeli olarak kabul etmeyen bir başka ülkede tenfiz edilebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ile paralel olan Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinde ayrıca, usule aykırılık halinin esasa etkisi aranmamış; yalnızca usulde bir aykırılık bulunmasının iptal sebebi olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki hüküm, Avrupa Sözleşmesi'ni genişletmemekte aksine, bir usul hatasının iptal sebebi olabilmesini bu hatanın ancak ve ancak kararın esasına etkide bulunmuş olmasına hasrederek elden geldiğince milletlerarası tahkim kararlarının icrailiğini sağlamaya çalışmaktadır.

Tarafı olduğumuz New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi ise verildiği ülke kanunu ya da kararın tabi olduğu kanun bakımından hakem kararlarının yetkili bir makamca iptalini veya hükmün icrailiğinin geri bırakılmasını

⁴⁰ Kalpsüz, Tahkim, s. 104. Ayrıca bkz. UNCITRAL Model Law, Article 34-36.

⁴¹ 23.09.1991 tarih ve 21000 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴² Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi (Tenfiz), Ankara, 1994, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 150; Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin, Günseli; Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Beta Yayınları, s. 33; Şit, s. 113-114; Yılmaz, Ejder; Milletlerarası Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 10 Mayıs 1990, Ankara, s. 24.

bir tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. Her ne kadar 5. madde, tenfiz engellerini Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesine paralel biçimde sıralamış ise de, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinde iptal sebeplerinin neler olduğu belirtilmediğinden, Avrupa Sözleşmesi'ne de taraf olan ülkemiz bakımından yine Avrupa Sözleşmesi'ndeki iptal sebepleri bağlayıcı olacaktır. Nitekim, Avrupa Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 2. fıkrası, New York Sözleşmesi'ne taraf devletler arasındaki ilişkiler bakımından iptal sebeplerini 1. fıkradaki sebeplere hasretmektedir.

Bunun yanı sıra, Avrupa Sözleşmesi'nde kamu düzenine aykırılık bir iptal sebebi olarak kabul edilmemişse de, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi uyarınca kamu düzenine aykırılık halinde hakem kararının tenfiz talebi reddedilecektir. Yani, milletlerarası düzenlemeler uyarınca tahkim sonucu varılan kararın kamu düzenine aykırı olması bir iptal sebebi değil, bir tenfiz engeli olarak kabul görmektedir. Oysa, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bu durum 15. maddenin 2. fıkrasının (b) bendinde mahkemece re'sen gözetilecek bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ile milletlerarası düzenlemeler arasındaki bir diğer farklılık, iptal davası açılmasının hakem kararlarının icrailiğine etkisidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinin 5. fıkrası uyarınca iptal davası açılması, hakem kararının icrailiğini kendiliğinden durduracaktır. Böylece, özellikle tahkime konu olamayacak ya da kamu düzeni ile bağdaşmayan hakem kararlarının icra edilmesi ile ortaya çıkabilecek sakıncaların önlenmesi amaçlanmaktadır. Oysa, New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca hükmün “iptal edilmiş” ya da “hükmün icrailiğinin geri bırakılmış” olması bir tanıma ve tenfiz engeli olup, yalnızca iptal davası açılmış olması yeterli görülmemiştir. Sözleşmedeki bu düzenlemenin amacı, davayı kaybeden tarafın hükmün tenfizini geciktirmek amacıyla iptal davası açma yoluna gitmesini engellemek ve iptal davası sonuçlanana kadar yalnızca mahkemenin uygun gördüğü hallerde New York Sözleşmesi'nin 6. maddesi uyarınca –gerekirse teminat karşılığında- icranın ertelenmesi yönünde karar verilmesini sağlamaktır⁴³. Oysa, Milletlerarası Tahkim

⁴³ Akıncı, Tenfiz, s. 149, dipn. 514; Erdoğan, s. 121.

Kanunu bu düşüncenin tam zıddı bir amaç gözeterek salt iptal davası açılmış olmasına icrayı durdurucu bir etki tanımış ve özellikle kamu düzenine aykırılık bulunabileceği düşüncesinden hareketle muhtemel zararlar önlenmeye çalışılmıştır. Kanaatimizce, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda da, iptal davası açma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi bağlamında, New York Sözleşmesi’nde öngörülen usulün ölçülü ve amaca uygun bir şekilde benimsenmesi faydalı olabilirdi.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, hakem kararlarının esastan görüşülmesine cevaz vermeyerek, hakem kararlarına karşı temyize başvurulması usulünü benimsememiştir. Bununla birlikte, Kanun’un 15. maddesinin 8. fıkrasında iptal davası sonucu verilen kararlara karşı temyiz yolu açık bırakılmıştır. Yani, tahkim yargılaması ile hakemin varmış olduğu kararın milli mahkemelerce denetimi söz konusu olmamakla birlikte, yalnızca 15. maddede belirtilen sınırlı hallerin varlığına dair açılacak iptal davasının sonucuna ilişkin olarak verilecek karar temyize tabi olabilecektir.

Belirtilmelidir ki, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun beşinci bölümünün başlığı, “hakem kararlarına karşı kanun yolu” olsa da, iptal davasının bir kanun yolu olmadığı aşikardır. Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere bir üst başlık olan “müracaat yolu” kapsamında olan iptal davasında hakem kararının bozularak tekrar hakeme gönderilmesi gibi bir prosedür olmadığı gibi, hakem kararına yönelik olarak yapılacak değerlendirmeler de kararın esasına ilişkin değildir⁴⁴. İptal davasında, kararın varlığı ile geçerliliği konu edilmekte ve iptal sebepleri de temyiz sebeplerinden farklı olarak usuli nedenlere dayanmaktadır⁴⁵. Her ne kadar doktrinde “yargılamanın usulüne uygun yürütülüp yürütülmediği ve bunun kararın esasına etkili olup olmadığı” incelemesiyle iptal davasında uyuşmazlığın esasına ilişkin sebepler yönünden inceleme yapıldığı öne sürülmekte ise de⁴⁶, kanaatimizce buradaki inceleme aslında yine usuli olup, usuldeki bu hatanın kararın esasını ne ölçüde etkilediğine bakılmakta ve somut uyuşmazlık bakımından varılan maddi sonuç esasa ilişkin olarak irdelenmemektedir. Dolayısıyla, iptal davası

⁴⁴ Akıncı, Tahkim, s. 192, dipn. 374; Kalpsüz, Tahkim, s. 100.

⁴⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 100-101.

⁴⁶ Kalpsüz, Tahkim, s. 102.

bakımından yapılacak olan bu incelemenin bir temyiz incelemesi boyutuna vardığı da söylenemeyecektir.

UNCITRAL Model Kanun’da iptal davasının üç ay içerisinde açılması gerektiği belirtilmişken, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda bu süre kararın icrailiğinin sağlanabilmesi ve tahkimin daha hızlı sonuç vermesi bakımından otuz güne indirilmiştir⁴⁷.

İptal davası sonucu iptal hükmü verilmekle hakem kararı ortadan kalkmakta ve hakem heyetinin yetkisi de sona ermektedir⁴⁸.

III. TAHKİMİN FAYDA VE SAKINCALARI

A) TAHKİMİN FAYDALARI

Milletlerarası tahkimin başta gelen faydası, hakem kararlarının icra edilebilirliği bakımındandır. Önceki bölümde de açıklandığı üzere⁴⁹ istisnai nitelikteki tahkim kararlarının iptali, hakem kararının esasını inceleme yasağı (*revision au fond*) uyarınca genellikle şekli meselelerden ya da kamu düzeninden kaynaklanmaktadır.

Özellikle ülkemizin de taraf olduğu New York Sözleşmesi, hakem kararlarının kolaylıkla ve Sözleşme’ye taraf olan çok sayıda ülkede yeknesak şekilde tenfiz edilebilirliğini amaçlamaktadır. Zira Sözleşme hükümleri tahkim bakımından nisbi emredici norm hükmünde olup, tarafların Sözleşme’den daha lehe uygulamalarda bulunması mümkündür. Dolayısıyla, Tokyo istinaf mahkemesinin de belirttiği üzere, mahkemeler icra edilmemeye ilişkin sözleşme ve kanun hükümlerini *ratio legis*’e uygun olarak dar yorumlanmalı ve usulün bütünlüğüne zarar veren veya ciddi usuli düzensizlik teşkil eden sorunlar bulunmadıkça hükmün icrailiği

⁴⁷ Akıncı, Tahkim, s. 193.

⁴⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 101.

⁴⁹ bkz. Kesin ve Bağlayıcı bir Hükme Varılması, s. 24 vd.

sağlanarak, yabancı hakem kararlarına yerli hakem kararları ile eşit muamele yapılmalıdır⁵⁰.

Hukukumuzda, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un II. kısmının II. bölümünün 34 ile 42. maddeleri arasında düzenlenmişken, yabancı hakem kararlarının tenfizi yine aynı Kanun'un aynı kısım ve aynı bölümünde yer alan 43 ile 45. maddeleri arasında hüküm altına alınmıştır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 45. maddesinde, tenfiz isteminin reddi sebepleri iptal davasını düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesine paralel olarak kaleme alınmıştır. Ayrıca, tenfiz şartları bakımından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 44. maddesinde, 38. maddenin (a) bendine atıfta bulunularak hakem kararlarının tenfizinde de, mahkeme kararlarının tenfizine kıyasen, karşılıklılığın aranacağı ifade edilmektedir. Milletlerarası hakem kararlarının tenfizi bilhassa bu yönü ile mahkeme kararlarının tenfizine nazaran kolaylık teşkil etmekte, 135 ülkenin taraf olduğu⁵¹ New York Sözleşmesi uyarınca karşılıklılığın bir türü olan akdi karşılıklılık sağlanmakta ve ayrıca Sözleşme'deki tenfizin reddi nedenleri de taraf devletlerce kabul edilmiş bulunmaktadır. Böylece, tenfiz uygulaması başta olmak üzere birçok temel mesele hakkında milletlerarası camiada yeknesaklık sağlanmaktadır. Aksi takdirde, milli düzenlemelerde birbirinden çok farklı koşullara tabi tutulan hakem kararları, bir hukuk düzeninde geçerli olan tahkim anlaşmasının başka bir hukuk sisteminde geçersiz sayılması gibi nedenlerle iptal davasına konu olabilecek ya da hakem kararı tenfiz edilemeyerek hükümden beklenen fayda sağlanamayacaktır⁵². Tenfiz açısından sağlanmış olan bu kolaylık, icrailiğin kısa sürede ve masrafsız biçimde sağlanabilmesine yardımcı olacaktır⁵³.

⁵⁰ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 94; Birsal, Mahmut Tevfik.; Milletlerarası Tahkim ve Türkiye, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl : 1 (1980), Sayı: 1, İzmir, 1981, s. 107 (Milletlerarası Tahkim ve Türkiye); Moses, s. 3.

⁵¹ New York Sözleşmesi'ne taraf olan ülkeler ve onay süreçleri için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Şubat, 2011).

⁵² Deren Yıldırım, s. 26.

⁵³ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 96; Akıncı, Tahkim, s. 32; Akıncı, Tenfiz, s. 41; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 221-222; Koral, Rabi; Milletlerarası Hakemlik Alanında Yargıtay XI. Hukuk Dairemizin Devrim Yaratan Son Kararları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:8, 1998, Sayı:1, s. 43-44 (Yargıtay XI. Dairesinin Kararı); Tarman, Zeynep Derya; Tahkim ve Gizlilik, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hakem yargılamasında, mahkemedeki yargılamaya nazaran daha az keşif yapılmakta, tarafların ya da hakemlerin belirlediği usul kurallarının uygulanmasıyla yargılama hızlanabilmekte, hakimlere nazaran çok daha az iş yükü olan hakemlerin daha çabuk karara varmaları mümkün olmaktadır⁵⁴. Ayrıca, tahkim sonucu verilecek karara karşı başvurulabilecek hukuki yolların istisnai nitelikte olması, özellikle ticari hayatın gereklerine uygunluk bakımından uyuşmazlığın hızlıca halledilerek ticari ilişkilere devam edilebilmesi bakımından tahkimi cazip kılmaktadır.

Tahkimin tercih sebebi olmasında etkili olan en önemli unsurlardan bir diğeri, devlet yargılamasında aleniliğin kural, gizliliğin istisna olmasına karşın; tahkim sürecinin ve varılan kararın niteliği gereği gizli tutulmasıdır. Özellikle, hakem kararlarının kural olarak yayınlanmamasının bir sonucu olarak, yargılama sürecinde ifşa edilmesi söz konusu olabilecek ticari sırların, şirketlerin mali durumlarının ve ticari defterlerin gizliliği sağlanabilecektir⁵⁵. Tahkim yargılamasında gizlilik, yargılama sırasında kullanılan ya da ortaya çıkan her türlü bilgi ve belge ile hakemlerin kimliklerini ve hükmün içeriğini kapsamaktadır⁵⁶. Ayrıca, çoğu tahkim kurumunun kurallarında da gizlilik kaydı yer almakta; tarafların yapacakları bir gizlilik anlaşması sonucu bilirkişi, tanık,... vb. kişilerin de ifadelerini kapsayacak şekilde gizlilik koruması genişletilebilmektedir⁵⁷. Öte yandan, bazı tahkim kurumlarında taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça duruşmalar kamera kaydına

Dergisi, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/1, İstanbul, s. 305; Yılmaz, İlhan; Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ISCID –Yargılama Yetkisi -, Betan Yayınları, s. 8-9.

⁵⁴ Akıncı, Ziya; Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1994, Sayı: 2, s. 9 (İptal Edilen Hakem Kararları); Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 96; Akıncı, Tahkim, s. 34; Akıncı, Tenfiz, s. 44; Aydoğan, s. 5; Ekşi, İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi, s. 371; Moses, s. 4; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 220; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 468; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 84-85; Tarman, s. 305; Ulusoy, Erol; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 45; Yılmaz, İlhan, s. 8.

⁵⁵ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 96; Akıncı, Tahkim, s. 33; Akıncı, Tenfiz, s. 44; Akıncı, Ziya; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, s. 102 (Sempozyum); Aydoğan, s. 5; Ekşi, İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi, s. 371; Moses, s. 3; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 222; Özsunay, Ergun; Tahkim Yargılamasında Mahremiyet (Mahremiyet), İstanbul Barosu Dergisi Sayı:2004/2’den Ayrı Bası, s. 4; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 468; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 84-85; Tarman, s. 305; Yılmaz, İlhan, s. 9.

⁵⁶ Tarman, s. 313; Özsunay, Mahremiyet, s. 4.

⁵⁷ Moses, s. 3; Özsunay (Mahremiyet), s. 18-21 Tarman, s. 325.

alınmakta, fakat aksine hüküm bulunmadıkça tüm yargılama ve hüküm gizli kalmaktadır⁵⁸.

Tahkimde taraflar, belirli konularda uzmanlaşmış kişileri hakem olarak seçebilme yetkisini haizdir. Böylece, hem yargılama hızlanmakta hem de verilecek olan karara nispeten daha fazla güven duyulmaktadır. Tahkime duyulacak güven açısından temel öneme sahip diğer bir nokta, uyuşmazlığın her iki tarafının da diğer tarafın milli mahkemesi dışında bir yargılamaya tabi olması bakımından tarafsız bir mekanizmanın işleyeceği düşüncesidir. Özellikle milletlerarası nitelikteki meselelerde tahkimin tercih sebebi olmasının temel nedeni, özel hukuk alanında milletlerarası bir mahkemenin bulunmaması ve tahkim yargılamasının uyuşmazlığa taraf olan kişilerin uyuşmazlığında bulunduğu devletlerin yargılama sistemlerinden bağımsız ve tarafsız bir müessese olmasıdır⁵⁹. Özellikle, bir devlet ya da devlet kuruluşunun diğer bir devletin yargı sistemine tabi olması, uyuşmazlık konusu ilişki bir özel hukuk ilişkisi olsa dahi, devletlerin egemen eşitliği prensibi bakımından düşünüldüğünde, istenmeyecek bir durumdur⁶⁰. Tahkim bu açıdan incelendiğinde, hem dar anlamda tarafsızlığın hem de geniş anlamda tarafsızlığın karşılandığı söylenebilecektir.

Subjektif bir kavram olan “dar anlamda tarafsızlık”, uyuşmazlığın her iki tarafına da eşit muamelede bulunularak, silahların eşitliği prensibinin gözardı edilmemesi anlamına gelmektedir⁶¹. Tahkim yargılamasını devlet yargısına nazaran daha güvenilir kılan “geniş anlamda tarafsızlık” ise, objektif bir kavram olarak, hakemlerin milliyetinin, tahkim yerinin, tahkim prosedürünün, tahkim dilinin,

⁵⁸ PCA Rules, Art. 32/5, www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1067 (Şubat, 2011).

⁵⁹ Zira, *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Libya, The Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Co. ve Saudi Arabia v. ARAMCO* davalarında tahkim yerinin uyuşmazlığın tarafı olan egemen devlet ülkesi olması nedeniyle tenfiz yeri hukukunun uygulanmasından dahi vazgeçilerek, usule uygulanacak hukukun milletlerarası hukuk uyarınca tespit edileceği kabul edilmiştir. Akıncı, *Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları*, s. 95-98; Akıncı, *Tenfiz*, s. 131-132; Aydoğan, s. 5; Birsell, *Milletlerarası Tahkim ve Türkiye*, s. 100; Karan Hakan, s.216; Yılmaz, İlhan, s. 9.

⁶⁰ Akıncı, *Tahkim*, s. 32-33; Akıncı, *Tenfiz*, s. 43-44; Kalpsüz, *Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli*, s. 2; Moses, s. 3; Şanlı, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 220-221.

⁶¹ Akıncı, *Tenfiz*, s. 44, dipn. 139.

uygulanacak kuralların taraflarca belirlenebilmesi ve taraflar ve ülkeleri ile bizzat ilişkili olmayan unsurların ve kuralların seçilerek taraflara güven sağlanmasıdır⁶².

Tahkim sürecinde tarafların sahip olduğu irade serbestisi yalnızca hakem seçiminde kendini göstermemekte; uygulanacak usul kurallarının, yargılama dilinin, yargılama yapılacak ülkenin seçiminde de etkili olmaktadır⁶³. Tahkimde ayrıca, maddi hukuk kurallarına zorunlu bir bağlılık bulunması söz konusu olmayacak, hakemlerce ilgili ticari meselelere en uygun örf-adet (*Lex Mercatoria Universalis*), uyuşmazlığın bağlı olduğu sektörde kabul gören uygulamalar ve milletlerarası ticaretin gerekleri nazara alınarak tarafların menfaatlerine ve hakkaniyete en uygun karar ortaya konulabilecektir⁶⁴. Bu bakımdan tahkim, ekonomik ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde milli mevzuatın yetersiz kalmasına karşı bir çıkış yolu sunmaktadır⁶⁵.

Tarafların temsili bakımından da tahkim büyük esneklik sağlamakta, yargılamanın yapıldığı ülkenin vatandaşı olan avukatlar tarafından temsil zorunluluğu bulunmamakta; hatta bunun da ötesinde avukatla temsil zorunluluğundan dahi bahsedilmemektedir⁶⁶.

Özetle, tahkim pratikliği, ticari hayatın gereklerine uygunluğu, gizlilik sağlaması, uygulanacak kuralların taraflarca belirlenebilmesi gibi birçok faydayı bünyesinde barındıran usul ekonomisine uygun bir yöntemdir. Dünya genelinde yargı yetkisini haiz bir milletlerarası ticaret mahkemesi bulunmadığından, bu ihtiyaç açılan faydaları milletlerarası tahkimle karşılanmaya çalışılmaktadır⁶⁷.

⁶² Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 95-98; Akıncı, Tenfiz, s. 44, dipn. 139; Aydoğan, s. 113; Moses, s. 17; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 248.

⁶³ Akıncı, Tahkim, s. 33; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 468; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 84; Yılmaz, İlhan, s. 8-9.

⁶⁴ Birsal, Tenfiz, s. 2; Birsal, Milletlerarası Tahkim ve Türkiye, s. 100; Birsal/Budak, s. 182-184; Karan Hakan, s. 217; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 221.

⁶⁵ Birsal, Milletlerarası Tahkim ve Türkiye, s. 100.

⁶⁶ Yılmaz, İlhan, s. 9.

⁶⁷ Karan Hakan, s. 211; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 255.

B) TAHKİMİN SAKINCALARI

Tahkime başvurulmasının sakıncaları aslında tahkim bakımından fayda olarak kabul edilen durumların, uyuşmazlığın özelliği gereği birer olumsuzluğa dönüşmesi ile ortaya çıkmaktadır⁶⁸. Örneğin, aslında keşif yapılmasının ciddi önem teşkil ettiği bir uyuşmazlık söz konusu iken tahkim sürecinde keşfe gerekli ağırlığın verilmemesi, ispat yükünü ve delil ikame yükünü taşıyan taraflar için olumsuzluk teşkil edebilir niteliktedir.

Açıklandığı üzere, hakem kararına karşı iptal yoluna başvurulması, istisnai durumlara hasredilmiştir. Hakem kararına karşı kararın esasına yönelik başvurulabilecek bir merci bulunmayışı, özellikle hakemin hukuki açıdan yaptığı değerlendirmeler ya da vakıalar bakımından yanlış bir karara varmış olması halinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Bu düşünceyle, Amerika’da bazı tahkim anlaşmalarına, hakem kararının esasına ilişkin olarak kanun yollarına başvuru imkanı tanıyan hükümler konulabilmektedir⁶⁹.

Kanaatimizce, tahkimin en ciddi sakıncası, hakemlerin –hakimlerden farklı olarak- zorlayıcı (cebri) icra yetkilerinin bulunmayışıdır⁷⁰. Hakemler, bir kararın gereğini yaptırım uygulama yoluyla yerine getirtme kudretini haiz değildirler. Özellikle hakemlerce verilecek ihtiyadi tedbir ya da ihtiyadi haciz kararlarının, ara kararların veya nihai kararların, aleyhine karar verilen kişi tarafından yerine getirilmemesi ihtimali gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda, tahkim kurulunun öngördüğü eylemlerin yerine getirilmesi için gerektiğinde mahkeme yardımı talep edilebilirse de, yerel mahkemenin bu hususta yapacağı yorum tahkimin bağımsız ve tarafsız niteliğini zedeleyici etkide bulunabilir⁷¹. Bu yardım talebi ancak uyuşmazlığa taraf olan kişilerce yapılabilecek olup, hakemlerin bu gibi bir başvuruda bulunma yetkileri bulunmamaktadır⁷². Öte yandan, hakemler, bir tarafın verilen talimatları

⁶⁸ Akyol, s. 67-68; Moses, s. 3.

⁶⁹ Moses, s. 4-5.

⁷⁰ Akıncı, Tenfiz, s. 42; Aydoğan, s. 50-51; Karan Hakan, s. 209; Moses, s. 5; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 104-105; Yeşilova, s. 92.

⁷¹ Aydoğan, s. 50-51; Moses, s. 5; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 222.

⁷² Aydoğan, s. 51.

yerine getirmemesini uyuşmazlığın esasına ilişkin sonuca varırken nazara alabilecektir⁷³. Fakat, bu durum yalnızca uyuşmazlığa taraf olan kişilerin hakem kararına riayet etmemeleri halinde geçerli olabilecek, uyuşmazlığa taraf olmayan tanık, bilirkişi...vb. bakımından ise, tahkim sözleşmesinin tamamen sözleşmeye taraf olan kişilerin iradesine dayalı olması nedeniyle, hakemlerin hiçbir caydırıcı kuvveti olmayacak ve yine zorlayıcı kuvvet olarak devlet mahkemelerinin yardımının talep edilmesi kaçınılmaz olacaktır.

Söz konusu olabilecek diğer bir tehlike, hakemlerin belirlenen süre içerisinde bir karara varamamaları halidir. Hukukumuz bakımından Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10. maddenin (B) fıkrasında "1 yıl", ICC Tahkim Kuralları'nın 24. maddesinin 1. fıkrasında ise "6 ay" olarak öngörülmüş olan tahkim süresi içerisinde tahkim mahkemesinin bir karara varması gerekmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre bu süre ancak tarafların anlaşmasıyla ya da tarafların anlaşamamaları halinde taraflardan birini başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemelerince uzatılabilmektedir. Süre sonunda hakem mahkemesince bir karara varılamamışsa ya da mahkemeye sunulan uzatma talebi reddedilmişse ve bir karara varılamamışsa, tarafların yeniden bir tahkim anlaşması akdetmeleri ve tahkim prosedürüne en başından başlamaları gerekebilecektir⁷⁴. Bu ise, aslında pratik bir yöntem olan tahkimin çetrefilli bir hal almasına ve zaman kaybına yol açmasına neden olabilecektir.

Devlet yargı sistemlerinde, usul ekonomisi uyarınca hakimlerin sahip olduğu dava ve/veya iddiaları birleştirme yetkisi, ilgili kişiler için daha pratik ve faydalı olacaksa bile, tahkim yargılamasında söz konusu olamayacak bir husustur⁷⁵. Nitekim, hakemler yalnızca kendilerine verilen yetki doğrultusunda, tahkim anlaşmasının tarafları için ve tahkim anlaşmasında belirlenen uyuşmazlık için yargılama yapma ve bir karara varma yetkisine sahip olup, bu yargılamanın başka bir tahkim sözleşmesi uyarınca yürütülen yargılama ile birleştirilmesi mümkün değildir.

⁷³ Aydoğan, s. 50-51; Moses, s. 5.

⁷⁴ Akıncı, Tahkim, s. 34.

⁷⁵ Moses, s. 3.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesinin (B) fıkrası uyarınca tarafların hakem seçimi konusunda anlaşamamaları halinde Asliye Hukuk Mahkemesi'ne hakem seçimi konusunda yetki tanınmıştır. Her ne kadar bu hüküm sürecin tıkanmasını engelleme amacıyla getirilmiş olsa da, hakemin ya da baş hakemin 7. madde uyarınca mahkemece atandığı durumlarda tarafların öngörmediği ya da ilgili konuda uzmanlaşmamış kişilerin hakem olarak tayin edilmesi riski bulunmaktadır⁷⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunumuzun 6. maddesi ile hakemlerin ihtiyadi tedbir ya da ihtiyadi haciz kararı verebilecekleri hüküm altına alınmışsa da, tahkimin işleyeceği farklı hukuk sistemlerinde bu imkanın bulunmaması ihtimali söz konusu olabilecektir⁷⁷.

Tahkimin olumsuzlukları bakımından ilk akla gelebilecek olan husus, tahkimin pahalı bir yöntem olabileceğidir. Belirtildiği üzere, tarafların hakem kararına uymaması ya da tahkim yargılamasının süresi içinde sonuçlandırılmayarak yargılamaya yeniden başlanması hallerinde hem süreç uzayacak ve zaman kaybı söz konusu olacak hem de ilerleyen zamana paralel olarak masraflar da katlanacak ve son derece pahalı bir sonuç elde edilmiş olacaktır⁷⁸. Ayrıca, ticari hayatın gerekleri bakımından düşünüldüğünde uyuşmazlık konusu olabilecek malların bekletilmesi, teslim alınamaması gibi sorunlar ortaya çıkabilecek, yoksun kalınan kar dahi söz konusu olabilecektir.

Devlet mahkemelerinin tersine, taraf iradesine dayalı olan tahkimde her tür masraf taraflarca karşılandığından, ağır bir bilançonun ortaya çıkması riski mevcuttur. Tahkim giderlerinin neler olduğu, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun "Tahkim Giderleri" başlıklı 6. bölümünün 16. maddesinin (B) fıkrasında belirtilmiştir. Kısaca, *"tahkim yargılamasının yürütülebilmesi için yapılması gerekli bütün harcamalar"* olarak tanımlanabilecek bu giderler, yine tamamlayıcı bir hüküm

⁷⁶ Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 96-98.

⁷⁷ Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 96-98.

⁷⁸ Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 96-98; Akıncı, Tenfiz, s. 42; Akyol, s. 67-68.

olan Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesinin (D) fıkrası uyarınca, taraflar arasında paylaşılacaktır⁷⁹. Buna göre, tahkim giderlerine, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, haksız çıkan taraf katlanacak; her iki tarafın da kısmen haklı olması durumunda ise yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında taksim edilecektir. Tahkim yargılamasını sona erdiren veya taraflar arasındaki sulhu tespit eden kararlarda da yine yargılama giderleri tespit edilerek, duruma göre paylaşılacaktır.

UNCITRAL Model Kanun'un 17G maddesinde, geçici tedbir ya da ön karar talebinde bulunan tarafın, bu tedbir ya da ön kararın aslında alınmaması gerektiğinin tespiti üzerine, diğer tarafın yapmış olduğu masrafları ve zararları karşılamakla yükümlü olduğu ve hakemlerin buna yargılamanın her aşmasında karar verebileceği belirtilmiştir.

Tahkimin esasında pahalı bir yöntem olup olmadığı, diğer tüm faydalar ve sakıncalar bakımından olduğu gibi, mevcut vakıaya münhasır olarak değerlendirmeli ve sonuca varılmalıdır. Nitekim, yüksek değerleri konu edinen uyuşmazlıklar bakımından genel olarak tahkimin ucuz bir yöntem olacağı söylenebilecek iken, küçük miktarlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından tahkimin devlet yargısına kıyasen pahalı gözüktüğü kabul edilebilirse de, özellikle ticari hayatın gerekleri, gizlilik, hız ve tarafların beklentileri bakımından tahkimin daha ekonomik sonuçlar doğurması da mümkündür⁸⁰.

Özetle, milletlerarası tahkime yapılan başvuruların hem sayı olarak artmasının hem de ilgili olduğu uyuşmazlıkların yüksek değerlere ilişkin olmasının bir sonucu olarak taraflarca birçok yargılama taktiği tahkime de taşınmış, bu nedenle tahkim giderleri artmış, yargılamada ertelemeler gerçekleşmiş ve tahkim prosedürü uzamıştır⁸¹. Bununla birlikte, tahkimin kendine özgü tüm özellikleri ve faydaları, tahkimde karşılaşılabilecek bazı olumsuzluklara rağmen tahkimi tercih edilir kılabilir.

⁷⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 132, 140.

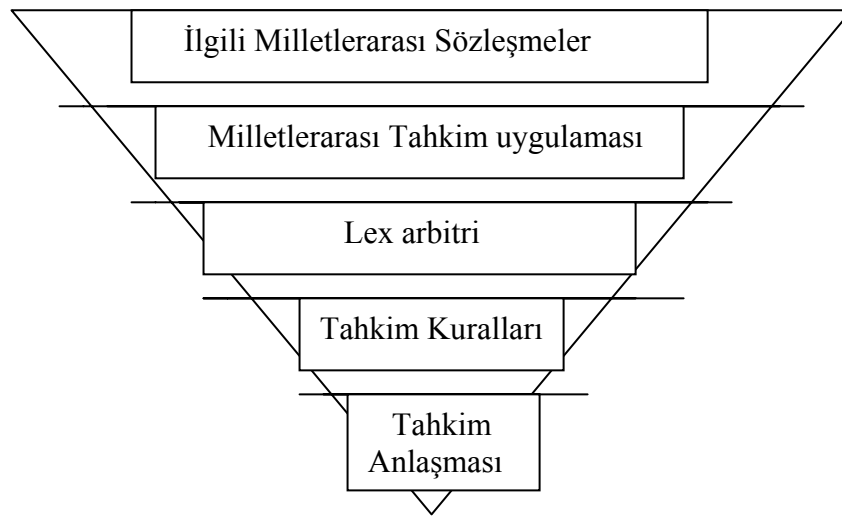
⁸⁰ Akıncı, Tahkim, s. 34.

⁸¹ Moses, s. 4.

IV. MİLLETLERARASI TAHKİMİN HUKUKİ ÇERÇEVESİ

A) TAHKİM ANLAŞMASI

Tahkim müessesesini düzenleyen birçok kanun, kural ve klavuz bulunsa da, genel olarak bu düzenleyici metinler incelendiğinde, söz konusu kuralların yapısının, mahiyeti ve etki alanına alabileceği taraflar bakımından ters bir piramit şeklinde olduğu görülecektir⁸². Piramidin aşağı bakan yüzünde, kural olarak yalnızca bu sözleşmenin taraflarını etkileyen “tahkim anlaşması” yer almaktadır. Bu anlaşma, uyuşmazlığın çözüm sürecinin temel olarak düzenlendiği metin olup; tarafların, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümüne ilişkin irade beyanının yanı sıra, tahkim sürecinin işleyişine dair kuralları da içerebilmektedir. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 8. maddesi, tarafların tahkim sürecinde uygulanacak olan kuralları, yine Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere serbestçe kararlaştırabileceğini ya da taraflarca tahkimle ilgili mevcut düzenlemelere atıfta bulunulabileceğini düzenlemektedir. Zaten daha önce de belirtildiği üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki hükümler genel olarak “taraflar aksini kararlaştırmadıkça” lafzını içeren hükümler olup, tamamlayıcı niteliktedir. Emredici hükümler ise genellikle kamu düzeni endişesi ile getirilmiş olup, istisnai düzenlemelerdir.



⁸² Moses, s. 5.

Taraflarca gündeme getirilebilecek olan “tahkim usulüne aykırılık dolayısıyla açılacak davalar”, tarafların tahkim sözleşmesi ile belirlediği usule ya da esasa dair kurallara aykırılıktan kaynaklanabilir.

Tahkim usulüne ilişkin söz konusu kurallar, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi ile tahkim sürecinin en başında kararlaştırılabileceği gibi, tahkim süreci işlemeye başladıktan sonra da yargılama sırasında –kural olarak ileriye etkili şekilde- kararlaştırılabilir⁸³.

Tahkim anlaşmasının ters piramidin zeminine oturtulmasının temel sebebi, bu anlaşmanın tahkime hukuki zemin sağlayan temel metin olmasıdır. Açıklandığı üzere bu anlaşma ile taraflar, ileride söz konusu olabilecek uyuşmazlıkların devlet mahkemeleri yerine tahkim yargılamasına tabi olmasını sağlamaktadır. Hem tahkimin zeminin hazırlayan hem de bu sürecin kurallarını belirleyebilecek olan söz konusu metin, deyim yerinde ise “tahkim sürecinin anayasası” olarak da nitelendirilebilir. Tahkim anlaşmasının geçersiz olması durumunda tahkime gidilebilmesi için hukuki bir zemin de kalmayacağından, herhangi bir hukuki çerçeve de söz konusu olmayacaktır.

Tahkim süreci ele alındığında, üç tip sözleşmenin mevcut olduğu görülecektir⁸⁴. İlk sözleşme, taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve usuli bir sözleşme olarak kabul edilen “tahkim sözleşmesi”dir. İşte bu sözleşme, piramidin zeminini oluşturan ve tahkimi devlet yargılamasına nazaran öncelikli kılan sözleşmedir. Bu sözleşme, uyuşmazlık konusu temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmeden ayrı olarak akdedilebileceği gibi, bu sözleşmenin içinde yer alan bir hüküm olarak da var olabilir.

Tahkim sözleşmesinin şekli geçerlilik şartları, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinin yanı sıra, New York Sözleşmesi’nin 2. maddesi ile Avrupa Sözleşmesi’nin 1. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiş olup, tüm bu düzenlemeler birbiri ile uyum içerisindedir. Tahkim sözleşmesinin esasa dair

⁸³ Akıncı, Tahkim, s. 121-122; Deren Yıldırım, s. 51-53; Tanrıbilir/Şit, s. 832; Yılmaz, İlhan, s. 13.

⁸⁴ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 223.

geçerlilik şartları ise yine Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesi ile New York Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi ve Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde düzenlenmiş olup, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda bu düzenlemelerden farklı olarak yalnızca tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmediği hallerde Türk hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Esasında Milletlerarası Tahkim Kanunu zaten tahkim yeri Türkiye olan tahkimleri esas aldığından, bu hüküm de milletlerarası düzenlemeler ile örtüşmektedir⁸⁵. Nitekim, New York ve Avrupa Sözleşmelerinde de böyle bir durumda tahkim prosedürünün işlediği yer hukukunun esas alınacağı belirtilmektedir. Öte yandan, tarafların tahkim anlaşmasında Türk kanunlarının uygulanmasını öngörmeleri, Yargıtayca hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından Türk kanunlarının uygulanmasının kararlaştırıldığı şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁶.

Tahkimde söz konusu olabilecek ikinci anlaşma, tahkim konusu ihtilafi doğuran “esasa dair sözleşme (esas sözleşme)”dir. Bu sözleşme ile tahkim sözleşmesi münhasır sözleşmeler olup, her biri geçerlilik bakımından tabi olduğu hukuka göre ayrı ayrı ele alınacaktır⁸⁷.

Tahkim ilişkisinde mevcut olan son sözleşme, taraflarla hakemler arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve yazılı ya da sözlü olarak akdedilebilen “hakem sözleşmesi”dir⁸⁸. Bu sözleşme, hakemler ve taraflarca hazırlanan “görev belgesi” (*terms of reference*) ile yazılı hale gelen bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁸⁹.

B) TAHKİM KURALLARI

Tahkim kuralları, bu yolu tercih eden tüm taraflarca uygulanabilen ve bazı hallerde tahkim anlaşmasında düzenleme yapılması yoluyla taraflarca değiştirilebilen

⁸⁵ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s.225, dipn.232.

⁸⁶ Yarg. 15. HD. T: 01.02.1996, E: 6209, K: 527 (Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 168).

⁸⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 225.

⁸⁸ Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1030-1031; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 223.

⁸⁹ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 223, 253.

kurallar olup, genellikle emredici nitelikte değildir. Yani, taraflarca belirli bir husus hakkında anlaşmaya varılmışsa ve söz konusu tahkim kuralları emredici nitelikte değilse, tarafların varmış oldukları anlaşma ilgili kuralın önüne geçecektir. Nitekim taraflar; milli, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına –örneğin ICC Tahkim Kurallarına, UNCITRAL Model Kanununa- yapacakları atıflar ile bu kuralların uygulanmasına imkan sağlayabilecekleri gibi, kuralları bizzat da kaleme alabileceklerdir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki emredici kurallar açısından en dikkat çekici hüküm, 10. maddenin (B) fıkrasıdır. Hüküm, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlediği tarihten itibaren bir yıl içerisinde esas hakkında karar verileceğini belirtmekte, bu sürenin yalnızca tarafların anlaşmasıyla veya anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından uzatılabileceğini emredici şekilde düzenlemektedir. Oysa, milletlerarası tahkim uygulamasında, genellikle tahkim enstitüsünün yetkilendirdiği bir organın ya da tahkim yargılamasını yapan hakemin kendisinin tahkim süresini uzatmaya yetkili olduğu görülmektedir⁹⁰. Dolayısıyla, milletlerarası düzenlemelere karşın, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 10. maddesinin (B) fıkrasına uygun şekilde uzatılmayan bir tahkim süresi söz konusu olduğunda, mevcut uzatma geçerli kabul edilmeyecek; hatta Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 10. maddesindeki bir yıllık sürenin aşılmış olması halinde geçersiz bir tahkim anlaşması söz konusu olacaktır.

C) LEX ARBITRI

“*Lex Arbitri*” denilen tahkim yeri hukuku⁹¹, açıklandığı üzere genel olarak emredici hükümler içermeyen ve taraflarca kararlaştırılmayan konularda devreye giren kurallardır. Hukukumuz bakımından bu kavram, Milletlerarası Tahkim Kanunu ile karşılanmakta, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 17. maddesinin aksi yorumundan (*a contrary*) anlaşılabileceği üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda

⁹⁰ Akıncı, Tahkim, s. 122-123.

⁹¹ Karan Hakan, s. 207.

düzenlenmeyen konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na⁹² başvurulabilmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu, yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, yabancılık unsuru ihtiva eden tahkimler için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yerini almış olduğundan, daha önceden tarafların seçimi ile ya da doğrudan mevzuat uyarınca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabi olan ve henüz tamamlanmamış olan yabancı unsurlu tahkim yargılamaları, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre yürütülecektir⁹³.

Yukarıda açıklanan “Tahkim Kuralları”, *lex arbitri*'den farklı olarak mutlaka tahkim yerinde uygulanan kurallar olmak zorunda olmayıp, taraflarca seçilmiş olan belirli bir sistemdeki tahkime ilişkin kurallardır. Oysa *lex arbitri*, tahkim yeri ülkesindeki milletlerarası tahkime ilişkin usuli kuralları ifade etmektedir. Her iki kural da, istisnai olarak mevcut bulunan emredici hükümler hariç olmak kaydıyla, taraflarca değiştirilebilir niteliktedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, irade serbestisinin kullanılmasında *lex arbitri*nin emredici hükümlerine ve kamu düzenine riayet edilmesi gereğidir⁹⁴. Aksi takdirde, tahkim yeri hukukunun yasaklamış olduğu bir tahkim sözleşmesi ya da sözleşme unsurları bahse konu olacak ve geçersizlik sonucu doğacaktır⁹⁵.

Ülkemizde tahkimin hukuki çerçevesi bakımından terditli bir sistem benimsenmiş olup, emredici kurallar saklı kalmak kaydıyla, taraflarca kararlaştırılan kurallara öncelik tanınmaktadır. Bu kurallarda boşluk olduğunda Milletlerarası Tahkim Kanunu'na yönelinmekte, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da karşılanmayan konularda ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. *Lex arbitri*'yi, tahkimin esasına uygulanacak olan hukukla karıştırmamak gerekir. *Lex arbitri*, usuli hükümler içeren kurallar olup, taraflarca esasa uygulanacak hukukun *lex arbitri*'den farklı olarak seçilmesi muhtemeldir.

⁹² 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Tahkim” başlıklı 11. kısmında 407. madde vd. da yerel nitelikteki tahkime ilişkin kurallar düzenlenmektedir.

⁹³ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 240.

⁹⁴ Karan, Hakan, s. 207.

⁹⁵ Karan, Hakan, s. 208, 210.

Ülkemizde olduğu gibi birçok ülkede, milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması ve uyumlaştırılması için hazırlanmış olan UNCITRAL Model Kanun benimsenmiştir⁹⁶. Böylece ülkemizde de artık yerel nitelikli tahkime ilişkin düzenlemeler içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu değil, milletlerarası düzeyde ve milletlerarası ticari hayatın gereklerine uygun hükümler barındıran bir kanun uygulama alanı bulmakta ve bu durum özellikle milletlerarası ticari ihtiyaçlar bakımından taraflarca Türkiye'nin bir tahkim merkezi olarak seçilmesini teşvik edici rol oynamaktadır. Ülkemizin önemli bir milletlerarası tahkim merkezi haline gelebilmesi için ise yalnızca yasal düzenleme yapılması yeterli olmayıp, bu düzenlemelerin milletlerarası düzeyde tahkim hizmeti sunabilecek kurumsal tahkim merkezleri ile tamamlanması gerekmektedir⁹⁷.

UNCITRAL Model Kanun gibi hazırlanmış olan model kurallar, çeşitli tahkim kuralları ile uyumlu olarak işleyen -yani taraf iradelerine öncelik tanıyan ve emredici nitelikte olmayan- kurallardır⁹⁸. Örneğin, LCIA Model Kurallarının 17. maddesinin 1. fıkrasında taraflar yazılı olarak açıkça başka türlü kararlaştırmadıkça tahkim dilinin anlaşmanın dili olduğu kabul edilmektedir⁹⁹.

Taraflarca tahkim usulüne uygulanmak için benimsenen kuralların, *lex arbitri*'nin emredici hükümleri ile çelişmesi halinde sorun doğacak; hakemlerin taraflarca kararlaştırılan kuralları değil de *lex arbitri*'nin emredici hükümlerini uygulamış olması New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin (d) bendi uyarınca bir tenfiz engeli oluşturacaktır¹⁰⁰. Bunun yanı sıra, *lex arbitri*'nin emredici kurallarına aykırılık da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca bir iptal sebebi teşkil edecektir. Dolayısıyla, tarafların uygulanacak kuralları belirleme erkinin, *lex arbitri*'nin taraflara tanıdığı imkan ölçüsünde olduğu sonucuna varılacaktır¹⁰¹. Aksi takdirde, taraf iradelerine getirilen sınırlamaları aşan işlemlere milli mahkemelerce

⁹⁶ Birsal, Tenfiz, s. 5; Moses, s. 6; Karan Hakan, s. 218; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 236.

⁹⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 237.

⁹⁸ Moses, s. 6.

⁹⁹ Moses, s. 6, dipn. 10; bkz. LCIA (London Court of International Arbitration) Arbitration Rules, http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx (Şubat, 2011).

¹⁰⁰ Akıncı, Tahkim, s. 123.

¹⁰¹ Akıncı, Tahkim, s. 123.

iptal davası sırasında ya da tenfiz aşamasında müdahale edilerek, bu kararların icrailiği engellenebilecektir¹⁰².

New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile Avrupa Sözleşmesi'nin IX. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, tenfiz için tahkim kararının öncelikle usul bakımından taraflarca kararlaştırılan kurallara uygun olması aranmakta, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (g) bendinde de hakem seçiminin ya da hakemlerin uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına veya böyle bir anlaşma yoksa hakem kararının verildiği yer hukukuna (*lex arbitri*) aykırı olması tenfiz isteminin reddi sebebi olarak kabul edilmektedir.

D) MİLLETLERARASI TAHKİM UYGULAMASI

Milletlerarası tahkimde gelişen birçok uygulamayı içeren milletlerarası tahkim uygulaması, bu uygulamaların bazılarının milletlerarası tahkim kuruluşlarınca “Ek Kurallar” ya da “Kılavuz” olarak kodifiye edilmesiyle tahkimin hukuki çerçevesine ışık tutmaktadır. Bu yönde, Milletlerarası Barolar Birliği'nin oluşturduğu “Delil Toplanması Hakkında Kurallar”¹⁰³ ve “Etik Kurallar”¹⁰⁴ ile “Milletlerarası Tahkimde Menfaatler Çatışması Hakkında Kılavuz”¹⁰⁵, UNCITRAL'ın “Tahkim Usulünün Düzenlenmesine İlişkin Notlar”¹⁰⁶ örnek olarak sayılabilecektir.

Bu belgeler herhangi bir yükümlülük öngörmeyip, tahkim uygulamasının yeknesaklaştırılmasına katkıda bulunmakta ve hem taraflara hem de hakemlere yol göstermektedir. Ayrıca, hakemlerin ya da tarafların, bu milletlerarası uygulamaların

¹⁰² Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 223.

¹⁰³ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, <http://www.int-bar.org/images/downloads/iba%20rules%20on%20the%20taking%20of%20evidence.pdf> (Şubat, 2011).

¹⁰⁴ IBA Rules of Ethics for International Arbitrators, http://www.int-bar.org/images/downloads/pubs/Ethics_arbitrators.pdf (Şubat, 2011).

¹⁰⁵ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest (Şubat, 2011).

¹⁰⁶ UNCITRAL Notes on Organising Arbitral Proceedings, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf> (Şubat, 2011).

bazılarının uygulanmasını kararlaştırmaları da mümkündür. Bu milletlerarası uygulamaların kodifiye edilmesindeki temel amaç zaten tahkim uygulaması için uyumlu bir usul sisteminin oluşturulması ve evrensel standartların somutlařtırılmasıdır¹⁰⁷.

E) MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER

Milletlerarası Tahkim bakımından milletlerarası yeknesaklığın sağlanmasının en etkili yolu, birçok devletin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerdir¹⁰⁸. Piramidin tepesinde bulunan milletlerarası sözleşmeler ülkemiz açısından ele alındığında, Anayasamızın 90. maddesi gündeme gelmektedir. Milletlerarası tahkim müessesesi, mevzuatımızda esas olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmekte olup, bu kanunda hüküm bulunmaması ve taraf iradeleri ile bir düzenlemeye gidilmemiş olması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulama alanı bulmaktadır. Anayasamızın 90. maddesinde ise, usulünce yürürlüğe girmiş olan milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu düzenlenmektedir. Yani, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinin son paragrafı ile saklı tutulmuş olan milletlerarası andlaşmalar, Anayasanın 90. maddesine de uygun olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu ile normlar hiyerarşisi bakımından eş düzeyde kabul edilecektir. Öte yandan, milletlerarası bir sözleşmeye taraf olunması ile iç hukuktan kaynaklanan sebeplere dayanılarak milletlerarası yükümlölüklerin bertaraf edilmesi mümkün olamayacağından, milletlerarası sözleşmelerin Milletlerarası Tahkim Kanunu’na göre öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay’ın da bu durumu teyid eden kararları mevcuttur¹⁰⁹.

Tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmelerden hem taraf devlet sayısının en çok olması hem de tahkim anlaşmalarının içeriği ile birlikte icrailiğini de düzenlemesi bakımından uygulama alanı en geniş olan, New York Sözleşmesidir.

¹⁰⁷ Moses, s. 6.

¹⁰⁸ Akıncı, Tenfiz, s. 16.

¹⁰⁹ bkz. Yargıtay 15. HD. T: 01.02.1996, E: 62009, K: 527 sayılı kararı (Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 395-396).

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğüne kadar milletlerarası tahkime ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değilse de, Avrupa Sözleşmesi ve New York Sözleşmesi'ne taraf olmamız dolayısıyla bu sözleşme hükümleri o dönemde de uygulanabilir nitelikteydi.

Milletlerarası ticari hakemlik konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi, New York Sözleşmesi ile bir bütünlük oluşturmakta; New York Sözleşmesi hakem kararlarının tenfizine ağırlık vermekte iken, Avrupa Sözleşmesi ile hükmün verilmesinden önceki aşama olan tahkim anlaşmasının icra edilmesi – yani tahkim anlaşması bulunması durumunda mahkemelerin yetkisizliği-, hakem kararlarının iptali koşulları, hakem heyetinin çalışması ve koşulları gibi hususlar düzenlenmektedir¹¹⁰. Avrupa Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için bir objektif bir de subjektif şart olmak üzere iki şartın bir araya gelmesi aranmaktadır¹¹¹. Subjektif şart, tahkim anlaşmasının yapıldığı sırada tarafların mutad meskenlerinin ya da ikametgahlarının farklı akid devletlerde bulunması iken; objektif şart, uyuşmazlığın milletlerarası ticari bir işten doğmuş olmasıdır¹¹². Bu çerçevede, Avrupa Sözleşmesi ile New York Sözleşmesi arasındaki temel fark, sözleşmelerin uygulama alanı bakımındandır. Avrupa Sözleşmesi'nin 1. maddesinin (a) bendi, sözleşmenin uygulama alanını daraltmış ve akit sırasında farklı taraf devletlerde işlem merkezi ya da mutad meskeni bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan ya da doğabilecek ticari uyuşmazlıklar için sözleşmenin uygulanabileceği belirtmiştir. Oysa, New York Sözleşmesi'nde böyle bir şart aranmamakta; Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasında, gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkan ve tanınması veya tenfizi istenen devlet dışında bir devlette verilen veya tanınması-tenfizi istenen devlette milli sayılmayan hakem kararları için sözleşmenin uygulanacağı belirtilmektedir.

New York Sözleşmesi'nin 1. maddesinde, sözleşmenin kapsamı bakımından iki kriter ortaya konulmaktadır. Kapsam bakımından evrensellik ilkesinin kabul

¹¹⁰ Akıncı, Tahkim, s. 45-46; Kalpsüz, Tahkim, s. 6; Kaplan, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 71; Yeşilova, s. 84.

¹¹¹ Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Gelgel, Günseli; Milletlerarası Tahkim, Mart, 2000, 1. Bası, Beta Yayınevi, s. 24; Yılmaz, Ejder, s. 16.

¹¹² Kaplan, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. Yılmaz, Ejder, s. 71.

edildiğini gösteren ilk husus, “tanıma veya tenfizi istenen ülkeden başka bir ülkede verilmiş hakem kararları”na işaret edilmesi ve sözleşmeye taraf olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir yabancı ülkede verilmiş hakem kararlarının kapsama alınmasıdır¹¹³. Bununla birlikte, bu hüküm sözleşmenin 1. maddesinin 3. fıkrasında taraflara getirilen çekince imkanı ile sınırlanabilmekte ve söz konusu çekince ile yalnızca sözleşmeye taraf olan devletlerin ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının sözleşme kapsamına girebileceği belirtilmektedir. Ülkemiz dahil birçok taraf devlet adı geçen sözleşmeye bu çekince ile taraf olduğundan¹¹⁴, tahkim yeri ülkesinin seçiminde bu durumun nazara alınması, tanıma ve tenfiz kolaylığı açısından yerinde bir yaklaşım olacaktır¹¹⁵.

New York Sözleşmesi’nin 1. maddesine bakıldığında, mülki bir sistemin benimsendiği –yani değerlendirmenin yalnızca tahkim kararının verildiği yer açısından yapıldığı-, uyuşmazlığa taraf kişilerin uyrukluğuna önem verilmediği görülecektir. Dolayısıyla, uyuşmazlığa taraf olan kişiler aynı uyrukluğa sahip olsa dahi, başka bir ülkede verilmiş olan tahkim kararları New York Sözleşmesi kapsamına girecektir.

Sözleşme, uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi şartını aramadığından, hiçbir yabancı unsur içermeyen uyuşmazlıklara yönelik tahkim kararları da sözleşmenin 1. maddesindeki şartları taşıdığı sürece sözleşme kapsamında kabul edilecektir¹¹⁶. Nitekim, farklı bir ülkede verilmiş fakat milletlerarası tahkim kararı niteliğinde olmayan ve o ülkede milli tahkim kararı olarak kabul edilen kararlar da Sözleşme’nin kapsamına girebilmektedir¹¹⁷.

Sözleşmenin kapsamının belirlenmesinde sözleşmenin uygulama alanını genişleten ikinci kriter, Sözleşme’nin 1. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen

¹¹³ Akıncı, Tenfiz, s. 17.

¹¹⁴ bkz. Reservation (a), http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Şubat, 2011).

¹¹⁵ Akıncı, Tenfiz, s. 17.

¹¹⁶ Akıncı, Tenfiz, s. 18; Şit, s. 103.

¹¹⁷ Yeşilova, Bilgehan; Milletlerarası Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir, 2008, Güncel Yayınevi, s. 78.

“sözleşme, **aynı zamanda** tanınması ve icrailiği istenen devlette milli addolunmayan –yani yabancı ya da gayrimilli nitelikteki- milletlerarası hakem kararları hakkında da tatbik edilecektir.” hükmüdür¹¹⁸.

Sözleşmenin kapsamını belirleyen bu iki kriter birbirine bağlı olmayıp, sözleşmenin esas ölçütü olan birinci kriter, ikinci kriterle daraltılamayacaktır¹¹⁹. Yani, ikinci kriter uyarınca “yerli” sayılan bir hakem kararı söz konusu iken, bu hüküm ilk kriteri karşılamakta ise, başka bir deyişle yabancı bir ülkede verilmiş bir hakem kararı mevcutsa, sözleşme yine uygulama alanı bulacak ve kararın tenfizi New York Sözleşmesi’ne tabi olacaktır. Bu nedenle, sözleşmenin kapsamının, Avrupa Sözleşmesi’nden daha geniş olduğu söylenebilecektir.

Ayrıca, Avrupa sözleşmesi yalnızca ticari uyuşmazlıkları kapsamına almakta iken, New York Sözleşmesi bu ayrımı yalnızca çekince koymak isteyen devletler için getirmiş ve ülkemiz tarafından bu yönde bir çekince tesis edilmiş olduğundan¹²⁰, her iki sözleşme de bizim açımızdan yalnızca ticari uyuşmazlıklar için uygulanmaktadır. Bu noktada ise ülkemiz bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun¹²¹ 3. ve 19. maddeleri gündeme gelecek, uyuşmazlığın ticari nitelikte olup olmadığı buna göre belirlenecektir¹²². Sözleşmenin milletlerarası uygulaması açısından duruma bakıldığında ise, birçok devletin ihtilafın ticari olması koşulunu geniş yorumladıkları görülmektedir¹²³.

Herhangi bir uyuşmazlığın neye göre ticari sayılıp sayılmayacağı zaten New York Sözleşmesi’nin 1. maddesinde hükme kavuşturulmuş ve “*her devlet sözleşmenin tatbikini ... kendi milli hukukuna nazaran münhasıran ticari mahiyette*

¹¹⁸ Akıncı, Tenfiz, s. 19-20; Yeşilova, s. 81; Şit, s. 154. Hükmün orijinali “*It shall **also** apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.*” şeklindedir.

¹¹⁹ Akıncı, Tenfiz, s. 20; Yeşilova, s. 81.

¹²⁰ bkz. Reservartion (b),

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Şubat, 2011).

¹²¹ 6102 sayılı ve 13.01.2011 tarihli Türk Ticaret Kanunu, 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹²² Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2000, Sözkese Matbaacılık, 9. Tıpkı Basım, s. 61-67.

¹²³ Akıncı, Tenfiz, s. 22, 110.

sayılanlara hasredeceğini açıklayabilir.” diyerek çekincenin kapsamı belirlenmiştir. Dolayısıyla, sözleşmeyi uygulayacak olan ve bu çekinceyi beyan etmiş olan her devlet, kendi milli hukukunu uygulayarak ticari olma kriterini tespit edecektir. Oysa Avrupa Sözleşmesi’nin 1. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde bu hususa ilişkin herhangi bir kriter yer almamaktadır. Doktrinde, Avrupa Sözleşmesi bakımından uyuşmazlığın ticari niteliğinin ihtilafa bakan mahkemenin hukukuna göre (*lex fori*) belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁴.

New York Sözleşmesi’nin I. maddesinin 3. fıkrasında ayrıca, taraf devletlere tanınan yukarıda açıklanan çekince imkanlarının “karşılıklılık esası” çerçevesinde konulabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle, tahkimin gerçekleşeceği ülke seçilirken dikkatli davranılmalı, özellikle yalnızca sözleşmeye taraf olan devletlerin ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının sözleşme kapsamına girebileceği şeklinde bir çekincenin¹²⁵ söz konusu olması halinde tanıma ve tenfiz açısından sözleşmenin uygulama alanı titizlikle değerlendirilmelidir.

Yukarıda açıklanan çekincelerle örtüşmeyen –yani ticari nitelikte olmayan bir uyuşmazlıkla ilgili olan ya da Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin ülkesinde verilmiş olan- hakem kararları bakımından ise Sözleşme değil, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un yabancı hakem kararlarının tenfizine dair hükümleri geçerli olacaktır¹²⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere, New York ve Avrupa Sözleşmeleri esasında birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Nitekim, Avrupa Sözleşmesi’nin dibace kısmında, tanıma ve tenfize ilişkin New York Sözleşmesi’ne işaret edilmiş ve Avrupa Sözleşmesi’nde tanıma ve tenfiz düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Avrupa Sözleşmesi’nin IX. maddesinin 2. fıkrasında, New York Sözleşmesi’ne taraf devletler arasında hakem kararlarının iptali hususunda yalnızca Avrupa

¹²⁴ Akıncı, Tenfiz, s. 110, dipn. 375; Şanlı, Cemal; 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, 10 Mayıs 1990, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 5 (Sempozyum).

¹²⁵ bkz. Reservation (a),

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (Şubat, 2011).

¹²⁶ Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 92.

Sözleşmesi'nin IX. maddesinin 1. fıkrasındaki iptal sebeplerinin geçerli olabileceği belirtilerek, bu sebeplerden birine dayanmadıkça tanıma ya da tenfizden kaçınılmasının mümkün olamayacağı kabul edilmektedir. Yani, New York Anlaşması yalnızca tanıma ve tanfizi düzenlemekte iken, Avrupa Anlaşması kararın verildiği, hatta kesinleştiği tanıma ve tenfiz öncesi aşamayı düzenlemektedir¹²⁷.

New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin reddi sebebi olarak, hakem kararının iptal edilmiş ya da hükmün icrailiğinin geri bırakılmış olmasını düzenlemiş, fakat iptal nedenlerinin neler olduğu New York Sözleşmesi'nde belirtilmemiştir. İşte Avrupa Sözleşmesi bu açıdan New York Sözleşmesi'ni tamamlayıcı işlev görmektedir ve iptal sebepleri için Avrupa Sözleşmesi'nin IX. maddesi gündeme gelmektedir.

Avrupa Sözleşmesi'nin IX. maddesinin 1. fıkrası, taraf bir devlette münhasıran IX. maddenin 1. fıkrasında sayılan nedenlerle iptal edilmiş olan işbu Sözleşme'nin kapsamına giren bir hakem kararının, diğer bir taraf devlette tanınması ve tenfizinin reddedilebileceğini hüküm altına almıştır. Yani, tanıma ve tenfiz bakımından New York Sözleşmesi'nin V. maddesi, Avrupa Sözleşmesi'nin IX. maddesi ile sınırlanmaktadır.

Avrupa Sözleşmesi'nin iptal sebepleri bakımından sınırlayıcı sayıma (*numerus clausus*) gitmesi ve sözleşmeye taraf devletlerin başka nedenlere dayanarak verecekleri iptal kararlarının tenfize engel teşkil etmeyeceğinin belirtilmesi, Milletlerarası Tahkim kararlarının milli hukuklardan ayrı tutularak yeknesak bir uygulamanın sağlanması olarak nitelendirilebilir¹²⁸.

Milletlerarası sözleşmeler bakımından önem taşıyan diğer bir sözleşme, ülkemizin de taraf olduğu “ICSID” veya “Dünya Bankası Sözleşmesi” denilen “Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının

¹²⁷ Birsal, Tenfiz, s. 12; Erdoğan, s. 103; Şanlı, Sempozyum, s. 3.

¹²⁸ Akıncı, Tenfiz, s. 113, dipn. 385.

Çözümlemesi Hakkında Sözleşme”¹²⁹ dir. Bu sözleşme, gelişmekte olan ülkelerde yatırım yapan kişileri desteklemek ve bu kişilere güvence sağlamak için Dünya Bankası tarafından geliştirilmiş olup, bulunduğu yabancı devletin uygulamalarına ilişkin olarak söz konusu devlete karşı o ülkede dava açmaktan çekinen bir yatırımcının kendi ülkesinde dava açmak zorunda kalmasını önleyerek bağımsız ve tarafsız bir otoriteye başvurabilmesini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir¹³⁰.

Özel bir tahkim yolu olan ICSID tahkim sistemini diğer sistemlerden ayıran iki temel özellik, davacı yatırımcı ile ev sahibi ülke arasında akdedilmiş bir tahkim anlaşmasının aranmıyor ve tahkim sonucu verilecek kararın uygulanabilmesi için milli mahkemelerce verilmiş bir tanıma ya da tenfiz kararının gerekmiyor olmasıdır¹³¹. Sözleşme’nin 26. maddesi uyarınca ev sahibi devlet ile yatırımcılar arasında ayrı ayrı tahkim sözleşmeleri bulunmasa dahi, söz konusu devlet ICSID Sözleşmesi’ne taraf olarak, bundan sonra sözleşme kapsamına girebilecek yatırım uyuşmazlıkları için tahkime gidilmesine baştan rıza göstermektedir. Bu yükümlülüğün aslında ilgili sözleşmeye taraf olunması ile milletlerarası hukuktan kaynaklandığı da söylenebilecektir. Bu durumda, yatırımcının tahkime başvurusuyla devlet ile yatırımcı arasındaki tahkim iradesinin uyuşmuş ve bu anda taraflar arasında bir ticari tahkim anlaşmasının akdedilmiş olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Böylece, küreselleşen dünyada farklı vatandaşlıktaki yatırımcılar yabancı bir devlete karşı o devletin mahkemelerinde dava açmak ve o devletin hukukuna tabi olmak zorunda kalmayacaktır. Öte yandan, Sözleşme’nin 54. maddesi uyarınca her üye devlet bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş tüm kararları bağlayıcı kabul ederek, kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi devletinin mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getirecektir. Dolayısıyla, ICSID tahkim sisteminde tenfiz süreci işlemeyecek, New York Sözleşmesi’nin uygulanabileceği bir durum söz konusu olmayacaktır¹³².

¹²⁹ 02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/9.htm (Şubat, 2011).

¹³⁰ Akıncı, Tahkim, s. 47; Kaplan, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 81; Moses, s. 8; Romero, s. 115; Yılmaz, İlhan, s. 10.

¹³¹ Akıncı, Tahkim, s. 47; Birsal, Tenfiz, s. 12; Gharavi, Hamid G.; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 76; Yılmaz, İlhan, s. 11.

¹³² Birsal, Tenfiz, s. 13.

Benzer şekilde, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Fransa Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması¹³³,nın 9. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, anlaşmazlıkların bir akit tarafça ileri sürülmesinden itibaren 6 aylık bir süre içinde çözümlenememesi halinde taraflardan birinin talebiyle Anlaşma'da öngörülen hakem mahkemesine gidilebilecek ve taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının varlığı aranmayacaktır. Ayrıca, Milletlerarası Tahkime ilişkin çeşitli devletlerle akdedilmiş olan birçok ikili andlaşmanın mevcut olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Görüleceği üzere, Milletlerarası Tahkimin düzenleyici çerçevesi:

1. Taraflar arasında yapılan özel anlaşmaları,
2. Üzerinde karara varılan mevcut kuralları,
3. Milletlerarası tahkim uygulamalarını,
4. Milli hukukları ve
5. Tahkime ilişkin milletlerarası sözleşmeleri içerir.

Temel kural, tahkim prosedürü bakımından tarafların iradesinin ön planda olması ise de, sürecin adil ve etkili bir şekilde işleyebilmesi bakımından milli hukuklar, milletlerarası hukuk ve milletlerarası uygulamalar ile sisteme bazı ilaveler ve güçlendirmeler yapılması söz konusu olabilmektedir. Nitekim, ticari tahkime dair düzenleyici bir çerçevenin bulunması, tahkime başvuracak kişilere milletlerarası ticari işlemlerinde sorun yaşamaları durumunda makul başvuru yollarının bulunduğunu hatırlatacak ve sürecin getirebileceği sorunlara ilişkin çözüm yollarının öngörülmesinde fayda sağlayacaktır¹³⁴. Bu çerçevede, Amerikan Tahkim Birliği Enstitüsü Başkanı'nın da belirttiği üzere, milletlerarası tahkimin başarılı olabilmesi için iyi hazırlanmış bir tahkim şartının, uygulanacak tahkim kurallarının, yetkili mercileri tayin edecek bir düzenin ve yabancı hakem kararlarının tanınması bakımından yeknesaklığı sağlayacak milletlerarası bir düzenlemenin bulunması şarttır¹³⁵.

¹³³ 26.06.2009 tarih ve 27270 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³⁴ Moses, s. 9.

¹³⁵ Birsell, Milletlerarası Tahkim ve Türkiye, s. 109-110.

V. MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU’NUN UYGULAMA ALANI

Pek çok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanun esas alınarak ve ayrıca 1987 tarihli İsviçre Federal Devletler Özel Hukuku Kanunu’nun milletlerarası tahkime ilişkin kısmından yararlanılarak oluşturulan Milletlerarası Tahkim Kanunu, yerli ve milletlerarası tahkim ayırımına gidilmesine sebep olmuştur¹³⁶. Milletlerarası uygulamada yeknesaklığın sağlanabilmesi açısından birçok ülke tarafından UNCITRAL Model Kanun’un esas alınması, milletlerarası ticaret uygulayıcıları bakımından rahatlatıcı bir durum teşkil etmekte ve ülkemizin de milletlerarası tahkime dair özel bir kanun kabul ederek bu çerçevenin dışına çıkmaması özellikle yabancı yatırımcılar için ülkemizi cazip kılarak, ülkemizin bir tahkim merkezi olabilmesine katkı sağlamaktadır¹³⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesi, “Amaç ve Kapsam” başlığı altında hangi tür uyuşmazlıklar için Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamındaki tahkime başvurulabileceğini belirlemiş, 2. madde ise gerekli şartları ayrıntılı biçimde açıklamıştır. Buna göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Dolayısıyla, ancak milletlerarası nitelikte sayılmayan yerli tahkime ilişkin konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na başvurulabilecektir. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun hükümleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki tahkime ilişkin hükümlere nazaran özel nitelikte olup, Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamına giren konularda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na değil; Milletlerarası Tahkim Kanunu’na başvurulacaktır¹³⁸.

Bununla birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 17. maddesinin karşıt yorumu (*a contrario*) uyarınca, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda herhangi bir düzenleme bulunmayan konularda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu uygulanacaktır.

¹³⁶ Akıncı, Tahkim, s. 55-56; Kalpsüz, Tahkim, s. 11; Birsal/Budak, s. 204-205; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 235-237.

¹³⁷ Akıncı, Tahkim, s. 56; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 236.

¹³⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 15.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında, Kanun'un "yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında" uygulanacağı ifade edilmektedir. Hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere Kanun'un kapsamına giren bir tahkimin söz konusu olabilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir¹³⁹. İlk şart, yukarıda açıklanan¹⁴⁰ ve 2. maddede tanımlanan "uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması"dır. İkinci şart ise, seçimlik olarak tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasının taraflarca veya hakemlerce seçilmiş olmasıdır. Yani, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyor olması şartıyla, tahkim yerinin Türkiye olarak seçildiği durumlarda Kanun uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık için tahkim yeri yabancı bir ülke olsa bile taraflarca veya hakemlerce Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanacağı kararlaştırılmış ise yine Kanun söz konusu tahkim bakımından işlev görebilecektir.

Taraflarca Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanması açıkça seçilebileceği gibi, bu seçim bir tarafın Milletlerarası Tahkim Kanunu'na uygun bir tahkim sürecini başlatmasına diğer tarafın itiraz etmemesi şeklinde zımnen de gerçekleştirilebilir¹⁴¹.

Tahkime gidilmesi, tarafların anlaşması ile vücut bulan, taraf iradesine dayanan bir husus olup, aynı zamanda tahkim prosedürüne uygulanacak kuralların seçimi de tarafların sahip olduğu irade serbestisi kapsamındadır. Bu durumda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca milletlerarası tahkim kapsamındaki bir uyuşmazlığın, tarafların tahkime uygulanacak kuralları belirleme serbestisi çerçevesinde, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na değil de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tabi tutulup tutulamayacağı sorusu akla gelmektedir¹⁴². Bu konudaki temel mesele, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin emredici

¹³⁹ Deren Yıldırım, s. 18; Tanrıbilir/Şit, s. 827-828.

¹⁴⁰ bkz. Milletlerarası Tahkimin Tanımlanması, s. 14 vd.

¹⁴¹ Erdem, Ercüment; International Arbitration in Turkey With Special Emphasis on the International Arbitration Act, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul, 2008, Beta Yayınevi, s. 407 (International Arbitration).

¹⁴² Akıncı, Tahkim, s. 59.

nitelikte olup olmadığıdır. Kanun'un 1. maddesi, söz konusu nitelikleri haiz uyuşmazlıklar için Milletlerarası Tahkim Kanunu "uygulanır" demekte ve hükmü emredici kılmaktadır. Dolayısıyla, tahkimde taraf iradelerinin ön planda olduğu söylenebilirse de, emredici hükümlerin bertarafı söz konusu olamayacağından, Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamına giren bir uyuşmazlık için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanması kararlaştırılamayacaktır¹⁴³.

Her ne kadar Kanun'un uygulanabilmesi bakımından 1. maddenin 2. fıkrasındaki şartlar elzemse de, 1. maddenin 3. fıkrasında bu durumun iki istisnası kabul edilmektedir. Buna göre, 5. maddede düzenlenen "mahkemede tahkim itirazı ve anlaşması" hükmü ile 6. maddede düzenlenen "ihtiyadi tedbir ve ihtiyadi haciz"e dair düzenlemeler, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanacaktır. Dolayısıyla, mevcut bir tahkim şartı veya tahkim sözleşmesine rağmen devlet yargısına başvurulması halinde, Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrası kapsamında olmayan bir uyuşmazlık mevcut olsa dahi, Kanun'un 5. maddesi uyarınca diğer taraf mahkemede ilk itirazda bulunabilecek ve davanın usulden reddini sağlayabilecektir. Yine, 5. maddenin 2. fıkrası uyarınca, 1. maddenin kapsamı dışındaki bir uyuşmazlık için mahkemedeki yargılama esnasında tarafların tahkime gitme konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası re'sen ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilecektir. Ayrıca, yabancılık unsuru bulunmayan veya tahkim yeri Türkiye dışında olan ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasının kararlaştırılmış olmadığı hallerde Türk mahkemelerinden Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca ihtiyadi tedbir veya ihtiyadi haciz talep edilebilecektir. Öte yandan, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Avrupa Sözleşmesi'ne göre bir tahkim anlaşması mevcut olsa dahi, ihtiyadi tedbir ya da ihtiyadi haciz için devlet mahkemelerine başvurulması tahkim sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyecek ve uyuşmazlığın esası bakımından devlet yargılamasına başvurulduğu anlamına gelmeyecektir¹⁴⁴.

Uyuşmazlığın Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamına girmesinin yanı sıra, uyuşmazlığın tahkime elverişli olması da gerekmektedir. Milletlerarası Tahkim

¹⁴³ Akıncı, Tahkim, s. 59; Aydoğan, s. 49-50; Deren Yıldırım, s. 18-19.

¹⁴⁴ Yılmaz, Ejder, s. 23.

Kanunu'nun 1. maddesinin 4. fıkrası uyarınca "Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar" için Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmayacaktır. Her ne kadar bu madde, söz konusu uyuşmazlıklar için "... bu kanun uygulanmaz" demekteyse de, esasında ifade edilmek istenen bu tür uyuşmazlıklar için Milletlerarası Tahkim Kanunu dışındaki başka bir kanunun uygulanabileceği değil, bu konularda tahkime gidilemeyeceği – yani bu konuların tahkime elverişli olmadığı - dır¹⁴⁵.

Bununla birlikte doktrinde¹⁴⁶, Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrası kapsamında Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişlilikle bağlantılı olarak değerlendirilemeyeceği, bu konularda da tahkime gidilmesinin mümkün olduğu; fakat Kanun'un söz konusu hüküm ile bu konuları Kanun'un uygulama alanı dışında bıraktığı ifade edilerek, 1060 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki tahkime ilişkin hükümlerde böyle bir kısıtlamanın olmadığından ve konuya ilişkin yargıtayca farklı yönlerde verilmiş birçok kararın bulunduğu bahsedilmektedir. Öte yandan, yine Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıkların ise tahkime elverişli olmadığı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki tahkime ilişkin hükümlerin de bu yönde olduğu ve genel olarak Kıta Avrupası ülkelerinde tahkime elverişliliğin " tarafların serbestçe tasarruf etmeye, sulh akdetmeye mezun olmaları" şeklinde tanımlandığı zikredilmektedir¹⁴⁷.

Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrasının karşıt yorumundan (*a contrary*) hareketle, Türkiye'de bulunmayan taşınmazların aynına ilişkin olan ya da olmayan davalarda veya Türkiye'de bulunsan bile taşınmazla ilgili şahsi hak davalarında tahkime elverişlilik söz konusudur.

¹⁴⁵ Akıncı, Tahkim, s. 74.

¹⁴⁶ Kalpsüz, Tahkim, s. 28-29, 117.

¹⁴⁷ Kalpsüz, Tahkim, s. 28-29, 117.

Uyuşmazlığın tahkime elverişli olması, Kanun'da ayrıca mahkemece re'sen gözetilecek bir iptal sebebi olarak düzenlenmiş olduğundan, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında daha ayrıntılı olarak incelenecektir¹⁴⁸.

VI. MİLLETLERARASI TAHKİMDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Daha önce de açıklandığı üzere tahkimin temel mantığı, devlet mahkemelerinden bağımsız olarak taraf iradeleri çerçevesinde uyuşmazlığın hakem veya hakemler nezdinde çözümlenmesidir. Hakemler, hakimlerin sahip olduğu ve “*imperium*” denilen kamu kudretini kullanma yetkisini haiz değildirler¹⁴⁹. Öte yandan, tahkimin faydalarından azami faydanın sağlanabilmesini teminen tahkim prosedürüne devlet mahkemelerince yapılacak müdahalenin asgari düzeyde tutulması gerekmektedir. Nitekim, tarafların tahkime gitme hususundaki karşılıklı iradelerini ifade eden tahkim anlaşmasının temel amacı, devlet mahkemelerinden bağımsız bir sürecin işletilmesidir. Öğretide de artık tahkim sürecinde mahkemelerin fonksiyonunun UNCITRAL Model Kanun'un 5. maddesinde yer alan “müdahale” (*court intervention*) şeklinde olmadığı, “tahkimin desteklenmesi”, “tahkime yardım edilmesi” ve “mahkeme denetimi” (*court assistance, court supervision*) kavramlarının kullanılmasının daha uygun olacağı kabul görmektedir¹⁵⁰. Bu durumun bilincinde olan kanun koyucu, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na getirdiği düzenlemelerle mahkemelerin tahkim sürecindeki işlevini sınırlı ve şekli hususlara mahfuz kılmış ve mahkemelerin tahkimdeki fonksiyonunu, tahkim prosedürünün yozlaşmasını önleyerek hakem veya hakemlere bazı şekli konularda yardım etmek üzere, hakem kararına etki edemeyecek boyutta düzenlemiştir¹⁵¹. Aksi takdirde tahkim, devlet yargılamasından da uzun ve zahmetli bir sürece dönüşebilecek, taraflarca umut edilen fayda sağlanamayacaktır. Ayrıca, tahkim sonucu verilen karardan kaçınmak isteyen karşı taraf, devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesi

¹⁴⁸ bkz. Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olmaması, s. 136 vd.

¹⁴⁹ Akıncı, Sempozyum, s. 102-103.

¹⁵⁰ Nomer/Ekşi/Öztekin, s. 34; Yeşilova, s. 91-92.

¹⁵¹ Akıncı, Tahkim, s. 78; Nomer/Ekşi/Öztekin, s. 34; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 242; Yeşilova, s. 92.

imkanını kullanarak süreci kasten uzatabilecek ya da hükmün tenfizini geciktirebilecektir.

Bu gibi düşüncelerle mahkemelerin tahkime müdahale etmemesi kural olarak kabul edilmekte, şekli açıdan yapılabilecek müdahaleler yalnızca kanunda sayılmış bulunan durumlarla sınırlı (*numerus clausus*) kalmaktadır. Mahkemenin tahkime müdahalesi, hakemlerin seçimine yönelik olarak hakem yargılamasından önce, tahkim süresinin uzatılması bağlamında hakem yargılaması sırasında ya da iptal ve tenfiz davaları kapsamında tahkim yargılaması bittikten sonra da söz konusu olabilmektedir¹⁵².

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesinde tahkimde görevli ve yetkili mahkeme belirtilmiş, bu mahkemelerin tahkime müdahalesinin sınırları da düzenlenmiştir. Buna göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda mahkemelerin yapacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkili olacak; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunmadığı hallerde ise İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkili kabul edilecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda tahkime gidilmesi durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca işbölümü ayırımına gidilecek ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda "Asliye Hukuk Mahkemesi" denilse bile "Asliye Ticaret Mahkemesi"ne başvurulması gerekecektir¹⁵³. Ticaret mahkemelerinin bulunmadığı yerlerdeki ticari davalara Asliye Hukuk Mahkemeleri bakacağından, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki düzenleme de bu şekilde kaleme alınmıştır¹⁵⁴.

Esasen bir uyuşmazlık için yetkili mahkeme belirlenirken nazara alınan temel kriter, o uyuşmazlığın objektif olarak bağlantılı olduğu yerdir¹⁵⁵. Nitekim,

¹⁵² Nomer/Ekşi/Öztekin, s. 35.

¹⁵³ Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, s. 115-118; Nomer/Ekşi/Öztekin, s. 33.

¹⁵⁴ Akıncı, Tahkim, s. 179; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 243.

¹⁵⁵ Akıncı, Tahkim, s. 78.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 3. maddesinde de bu esas gözetilmiş ve davalı ile irtibatlı olan yer mahkemesinin yetkili olacağı ifade edilmiştir. Türkiye içerisinde Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasında sayılan irtibatlı yerlerin mevcut olamaması haline yönelik olarak mutlaka yetkili bir mahkemenin bulunması amaçlanarak ve pratik kolaylıklar nazara alınarak, doktrinde “aşırı yetki” (*exorbitant jurisdiction*) olarak nitelendirilen yetki ihdasına gidilmiş ve İstanbul Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli ve yetkili olacağı belirtilmiştir¹⁵⁶.

Hükümde düzenlenen yetki kesin yetki teşkil etmeyip, taraflarca mahkemeye başvurulacak hallerde yetki sözleşmesi akdedilmesi imkanı mevcuttur.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 3. maddesinin 2. fıkrasına bakıldığında, tahkimde söz konusu olabilecek hakim müdahalesinin istisnai nitelikte ve yalnızca Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun ilgili hükümlerinde düzenlenen hallere mahsus olduğu görülecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun hazırlanmasında esas alınan İsviçre Federal Özel Hukuku Kanunu ve UNCITRAL Model Kanunu’nda da aynı şekilde hakim müdahalesinin gerektiği hususlar istisnai kabul edilerek kanunla belirlenmiştir¹⁵⁷.

Kanaatimizce, devlet yargılamasından bağımsızlığın temel alındığı tahkim müessesesi bakımından Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 3. maddesinin 2. fıkrası ile işaret edilen hükümler, istisnaların dar yorumlanması ilkesi çerçevesinde ele alınmalı ve geniş yorumlamadan kaçınılmalıdır. Zira, kanun koyucunun amacı bu yönde olup, amaçsal yorumla da aynı sonuca varılması gerektiği düşünülmektedir.

Buna göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 5. maddesinde düzenlenen tahkim itirazı, 7. maddenin (B) fıkrasının 1. bendinin 2. ve 3. alt bentlerindeki hakem seçimi, yine 7. maddenin (B) fıkrasının 2. bendindeki hakem seçimi, 7. maddenin (D) fıkrasında ve (F) fıkrasının 2. bendinde yer alan hakemin reddi, 10. maddenin (B) fıkrasındaki süre uzatımı, 12. maddenin (B) fıkrasındaki delil toplanması, 14. maddenin (A) fıkrasındaki hakem kararlarının saklanmak üzere mahkemeye

¹⁵⁶ Akıncı, Tahkim, s. 78-79.

¹⁵⁷ Deren Yıldırım, s. 27; Kalpsüz, Tahkim, s. 33.

gönderilmesi ve çalışmamızın konusunu oluşturan 15. maddede düzenlenen iptal davası hususunda mahkemelerin yardımı veya müdahalesi söz konusu olabilecektir.

VII. KURUMSAL TAHKİM VE AD HOC TAHKİM

Tahkime ilişkin milletlerarası uygulama incelendiğinde, tahkimin iki grupta ele alınabileceği söylenebilecektir. Bunlardan ilki, tahkim prosedürünün bir kurumun nezdinde yürütülmesi olan “Kurumsal Tahkim” (*Constitutional Arbitration*) olup; diğeri, herhangi bir tahkim kurumundan bağımsız olarak gerçekleştirilen “Ad Hoc Tahkim” (*Ad Hoc Arbitration*) dir.

Her iki tahkim türünde de taraf iradeleri ön planda olsa da, kurumsal tahkimde belirli bir tahkim kurumunun mevcut kural ve kılavuzları söz konusu olmakta ve tahkim süreci bu kurumun nezdinde gerçekleşmektedir. Oysa ad hoc tahkim, tamamen taraflarca belirlenen ya da atıf yoluyla ortaya konulan kurallar çerçevesinde cereyan etmektedir¹⁵⁸.

Latince bir kelime olan “*ad hoc*”, “bu maksatla, bunun için, buna mahsus” anlamlarına gelen bir ifade olup; “*ad hoc tahkim*” yalnızca belirli bir uyuşmazlığın çözümü için oluşturulan tahkim mekanizması ile yürütülen ve tamamen tarafların kendilerinin kaleme aldığı ya da atıfta bulunduğu kurallara göre işleyen tahkimi ifade etmektedir¹⁵⁹.

Ad hoc tahkimde idareci bir kurum bulunmadığından, tarafların idareci kurumun ücret ve masraflarını ödemeleri söz konusu olmamakta ve böylece tahkime başvurulması daha hesaplı olmaktadır¹⁶⁰. Bu çerçevede, kurumsal tahkim merkezlerinin tahkim sonucu varılacak karar üzerinde gerçekleştirebileceği bürokratik denetimden kaçınılmak istenmesi ya da bazı mali endişeler sebebiyle ad

¹⁵⁸ Akıncı, Tahkim, s. 30; Keser Berber, Leyla; Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 6 (ICC); Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 256; Ünal, s. 63-64.

¹⁵⁹ Erdoğan, s. 71; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 256; Yılmaz, İlhan, s. 14.

¹⁶⁰ Akıncı, Tahkim, s. 30; Moses, s. 9; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 256.

hoc tahkim tercih edilebilmektedir¹⁶¹. Ad hoc tahkimde taraflar, uyuşmazlığın özelliklerine uygun olarak dikkatlice biçimlendirilmiş bir usul oluşturma imkanına sahip olup, kendi kurallarını benimsemeyi ya da başta Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu UNCITRAL Tahkim Kuralları olmak üzere milletlerarası uygulamada mevcut bulunan tahkim kurallarına atıfta bulunmayı seçebilirler¹⁶². Milletlerarası düzenlemeler ile oluşturulmuş belirli tahkim kurallarının taraflarca seçilmesi durumunda bu kurallar değiştirilmeden uygulanabileceği gibi, tarafların bu kurallarda istedikleri değişiklikleri yaparak uygulamaları da mümkündür¹⁶³. Bununla birlikte, sözleşmenin üstün tarafının beklentilerine daha uygun bir tahkim usulünün oluşturulması riski de söz konusu olabilecektir¹⁶⁴.

Tarafların, tahkim sözleşmesinde, tahkim usulüne dair kurallar getirmekle birlikte, aynı zamanda başta UNCITRAL Tahkim Kuralları olmak üzere mevcut tahkim kurallarına atıfta bulunmaları durumunda ise yalnızca tahkim sözleşmesi ile taraflarca düzenlenmeyen konularda söz konusu atıflar uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁵. Nitekim, ad hoc tahkimde, tarafların tahkim sözleşmesini ayrıntılı bir şekilde hazırlamaları kurumsal tahkime nazaran daha önemli olup, taraflarca yapılan düzenlemelerde eksiklik kalması ve herhangi bir milli ya da milletlerarası tahkim kuralına atıfta bulunulmaması halinde hakemlerin re'sen milli ya da milletlerarası tahkim kurallarına dayanarak karara varmaları söz konusu olabilecektir¹⁶⁶. Hakemler, taraflarca gerekli düzenlemeler yapılmadığı takdirde, tahkimi milli ya da milletlerarası düzenlemelere göre yürütecek ve sonuçlandıracakları için, tarafların öngöremediği durumların ortaya çıkması ihtimal dahilindedir¹⁶⁷.

Ad hoc tahkim, kurumsal tahkimi yürüten kuruluşların tahkim prosedürü üzerindeki bürokratik denetiminden çekince duyulması halinde, özellikle daha çok esneklik gerektiren ve bir tarafın devlet ya da kamu kurum ya da kuruluşu olduğu

¹⁶¹ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 256.

¹⁶² Akıncı, Tahkim, s. 30; Erdoğan, s. 71; Moses, s. 9; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 256; Yılmaz, Ejder, s. 19.

¹⁶³ Erdoğan, s. 72; Yılmaz, İlhan, s. 14.

¹⁶⁴ Yılmaz, İlhan, s. 14.

¹⁶⁵ Akıncı, Tahkim, s. 30; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 256; Yılmaz, İlhan, s. 15.

¹⁶⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 225.

¹⁶⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 225, 226; Yılmaz, İlhan, s. 14.

uyuşmazlıklarda daha kullanışlı bir yöntemdir¹⁶⁸. Ad hoc sistem özellikle her iki tarafın da tahkim sürecinin ilerlemesini kasdi olarak engellemeye çalıştığı hallerde sakıncalı olabilirse de, bu durumda tahkimi ilerletecek bir tahkim kurumu bulunmadığından tarafların süreci ilerletmek için mahkeme yardımı isteyebilecekleri akla gelmektedir¹⁶⁹.

Kurumsal tahkimde ise tahkim sürecini işletecek kurumun zamanla denenmiş, genellikle bir tahkim uygulamasında ortaya çıkabilecek çoğu durumla başa çıkabilecek, etkili ve önceden hazırlanmış kurallar söz konusudur¹⁷⁰. Şüphesiz ki kaynağını taraf iradelerinden alan tahkim sözleşmesinde, kurumsal tahkime gidilecek olsa bile, tahkim sürecine dair düzenlemeler bulunabilecektir. Bu durumda, tahkimin bünyesinde cereyan edeceği tahkim kurumunun kuralları, taraf iradesiyle tahkim sözleşmesinde belirlenmemiş hususlar için uygulama alanı bulacaktır¹⁷¹.

Kurumsal tahkimde tahkim kurumu; hakemlerin uygun şekilde atanması, makul sürede harekete geçerek karar alması, ücret ve masrafların peşin ödenmesi gibi birçok idari fonksiyonu gerçekleştirecektir¹⁷². Kurumsal tahkimde her ne kadar bu gibi faaliyetler için hakem ücretinin yanı sıra tahkim kurumuna belirli bir miktarda idari ücret ödenecek olsa da, özellikle hakemlerin atanması ve hızlı ve geçerli bir karara varılması bakımından, yüksek değerdeki uyuşmazlıklar için dahi, kurumsal tahkim tercih edilmektedir¹⁷³. Nitekim, bir sözleşmeye taraf olunması sırasında taraflar uyuşmazlık çıkması halinde ne yapılacağını ve işleyecek tahkim

¹⁶⁸ Birsell, Tenfiz, s.3; Moses, s. 9; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 256; Yılmaz, İlhan, s. 14.

¹⁶⁹ Moses, s. 9-10; Yılmaz, İlhan, s. 14.

¹⁷⁰ Akıncı, Tahkim, s. 30; Moses, s. 9; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s.225; Yılmaz, Ejder, s. 19; Yılmaz, İlhan, s. 14.

¹⁷¹ Örneğin, Daimi Tahkim Mahkemesi Kuralları (*Permanent Court of Arbitration*) hem taraflara hem de tahkim divanına ciddi anlamda bir usuli esneklik tanımakta, tarafların iradeleriyle değiştirilmesi mümkün olan birkaç bağlayıcı hüküm dışında genellikle tahkim divanının yargılamayı, taraflara eşit davranılması şartıyla, uygun bulacağı usule göre yürüteceği ve boşlukların doldurulması için tahkim yeri hukukunun (*lex loci arbitri*) uygulama alanı bulabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, taraflarca seçilen kurallarda herhangi bir hüküm bulunmaması halinde tahkim divanı milletlerarası hukukun genel kurallarını veya seçilen başka bir hukuku uygulamaktadır. (*Article 33: "The various PCA Rules provide that the arbitral tribunal shall apply the law chosen by the parties; in the absence of an agreement, the tribunal will apply either the applicable rules of general international law or another body of law prescribed by choice of law rules*) www.pca-cpa.org/showpage.asp?page_id=1067 (Ocak, 2011).

¹⁷² Moses, s. 9.

¹⁷³ Akıncı, Tahkim, s. 30-31; Ulusoy, Sempozyum, s. 45.

prosedürünün kurallarını ayrıntılı biçimde kararlaştırarak henüz sözleşmenin akdi aşamasında gerginlik yaratmak istemeyecektir¹⁷⁴. Bu nedenle, bir tahkim kurumunun çatısı altında zaman içerisinde tecrübe ile saptanmış kurallar ışığında uyuşmazlığın çözülmesi tercihe şayan görülebilmektedir.

Milletlerarası uygulamada birçok kurumsal tahkim merkezinin mesleki ve sektörel oda ve birliklere bağlı olması, milletlerarası ticaretle ilgilenen kişi ve kuruluşların bu mesleki ve sektörel kurumların etki ve prestijinden yararlanmasını sağlayarak, iyi bilinen bir kurumun himayesi altında verilen bir kararın milletlerarası camiada ve özellikle tenfiz aşamasında mahkemelerde daha yüksek inandırıcılığa sahip olması sonucunu doğuracak ve aleyhine tahkim hükmü verilen tarafı karara karşı koymaktan caydırabilecektir¹⁷⁵.

Ticari tahkime yönelik tahkim kurumları yapıları itibarıyla üç grupta ele alınabilir. ICSID ve WIPO¹⁷⁶ gibi tahkim kurumlarının bir kısmı, devletlerarası andlaşmalara göre kurulan kuruluşlar bünyesinde yürütülmektedir¹⁷⁷. Diğer bir grup ise, ICC ve Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (LCIA) gibi herhangi bir devletlerarası andlaşmaya ya da milli hukuka dayanmaksızın milletlerarası ticaret camiasının doğrudan oluşturmuş olduğu uluslararası kuruluşlardır¹⁷⁸. Ayrıca, belirli bir devlet ya da ülkedeki sektör mensupları tarafından milli hukuk temellerine dayalı olarak kurulmuş tahkim örgütleri de bulunmaktadır¹⁷⁹.

VIII. TAHKİMİN BENZER KAVRAMLARDAN AYRILMASI

Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin alternatif yöntemler, devlet yargısına başvurulmaması bakımından tahkim ile paralellik arz etse de, özellikle bağlayıcılık

¹⁷⁴ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s.93; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 257.

¹⁷⁵ Moses, s. 9; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 257; Yılmaz, İlhan, s. 15.

¹⁷⁶ World Intellectual Property Organisation Arbitration Rules, <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/index.html> (Ağustos, 2011).

¹⁷⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 229, 257.

¹⁷⁸ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 229, 257.

¹⁷⁹ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 229, 257.

gibi hukuki sonuçları bakımından tahkimden oldukça farklıdır¹⁸⁰. Devlet yargısı dışındaki uyuşmazlık çözüm yolları genel olarak “alternatif uyuşmazlık çözüm yolları” (“*alternative dispute resolutions - ADR*”) terimi ile ifade edilmekte ise de, bu terim yeknesak olarak her kesim için aynı anlamı ifade etmemekte, farklı uyrukluktaki tarafların uyuşmazlığın “ADR” ile çözümünü kararlaştırmaları durumunda diğer tarafın bu terimle neyi ifade ettiğine dikkat edilmelidir¹⁸¹. Milletlerarası uygulamaya bakıldığında, milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümü bakımından “klasik uyuşmazlık çözüm yolları” olarak kabul edilen yollar; devlet yargısı, tahkim ve uzlaştırma olmakla birlikte, kural olarak yalnızca devlet yargısında ve tahkimde bağlayıcı nitelikte bir hukuki sonuca varılmaktadır¹⁸².

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının taraflarca kararlaştırılması, açık irade beyanı ile bu konuda bir sözleşme akdedilmesi ya da sözleşmeye bu yönde bir kayıt konulması ile gerçekleştirilebileceği gibi, tarafların bu yola başvurmaları ve işletmeleri ile zımni olarak da kararlaştırılabilir¹⁸³.

Herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan uyuşmazlık çözüm yolları, taraflarca, tahkim ya da devlet yargısına başvurmadan önce tüketilmesi gereken bir yol olarak kararlaştırılabilir ya da taraflarca başlı başına bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak belirlenebilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının devlet mahkemesi ya da tahkime gitmeden önce tüketilmesi gereken bir yol olarak kararlaştırılmasına rağmen bir tarafın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına yönelmeyerek doğrudan mahkeme ya da tahkime başvurması halinde durumun ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Akıncı, Tahkim, s. 34; Şanlı, Cemal; Milletlerarası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO’nun ADR Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 22, Sayı 1, 2002, s. 59 (ADR). Ayrıca bkz. Milletlerarası Daimi Tahkim Mahkemesi, İstişari Kararlar (*Contentious / Advisory Jurisdiction*), www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1067 (Şubat, 2011).

¹⁸¹ Gélinas, Paul A.; Dispute Settlements According to ICC ADR (Amicable Dispute Resolution) Rules, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 25; Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 100; Moses, s. 13.

¹⁸² Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 100, dipn. 30; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 372.

¹⁸³ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 372.

¹⁸⁴ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 376.

Doktrinde böyle bir durumda tahkime gidilemeyeceği kabul edilse de, tahkimde ya da mahkemede dava açan kişinin iradesinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile verilecek olan ve bağlayıcılığı bulunmayan karara uymama yönünde olduğu söylenebileceğinden, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının zımnen başarısızlıkla sonuçlanmış olduğu kabul edilebilecek ve tahkime ya da mahkemeye gidilmesinde bir sakınca olmayacaktır¹⁸⁵. Tarafların mahkemede ya da tahkimde dava açmaları kendilerine tanınan bir hak olduğundan, bağlayıcı olmayan alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesinin öngörülmesi, davanın reddi gibi bir sonuç doğurmayacaktır. Nitekim alternatif uyuşmazlık çözüm yolları sonucunda verilen kararlar bağlayıcı olmadığından, tarafların bu yola başvurulsaydı dahi varılacak karara uyulmayacağını dava açma yoluyla peşinen beyan ettikleri varsayılmaktadır.

A) ARABULUCULUK – UZLAŞTIRMA

Her ne kadar “arabuluculuk” ve “uzlaştırma” kavramları anlamdaş olarak kullanılmakta ve uygulamada kavram yönünden herhangi bir ayrıma gidilmemekte ise de, aslında arabuluculukta tarafların kendi kendilerine bir çözüme varmalarına sadece yardımcı olan bir kişinin varlığı söz konusu olup, yalnızca tarafların isteği üzerine bir çözüm teklifinde bulunulması mümkündür¹⁸⁶. Oysa uzlaştırmada iki taraf da dinlenir ve uyuşmazlığın en adil şekilde halli için bir çözüm anlaşması sunulur¹⁸⁷. Arabuluculuk ve uzlaştırma arasındaki nüans temelde bu bakımdan mevcutsa da, uygulamadaki birlik dolayısıyla söz konusu kavramlar tek bir başlık altında ele alınacaktır.

Bağlayıcı olmama özelliğiyle tahkimden ayrılan arabuluculuk-uzlaştırma, uyuşmazlıkla ilgisi olmayan tarafsız üçüncü bir kişinin ya da kişilerin taraflara yalnızca tavsiyelerde bulunması veya bununla kalmayıp meselenin hakkaniyetle

¹⁸⁵ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 376.

¹⁸⁶ Moses, s. 14; Yet, Orhun; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 49.

¹⁸⁷ Moses, s. 14.

çözümüne dair teklif sunmasıdır¹⁸⁸. Her ne kadar sunulan bu öneri taraflar için bağlayıcı değilse de, taraflar arasında bu süreçte verilen kararların esas davada kullanılmayacağına dair bir anlaşma yoksa, uyuşmazlığın iyi analiz edilmiş olduğu uzlaştırıcı-arabulucu tavsiyeleri ya da kararları, söz konusu uyuşmazlık için tahkime ya da devlet yargısına başvurulduğunda bilirkişileri veya hakemi ya da hakimi etkileyici rol oynayabilecektir¹⁸⁹.

Arabulucu-uzlaştırıcı; her bir tarafın olaya bakışını karşı tarafın anlamasını sağlayacak, iki tarafla da özel olarak görüşecek, devlet yargılamasında olduğu gibi sadece avukatların veya teknik personelin değil tarafların da yüz yüze görüşerek tezlerini uzlaştırıcıya-arabulucuya ve diğer tarafa aktarmasına yardım edecek, ortak menfaatlere vurgu yaparak bir çözüme varılmasını amaçlayacaktır¹⁹⁰. Arabuluculuk-uzlaştırıcılık için tahkimde ve devlet yargılamasında olduğu gibi belirli kurallara bağlılık şart olmayıp, uyuşmazlığın ve tarafların özel durumu dikkate alınarak en uygun usul izlenebilecektir¹⁹¹.

Arabuluculuk-uzlaştırma gizli olup, genellikle süreç esnasında ifşa edilen bilgilerin tahkim ya da devlet yargısı gibi uyuşmazlığın sonraki aşamalarında kullanılmayacağı kararlaştırılabilir¹⁹². Bunun tek istisnası, arabuluculuk-uzlaştırma için özel olarak oluşturulmamış olan belgelerden anlaşılabilen ölçüye kadarki bilgilerin kullanılabilmesidir¹⁹³.

Taraflarca mahkemeye ya da hakeme gidilmesinden önce arabuluculuk-uzlaştırmaya başvurulması öngörülmüş ise, bu yol tüketilmeden mahkemeye ya da hakeme başvurulması mümkün olmamalıysa da; arabuluculuk-uzlaştırmaya, diğer tarafın olumsuz tutumu nedeniyle gidilmesi mümkün olmamışsa, artık doğrudan

¹⁸⁸ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 101-103; Akıncı, Tahkim, s. 34; Moses, s. 13; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 375.

¹⁸⁹ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 103-104; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 375.

¹⁹⁰ Akıncı, Tahkim, s. 34; Moses, s. 14; Şanlı, ADR, s. 61.

¹⁹¹ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 103.

¹⁹² Moses, s. 14.

¹⁹³ Moses, s. 14.

mahkemeye ya da hakeme başvurulabileceği kabul edilmelidir¹⁹⁴. Bununla birlikte doktrinde, böyle bir durumda tahkime gidilmesinin mümkün olmaması gerektiği, ortaya çıkacak hakem kararının tenfizine, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 1. fıkrasının (a), (c) ve (d) bentlerinde sayılan nedenlere dayanılarak itiraz edilebileceği de ileri sürülmektedir¹⁹⁵. Öte yandan, davalının tutumu nedeniyle uzlaştırma-arabuluculuğa başvurulamaması halinde durum farklı şekilde değerlendirilmekte, tahkime doğrudan müracaat imkanının bulunduğu kabul edilmektedir¹⁹⁶.

UNCITRAL Model Kanun'un 28. maddesinin 3. fıkrası, “dostane arabulucu”yu (*amiable compositeur*) düzenlemektedir. Bu kavramın, arabulucu-uzlaştırıcı ile karıştırılmaması gerekir. Nitekim, dostane arabulucu müessesesinde aslında yine tahkim süreci işlemekte, uyuşmazlığın yalnızca hak ve nesafete (*ex aequo et bono*) göre çözümü hususunda taraflarca hakemlere “dostane arabulucu” olarak yetki tanınmaktadır¹⁹⁷. Nitekim, Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 2. fıkrası da, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C hükmüne paralel şekilde, tarafların anlaşması ve hakemlerin tabi olduğu hukukun cevaz vermesi halinde “dostane arabuluculuk” yoluna gidilebilmesi imkanını tanımaktadır. Hukukumuzda dostane arabuluculuk ilk olarak Yargıtay'ın 28.01.1994 tarihli ve E:1993/4, K:1994/1 sayılı kararı ile kabul edilmiştir¹⁹⁸.

Özetle, arabuluculuk-uzlaştırma, uyuşmazlığın herhangi bir aşmasında -hatta tarafların devlet yargılamasında veya tahkimde çözüme varmak istedikleri ve yardıma ihtiyaç duydukları bir noktada veya sözleşmenin akdedilmesi sırasında görüşmelerin içinden çıkılmaz bir hal alması durumunda sözleşme görüşmelerinin ilerlemesini sağlamak amacıyla- söz konusu olabilecektir¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Akıncı, Tahkim, s. 35; Şnalı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 372-376.

¹⁹⁵ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 103.

¹⁹⁶ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 104.

¹⁹⁷ Milletlerarası Daimi Tahkim Mahkemesi Kuralları'nın 33. maddesinin 2. fıkrasında da, yalnızca tarafların bu yönde gösterecekleri irade beyanı ile uyuşmazlığın hak ve nesafete göre çözülebileceği kabul edilmektedir. bkz. www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1067 (Şubat, 2011).

¹⁹⁸ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 105.

¹⁹⁹ Moses, s. 14.

B) HAKEM – BİLİRKİŞİLİK

Uyuşmazlığın mahkeme ya da tahkime gidilmeden halledilmesine ilişkin olan hakem-bilirkişilik müessesesi, milletlerarası ticari sözleşmelerin ifasında ortaya çıkan teknik meselelerde, konusunda uzman kişilerin görüşüne başvurulmasıdır²⁰⁰. Bu yöntemin devlet yargılamasından ya da tahkimden temel farkı, herhangi bir hakkın veya hukuki meselenin değil; somut maddi vakıaların ve durumların konusunda uzman kişilerce tespit edilerek, asıl meselenin çözümüne katkıda bulunulmasıdır²⁰¹. Hakem-bilirkişi tarafından yapılacak bu tespitler sonrasında tarafların uzlaşarak meseleyi halletmeleri mümkün olabileceği gibi, somut vakıaların bir uzmanca tespitinin taraflar arasındaki meseleyi çözmeye yetmemesi halinde taraflarca tahkime ya da mahkemeye başvurulması yoluna gidilebilecek ve yapılacak olan bu yargılamada hakem-bilirkişi tespitleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 193. maddesi²⁰² uyarınca “münhasır delil sözleşmesi” kapsamında elde edilmiş deliller olarak hakimi ya da hakemi bağlayacaktır²⁰³.

Öte yandan, bu sonucun doğması için hakem-bilirkişi tarafından tespit edilecek vakıaların bağlayıcı olacağının taraflarca kararlaştırılmış olması gerekmekte, hakem-bilirkişinin tespitlerinin bağlayıcı olmayacağının kararlaştırılması halinde, hakem-bilirkişi esasında uzlaştırmacı gibi hareket etmekte ve taraflar elde edilen bilgiyle bağlı olmamaktadır²⁰⁴.

Hakem-bilirkişi kararları uyuşmazlığı nihai olarak çözmekte, yalnızca taraflar arasında ihtilaf konusu olan maddi vakıalar hakkında konusunda uzman kişilerin görüşü alınmakta ve meselenin çözümü esas olarak taraflara bırakılmaktadır. Milletlerarası ticari sözleşmelerin ihtiva ettiği son derece teknik konuların taraflar arasında anlaşmazlık doğurması muhtemel bir durumdur.

²⁰⁰ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 107; Akıncı, Tahkim, s. 36-37; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 386.

²⁰¹ Akıncı, Tahkim, s. 36; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 336.

²⁰² Söz konusu hüküm, 18.06.1927 tarihli ve 1060 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 287. maddesinde yer almaktaydı.

²⁰³ Akıncı, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, s. 108; Akıncı, Tahkim, s. 37; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 337.

²⁰⁴ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 387.

Sözleşmenin ifası aşamasında çıkabilecek uyuşmazlıkların tarafların bir uzmana başvurması ile çözümlenmesi amaçlanmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU UYARINCA HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLU

I. GENEL OLARAK İPTAL DAVASI

Tahkim sonucu verilecek olan karar, verildiği anda nihai ve bağlayıcı kabul edildiğinden, bu karar mahkemelerce nadiren iptal edilir. Nihailik, tahkimin önde gelen faydalarından olduğundan, hükmün iptalinin zorlaştırılması ile nihailik desteklenmektedir. Hukukumuz bakımından taraflarca hakemlerin milliyetinin, tahkim yerinin, tahkim prosedürünün, tahkim dilinin ve uygulanacak diğer kuralların belirlenebilmesi esası benimsenmişse de, karara karşı başvurulacak düzeltme, yorumlama, tamamlama ve kanun yolları ile yapılacak denetimin sınırlarına dair bir belirlemede bulunmaları mümkün değildir²⁰⁵. Diğer hukuk sistemlerinde ve özellikle Anglo-Sakson hukukunda hakem kararına karşı koymanın en yaygın yolu, iptal davası açılmasıdır²⁰⁶. İptal kararı birçok devlette hükmün esası bakımından değil, yalnızca usuli sebeplerle ya da hakemin tahkim sürecini yanlış idaresi nedeniyle verilebilmektedir²⁰⁷. Bununla birlikte, Amerikan ve İngiliz hukukunda Kıta Avrupası sisteminden farklı olarak denetimin kapsamı tarafların anlaşması ile genişletilebilmekte (*expanding judicial review*)²⁰⁸, kanunda düzenlenen iptal sebeplerine ek olarak uygulamada mahkeme tarafından “açık hukuk ihlali” (*manifest disregard of law*) denetimi yapılabilmesi kabul görmektedir²⁰⁹.

²⁰⁵ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 248.

²⁰⁶ Aydoğan, s. 106; Moses, s. 193.

²⁰⁷ Aydoğan, s. 105-106; Kalpsüz, Turgut; Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1997, Cilt XIX, Sayı 1, s. 7 (Temyiz); Moses, s. 193; Şit, s. 118.

²⁰⁸ Tahkim anlaşmasındaki bu kayda genellikle “*a clause that called for extended judicial review*” denilmekte; fakat özellikle yabancı hukuka ilişkin meseleler söz konusu olduğunda böyle bir denetimin taraflarca öngörülmesinin yerinde olmadığı kabul edilmektedir (Şit, s. 117).

²⁰⁹ Şit, s. 113, dipn. 414. 1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu’nun 69. maddesinde düzenlenmiş olan bu durum, diğer hukuk sistemleri bakımından istisnai bir yol olması nedeniyle hakem kararlarının özelliği de dikkate alınarak tarafların anlaşması ile bertaraf edilebilir niteliktedir. Özellikle tahkime uygulanacak hukukun İngiliz hukuku olması durumunda, aksi kararlaştırılmadıkça bu tür bir denetim gerçekleştirilecek olup; lex foriden başka bir hukukun seçilmesi halinde hüküm işlerliğini yitirmektedir. Benzer şekilde, Amerikan hukukundaki “*manifest disregard of law*” incelemesinin de milletlerarası tahkimde yabancı hukuka dair bir meselenin tespiti ve değerlendirilmesindeki zorluk bakımından inceleme dışı bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir (Şit, s. 115-117).

Hakem kararı yargısal bir karar olsa da, bu hüküm mahkemelerin verdikleri hükümden farklı olarak, devletin hükümranlılığına değil, tarafların iradesine dayanmaktadır²¹⁰. Tahkimin taraf iradelerine dayanıyor olmasının en temel sonucu, taraf menfaatlerinin ön planda tutulmasıdır. Milletlerarası uygulama nazara alındığında hem menfaat merkezli bir yöntem hem de devlet yargılamasından bağımsız bir kurum olmasının sonucu olarak tahkim neticesinde varılacak hükümlerin yalnızca çok sınırlı bir denetime tabi tutulduğu görülmektedir. Bu durum hem tahkimin tercih edilmesinde rol oynayan faydalardan yararlanılması hem de hakem kararlarına karşı yapılacak başvuruların kötüye kullanılmasını engelleme saiklidir²¹¹. Bununla birlikte, genel sistemden farklı olarak Anglo-Sakson hukukunda iptal davası ile hakem kararının hukuki denetimine cevaz verilmektedir²¹². Örneğin İngiliz hukukunda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ciddi sınırlamalarla da olsa hukuki bir sebeple hakem hükmüne itiraz edilebilmektedir²¹³. Amerikan hukukunda ise taraflarca normalde iptal davasına konu edilemeyen hususlara ilişkin olarak genişletilmiş hukuki gözden geçirme sağlayan klotlar kararlaştırılabilmektedir²¹⁴. Böyle bir klotun varlığına dayanılarak hakem kararının iptal edilmesi halinde ise kararın milletlerarası bağlamda tenfiz edilebilirliği bakımından ciddi sorunlar ortaya çıkabilecektir. Hukuki denetimin öngörüldüğü ülkelerde davayı kazanan taraf muhtemel olarak daha sınırlı iptal sebeplerinin kabul edildiği bir yerde hükmün tenfiz edilmesi için çabalayacaktır²¹⁵.

New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca, hakem kararının verildiği ülkenin yetkili makamı ya da kararın tabi kılındığı hukuka göre yetkili makam tarafından iptal edilmiş olması bir tenfiz engelidir. Ülkemizde ise, milletlerarası genel sisteme paralel olarak ve UNCITRAL Model Kanunundaki mantık benimsenerek, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde "iptal davası" müessesesi düzenlenmiş ve hakem kararına karşı konulması, hükümde sınırlı olarak sayılan (*numerus clausus*) şekli sebeplere mahfuz kılınmıştır. Milletlerarası

²¹⁰ Deren Yıldırım, s. 23, dipn. 22.

²¹¹ Akıncı, Tahkim, s. 191.

²¹² Moses, s. 196.

²¹³ Moses, s. 196.

²¹⁴ Moses, s. 197.

²¹⁵ Moses, s. 198-199.

Tahkim Kanunu'nun "Hakem kararlarına karşı kanun yolu" başlıklı 5. bölümü tek bir madde altında iptal davasını ve hakem kararlarının icra edilebilir hale gelmesini düzenlemektedir.

"Kanun yolu" kavramı, bir karardaki maddi ve usuli eksiklik ve hataların bertarafı için gerçekleştirilebilecek usuli yolları ifade eden "müracaat yolları"nın alt kavramıdır²¹⁶. Hukukumuzda "kanun yolu" denildiğinde akla "dar anlamda kanun yolları" gelmektedir²¹⁷. Kanun yolu kavramının diğer müracaat yollarından ayrılan 3 temel niteliği:

1. "Aktarıcı etki" olarak adlandırılan yargılamanın daha üst derecedeki bir mahkemeye intikali,
2. "Erteleyici etki" denilen kanun yoluna başvurulması ile hükmün şekli olarak kesinleşmesinin ertelenmesi ve
3. İnceleme konusu kararın maddi bakımdan denetiminin sağlanmasıdır²¹⁸.

Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5. bölümünün başlığı " kanun yolları" olsa da, iptal davası esasen kanun yollarının temel özelliklerini taşımamaktadır²¹⁹. İptal davası, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A maddesi uyarınca yetkili Asliye Hukuk Mahkemesinde açılacaktır. Hakem kurulunun herhangi bir yargı sistemi içerisinde yer almaması nedeniyle iptal için başvuru mahkeme, bir üst mahkeme olarak kabul edilemeyecektir²²⁰. Ayrıca, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A maddesinde düzenlenen iptal sebepleri incelendiğinde iptal davasının sadece şekli sebeplerle açılabileceği, hakem kararının maddi açıdan bir incelemeye tabi tutulamayacağı görülecektir²²¹. Öte yandan, iptal davası neticesinde bir hakem kararının iptaline karar verilmesi, tam anlamıyla bir kanun yolu olan temyiz ile verilen onama-bozma kararından farklı olarak hakem kararının

²¹⁶ Kalpsüz, Temyiz, s. 5-6; Kalpsüz, Tahkim, s. 100; Şit, s. 83.

²¹⁷ Pekcanıtaç, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammed; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006, 5. Bası, Yetkin Yayınları, s. 524.

²¹⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 100; Kalpsüz, Temyiz, s. 6; Pekcanıtaç/Atalay/Özekes, s. 524; Şit, s. 85.

²¹⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 100.

²²⁰ Şit, s. 86.

²²¹ Kalpsüz, Tahkim, s. 100-102.

ortadan kalkması sonucunu doğuracak, kararın hakem heyetine iadesi söz konusu olmayacak ve hakem heyetinin yetkisi sona erecektir²²².

Tenfiz ve iptali gerçekleştirebilecek milletlerarası mekanizmaların yokluğu, bu işlemlerin mahalli yargıya bırakılması sonucunu doğurmaktadır²²³. Milletlerarası Tahkim Kanunu iptal davasını “kanun yolu” başlığı altında düzenlemekte, bu kavram İngilizce’de “temyiz”, Fransızca’da “istinaf” kavramına karşılık gelen ve üst dereceli mahkeme tarafından kararın denetlenmesi anlamına gelen “appeal” terimi ile açıklanmaktadır²²⁴. Oysa açıklandığı üzere iptal davası, dar anlamda kanun yollarının özelliklerini taşımamakta; bir müracaat yolu olması bakımından “geniş anlamda kanun yolu” olarak kabul edilmektedir. Nitekim, Fransa ve İsviçre’de iptal davasının karara bağlamasının istinaf mahkemesine ya da yüksek mahkemeye bırakılmış olması dahi, incelemenin dar anlamda bir kanun yolu olması anlamına gelmemekte; bununla bağlantılı olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununda taraflarca İsviçre Federal Mahkemesi yerine mahalli mahkemenin de yetkili kılınabileceği düzenlenerek iptal davası bakımından İsviçre Federal Mahkemesi’nin üst mahkeme sıfatıyla görevlendirilmediği anlaşılmaktadır²²⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu hazırlanırken, iptal davası bakımından yetkili olacak mahkemenin Yargıtay mı yoksa yerel mahkeme mi olacağı tartışılmıştır²²⁶. İptal davasının İsviçre hukukuna paralel şekilde bir bidayet mahkemesi olarak Yargıtay tarafından incelenmesinin ve verilecek bu kararın kesin nitelikte olmasının süreci hızlandırarak yabancılar için güvence teşkil edeceği ileri sürülmüşse de; Kanun’da iptal davası asliye hukuk mahkemelerine bırakılarak verilecek karar, karar düzeltme yolu kapatılmış olsa da, temyize tabi kılınmış ve süreç uzatılmıştır²²⁷. Bilindiği üzere hukuk sistemimizde artık ilk derece mahkemesi kararlarının istinaf incelemesine tabi tutulması yolu benimsenmiştir. Söz konusu değişiklik,

²²² Kalpsüz, Tahkim, s. 101- 102.

²²³ Şit, s. 83-84.

²²⁴ Şit, s. 84; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 467.

²²⁵ Şit, s. 85, 86.

²²⁶ Aydoğan, s. 105-106.

²²⁷ Aydoğan, s. 105-106; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 254.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndan sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olsa da, genel kanun niteliğindeki Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun özel kanun olan Milletlerarası Tahkim Kanunu’nu değiştirme iradesi taşımadığı cihetle iptal davası sonucu varılacak hüküm istinaf incelemesine tabi tutulmayacaktır²²⁸.

Milletlerarası tahkimde hakem kararlarının mahkeme kararlarının tabi olduğu klasik kanun yolu sistemine tabi tutulmaması anlamına gelen “nihailik” ilkesi ile tüm hukuk sistemlerinde ekseriyetle kabul gören genel hukuk ilkelerine açıkça aykırı olan kararların denetime tabi tutulması ile sağlanan “adalet” ilkesi birbirleriyle telahuk halinde olan iki kavramdır²²⁹. Nitekim, iptal davası müessesesi, akdi nitelikteki tahkimin özerk yapısının ve tahkime başvurulmasının temel nedeni olan faydaların işlersiz hale gelmesi ölçüsüne varmamak kaydıyla, açıkça adil olmayan kararların icra edilmemesine hizmet etmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun iptal davasını düzenleyen 15. maddesi ile tenfize ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 45. maddesi karşılaştırıldığında, söz konusu hükümlerde yer alan sebeplerin birbirine paralel olduğu görülecektir. Her iki kurum da hakem kararının esasına dokunmamakla birlikte farklı amaçlara hizmet etmektedir. Tenfiz, hakem kararının tenfiz yeri mahkemesi tarafından hukukun genel ilkelerine ve karar verme usulünün gereklerine aykırılık teşkil etmediğini teyit eden bir müessese iken; iptal, kararın taraflar için adil ve hakkaniyetli olup olmadığını denetleyen daha dar bir denetim mekanizmasıdır²³⁰.

Tahkim yargılamasında kazanan taraf muhtemel olarak, kaybeden tarafın mallarının bulunduğu yerde hükmün tenfiz edilmesi için girişimde bulunacaktır. Tahkim sonucu verilen karar aleyhine olan taraf iptal davası açmaz ya da iptal davasını kazanamazsa, artık tek yol hükmün tenfize karşı koymaktır²³¹. Yani,

²²⁸ Yeşilova, s. 115-121.

²²⁹ Şit, s. 82.

²³⁰ Şit, s. 83, 87.

²³¹ Moses, s. 194.

kaybeden tarafın ilki iptal davası bakımından yetkili mahkeme, diğeri tenfiz yeri mahkemesi olmak üzere iki yerde hakem kararına karşı koyma imkanı vardır.

II. İPTAL DAVASINA İLİŞKİN USULİ MESELELER

UNCITRAL Model Kanunu uyarınca iptal davası açılması için en uygun yer, tahkim süreci üzerinde en iyi denetim yetkisine sahip olduğu düşünölen makam olan tahkim yeri mahkemesidir. Yine UNCITRAL sistemine göre bu davada uygulanacak olan hukuk, tahkim yeri hukukudur (*lex arbitri*). Bununla birlikte, GAFTA (*The Grain and Feed Association*) gibi bazı ticari birliklerde hakem kararının iptali, başka bir tahkim kurumuna ya da temyiz kuruluna bırakılabilmektedir²³². Ayrıca, ICSID tahkim sisteminde ICSID Tahkim Kurallarının 52. maddesi uyarınca ICSID kapsamında verilen bir karara karşı yalnızca diğeri bir ICSID tahkim mahkemesine başvurulabilmektedir²³³. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A hükmü uyarınca iptal davası, yetkili Asliye Hukuk Mahkemesinde açılacak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kendi içerisinde getirmiş olduğu sistem çerçevesinde yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesine uygun olarak belirlenecektir²³⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5/A/6 hükmü uyarınca iptal istemi, davaya bakan mahkeme aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Uygulamada ise, özellikle yüksek değerdeki müddeabihlerin söz konusu olması halinde mahkemeler yazılı yargılama usulünü mutad olarak uygulayarak – yani taraflar davet edilerek dilekçe teatısı yapılmak ve gerektiğinde taraflar dinlemek suretiyle- iptal davalarını incelemekte ve karara bağlamaktadır²³⁵.

İspat yükü açısından Milletlerarası Tahkim Kanununda -diğeri hukuk sistemlerinde de kabul edildiği üzere²³⁶- bir ayrıma gidilmekte ve 15/A/1'de sayılan iptal nedenlerini, iptal davası açan tarafın ispatlaması beklenmektedir. Bununla

²³² Moses, s. 194.

²³³ Moses, s. 194; Özsunay, Tahkim, s. 24.

²³⁴ bkz. Tahkimde Görevli ve Yetkili Mahkeme, s. 56 vd.

²³⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 127.

²³⁶ Moses, s. 196.

birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2 maddesindeki sebepler (tahkime elverişlilik ve kamu düzeni) taraflarca ileri sürülmesi dahi, mahkemece re'sen gözetilmesi gereken ve tespiti halinde iptal kararı verilmesini gerektiren sebeplerdir.

İptal davası açma süresi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca otuz gündür. UNCITRAL Model Kanun'da üç ay olan bu süre, tahkim sürecinin hızlı bir şekilde nihayete erebilmesi bakımından Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda otuz güne indirilmiştir²³⁷. Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca bu süre, hakem kararının veya zaten verilmiş olan hakem hükmünün düzeltilmesi, yorumlanması ya da tamamlanması kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Görüleceği üzere sürenin hesaplanması bakımından temel kıstas, kararın taraflara tebliğ tarihidir. Tarafların, masraflarını yatırmak suretiyle, hakem kararının mahkeme yoluyla tebliğ edilmesini isteme hakkı bulunsa da, önemli olan hakem kararının taraflara bildirilmesi ve tarafların iptal sebeplerini öğrenebilecek durumda bulunması olduğundan; bu tebligat, hakemlerce yapılan tebligatın sonuçlarını ortadan kaldırmayacaktır²³⁸.

Hakem kararının Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca düzeltilmesi, yorumlanması veya tamamlanması halinde ise söz konusu süre bu durumun taraflara tebliğinden itibaren hesaplanacak, kararın kendisinin tebliğ tarihi esas alınmayacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun harçlarla ilgili getirdiği düzenleme, 15/b hükmü ile sınırlı olarak yalnızca hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi ve hakem kararının icraya konulması hallerine yöneliktir. İptal davası açılırken ödenecek harca dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, konuya ilişkin genel bir kanun olan 492 sayılı Harçlar Kanunu'na²³⁹ bakılmalıdır. Harçlar Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca hakem kararları ile ilgili davalardan hakem kararının mahiyetine göre karar ve ilam harcı alınacaktır. Harçlar Kanunu eki 1 sayılı

²³⁷ Akıncı, Tahkim, s. 193.

²³⁸ Akıncı, Tahkim, s. 193, Kalpsüz, Tahkim, s. 122.

²³⁹ 02.07.1964 tarih ve 492 sayılı Harçlar Kanunu, 17.07.1964 tarih ve 11756 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Tarife'nin A/III/1/a hükmü uyarınca, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde, hüküm altına alınan uyuşmazlık konusu değer üzerinden nispi harç alınacağı belirtilmektedir. Oysa, açıklandığı üzere iptal davasında yalnızca Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde belirtilen şekli sebeplerle sınırlı bir inceleme yapılmakta, dolayısıyla Ek 1 sayılı tarife kapsamına giren bir durum bulunmamaktadır. Zaten hakem ücreti ve tahkim masrafı ödemiş olan tarafların bir de iptal davası için nispi harç ödemeleri tahkimi oldukça pahalı bir yöntem haline getirecektir²⁴⁰. Uygulamada, mahkemelerin iptal davası için maktu harç aldıkları gözlemlenmektedir²⁴¹.

Mahkemelere başvuru nedeniyle ödenecek harçlar da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 16/B/6 hükmü uyarınca tahkim giderleri kapsamında kabul edilmektedir.

Bununla birlikte, iptal davasının maktu harca tabi olması, hakem kararının icraailiğini geciktirmek isteyen taraflarca iptal davası açılması bakımından lehe bir durum teşkil etmektedir²⁴².

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/B/1 maddesi uyarınca iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin Asliye Hukuk Mahkemesince verilmesi harca tabi değildir. Bu meyanda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/B/2 hükmü uyarınca iptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hallerde verilecek olan “kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belge” için de harç ödenmeyecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/B/1 maddesi, hakem kararının icraya konulması bakımından Harçlar Kanunu'na atıfta bulunmuştur. Kesinleşmiş bir hakem kararı artık İcra İflas Kanunu'nun²⁴³ 38. maddesi uyarınca ilam hükmünde

²⁴⁰ Akıncı, Tahkim, s. 195.

²⁴¹ Akıncı, Tahkim, s. 194.

²⁴² Akıncı, Tahkim, s. 195.

²⁴³ 09.06.1932 tarih ve 2004 sayılı İcra İflas Kanunu, 19.06.1932 tarih ve 2128 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

olduğundan, ilamlı icraya başvurulduğunda Harçlar Kanunu uyarınca ödenmesi gereken harçlar gündeme gelecektir.

Yetkili Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilecek karar ile süreç sona ermemekte, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca iptal davası sonucu verilen kararlara karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yine Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesindeki iptal sebepleriyle sınırlı olarak temyize başvurulabilmektedir. Temyiz incelemesi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesindeki sebeplerle sınırlı olarak öncelikle ve ivedilikle karara bağlanacaktır. Bununla birlikte, temyize ilişkin karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamamaktadır.

İptal davası sisteminde iptal sebeplerinin sadece bazı şekli sebeplerle sınırlı tutulması, sistemin özelliğini teşkil etmekteyse de, iptal davası sonucu verilen kararların temyize tabi tutulması ile sistem tutarsızlaşmıştır²⁴⁴. Doktrinde, “iptal” ve “temyiz”in iki müstakil sistem olduğu, tahkimin bir an önce sonuçlanmasını amaçlayan iptal davası sonucu verilen kararın tekrar incelenmesi ile sürecin uzatıldığı ve bu iki sistemin birlikte kabulünün her bir sistemin sağlayacağı faydaları bertaraf ederek hakem kararının uzun yoldan temyiz incelemesine tabi tutulması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir²⁴⁵. Bunun yerine, yabancılık unsuru taşıyan ve birden fazla hukuk düzeni ile ilgili olan milletlerarası ticaretle alakalı uzmanlık gerektiren uyuşmazlıklar hakkında verilen hakem kararlarına karşı iptal davasının İsviçre’de olduğu gibi doğrudan yüksek mahkeme nezdinde görülmesi hem süreci kısaltacak hem de yabancılar için güvence teşkil edecektir²⁴⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/B maddesi uyarınca süresi içinde iptal davası açılmaması, iptal davasının reddine ilişkin kararın süresi içinde temyiz edilmemesi veya temyiz talebinin reddedilmesi sonucu hakem kararının

²⁴⁴ Kalpsüz, Tahkim, s. 102, 128.

²⁴⁵ Aktaran: Kalpsüz, Tahkim, s. 102-103 (Karayalçın, Y.; Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi, Cilt II, s. 170; Kalpsüz, T.; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Değerlendirilmesi, s. 127, 136; Kuru, B.; Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi, Cilt II, s. 176).

²⁴⁶ Kalpsüz, Tahkim, s. 104.

kesinleşmesinden sonra Asliye Hukuk Mahkemesi istemde bulunan tarafa hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge verebilir. Görüleceği üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hakem kararının icrailiği bakımından kolaylık sağlanmış, hakem kararlarının icrailiği Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu'na ya da New York Sözleşmesi'ne tabi tutulmamış, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilecek icra edilebilirlik belgesi yeterli kabul edilmiştir²⁴⁷. Zira bu karar, milletlerarası hukuk bağlamında gerçek anlamda bir tenfiz kararı olmayıp, kararın nihai olduğunun tespitine dair bir şerh niteliğindedir²⁴⁸. Temyiz incelemesi sonucunda verilebilecek olan bozma kararına karşı Asliye Ticaret Mahkemesi'nce direnme kararı verilmesi mümkündür. Ayrıca, iptal davası için öngörülen sürenin geçtiği ya da tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hallerde mahkemece hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2-(a) ve (b) hükmünde yer alan iptal sebeplerinin (uyuşmazlığın tahkime elverişli olması ve kamu düzeni) bulunmadığı re'sen tespit edildikten sonra herhangi bir talep olmaksızın verilebilecektir. Bu incelemelerin tümü dosya üzerinden gerçekleştirilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca iptal davasının kabulü halinde:

- a) Bu karar temyiz edilmezse veya
- b) Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/1/b,d,e,f,g ile 15/A/2/b hükümlerindeki sebeplerin varlığı nedeniyle iptal kararı verilmiş ve taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, taraflar hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilir, hatta eski hakemleri tekrar tayin edebilirler.

Yani iptal kararı, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması, tahkim anlaşmasının geçersiz olması, kararın tahkim süresi içinde verilmemesi veya uyuşmazlığın Türk Hukuku'na göre tahkime elverişli olmaması sebeplerinden birine dayanıyorsa, artık bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği için

²⁴⁷ Ekşi, Milletlerarası Tahkim Kanunu, s. 320; Nomer/Ekşi/Öztekin, s. 35.

²⁴⁸ Zira, ancak icra edilebilirlik şerhinin konulmasından sonra hakem kararının uygulanabilir hale geldiğinin kabul edilmesi halinde, çifte tenfiz (çifte exequatur) hali ortaya çıkacaktır (Kaplan, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 65, dipn. 186).

uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlendirilmesi mümkün olmayacak ve uyuşmazlığın devlet mahkemeleri nezdinde çözülmesi gerekecektir²⁴⁹. Hollanda hukukunda da açık bir düzenleme ile hükmün tahkim anlaşmasının geçersizliği nedeniyle iptal olması durumunda mahkemelerin yargılama yetkisinin canlanacağı düzenlenmektedir²⁵⁰. Nitekim, bu hallerin varlığı halinde zaten tahkime gidilebilmesinin dayanağı olan ve taraf ifadelerini yansıtan tahkim anlaşmasının geçersizliği tespit edilmiş olacaktır. Öte yandan, bu hallerin tespiti durumunda, tahkime elverişli bir uyuşmazlık bulunmak kaydıyla, iptale neden olan sebeplerin ortadan kaldırılması suretiyle tarafların yeniden bir tahkim anlaşması akdedebileceklerine ve uyuşmazlığı hakeme taşıyabileceklerine şüphe bulunmamaktadır.

Tarafların tahkime gitme iradesinin sakatlanmış varsayılmadığı hallerde ise, iptal hükmü verilse bile mahkemeler genellikle tarafların tahkime ilişkin çabalarının boşa gitmemesi için uyuşmazlığın tekrar tahkim mahkemesine havalesinden yanadır. Hükümle ilgili meselenin çözümü hükmün geçersizliğinin ilanı ile çözülebilmekteyse, usul ekonomisi ilkesi doğrultusunda mahkemelerce tarafların yargılama sürecine en baştan başlamasını gerektirmeyecek bir yöntem seçilmeye çalışılacaktır. Örneğin İngiliz Tahkim Kanunu'nun 63/3/c hükmünde; mahkemenin, bir uyuşmazlığın tekrar değerlendirilmesi için tahkim kuruluna havalesinin uygun olmadığına kani olmadıkça, hakem hükmünün kısmen ya da tamamen geçersiz olduğuna karar veremeyeceği belirtilmektedir²⁵¹. Bu bakımdan, hükümdeki sorun, hükmün düzeltilmesi, yorumlanması ya da sürecin bütünlüğü ile alakalıysa, uyuşmazlık tekrar hakem kuruluna gönderilebilecektir.

III. İPTAL DAVASI AÇMA HAKKINDAN FERAGAT

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/5 hükmü uyarınca tarafların iptal davası açma hakkından kısmen ya da tamamen feragat etmeleri mümkündür.

²⁴⁹ Akıncı, Tahkim, s. ;Kalpsüz, Tahkim, s. 30; Moses, s. 199.

²⁵⁰ Moses, s. 199.

²⁵¹ English Arbitration Act of 1996, Art. 68, (3), (c) “a court shall nor set aside or ... declare an award to be of no effect, in whole or in part, unless it is satisfied that it would be inappropriate to remit the matters in question to the tribunal for reconsideration” (Moses, s. 200).

Yerleşim yerleri veya oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi, 15/A hükmünde sayılan iptal sebeplerinden bir veya birkaçından dolayı iptal davası açmak hakkından da vazgeçebilirler. Bu durumda, ilk halde “tamamen feragat” söz konusu olurken, ikinci durumda “kısmen feragat” edildiğinden bahsedilecektir.

Hukuk sistemimizdeki genel kural, bir haktan ancak hakkın doğumundan sonra feragat edilebilmesidir. Nitekim, milletlerarası olmayan tahkime ilişkin kararlar için temyize başvurma hakkından feragat edilmesi bakımından da bu genel kurala uygun olarak, hakem kararının verilmesinden önce yapılacak feragatler geçersiz addedilmektedir²⁵².

Oysa, hükümden anlaşılacağı üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu ile taraflara henüz hakem kararı verilmeden önce dahi iptal davası açma hakkından feragat etme imkanı tanınmıştır. Bu düzenleme, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A maddesinin sistemine özgü bir durum olup, tarafların iptal davası açma imkanını kötü niyetli olarak süreci uzatma amaçlı kullanmasını engelleme saiklidir²⁵³. Böyle bir durumda, hakem kararı verildiği anda kesinleşmiş olacaktır²⁵⁴. İptal davası açma hakkından feragat edilmesi, gerek tahkim yeri mahkemesince ve infaz aşamasında infaz yeri mahkemesince yapılacak olan iki aşamalı mahkeme denetiminin kısaltılması, gerek mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gerekse de tahkime başvuran tarafların daha hızlı sonuç alabilmesi gibi faydalara sahiptir²⁵⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki hüküm, kısmen ya da tamamen feragat edilmesini düzenlenmektedir. Kısmi feragat, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda “yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı feragat edebilirler” şeklinde tanımlanmaktadır. Hükümün karşıt yorumundan (*a contrario*) anlaşılacağı üzere

²⁵² Yarg. 2. HD. T: 17.11.1970, E: 6449, K: 6080; Yarg. 2. HD. T: 17.11.1970, E: 6249, K: 6080; Yarg. 11. HD. T: 05.05.1994, E: 6433, K: 4604, Yarg. 4. HD. T: 30.12.1975, E: 10026, K: 12981 (Akıncı, Tahkim, s. 197-198; Kalpsüz, Tahkim, s. 123).

²⁵³ Akıncı, Tahkim, s. 198.

²⁵⁴ Akıncı, Tahkim, s. 198; Şit, s. 86.

²⁵⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 124.

feragat edilmeyen sebeplere dayanılarak iptal davası açılması mümkün olacaktır. Kısmi feragat halinde iptal davası açılması durumunda, davacı tarafından öne sürülen iptal sebeplerinin kısmi feragat kapsamına girip girmediğinin gözetilmesi gerekmektedir²⁵⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/B/son hükmü uyarınca, taraflarca iptal davası açmaktan feragat edilmiş olsa dahi kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi sırasında, aksi kararlaştırılmadıkça, mahkemece dosya üzerinden, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2 hükmünde mahkemece re'sen tespit edileceği belirtilen iptal sebepleri (tahkime elverişlilik ve kamu düzeni) bakımından bir inceleme yapılacaktır. Dolayısıyla, taraflarca iptal davası açmaktan kısmen ya da tamamen feragat edilse bile bu iki sebep için feragat geçerli olmayacak ve mahkemece bu iki husus gözetilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/5 hükmü incelendiğinde, ilk cümlede herhangi bir ayırım yapılmaksızın tarafların kısmen veya tamamen iptal davası açma hakkından feragat edebileceği, ikinci cümlesinde ise yerleşim yeri veya oturma yeri Türkiye dışında bulunan tarafların tahkim anlaşması ile ya da daha sonra yapacakları anlaşma ile feragat beyanında bulunma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Hüküm, doktrinde farklı yorumlara sebebiyet vermektedir. Bir görüşe göre²⁵⁷, iptal davası açma hakkından feragat edebilecek tarafların yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin mutlaka Türkiye dışında olması gerekmektedir. Ayrıca, Kanun'un taraflar arasında herhangi bir eşitsizliğe mahal vermek isteyeceği düşünülemeyeceğinden söz konusu şartın her iki taraf için de mevcut olması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, uyuşmazlığın taraflarından birinin Türkiye'de merkezi olan bir şirket olması veya ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan adi ortaklık kapsamında kabul gören joint venture üyelerinden birinin Türkiye merkezli bir şirket olması durumunda, uyuşmazlığın taraflarından hiçbirisi iptal davasından feragat etme hakkını kullanamayacaktır.

²⁵⁶ Akıncı, Tahkim, s. 196.

²⁵⁷ Akıncı, Tahkim, s. 198-200; Ekşi, Milletlerarası Tahkim Kanunu, s. 334-335; Erdoğan, s. 217; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 255.

Buna karşılık diğer görüş²⁵⁸, ilk cümlelerin yorumundan, yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye’de olan tarafların da kısmen veya tamamen feragatte bulunabileceklerini, fakat bu feragatin ayrıca belirtilmediği cihetle hukuk sistemimizdeki genel kabule uygun olarak ancak iptal davası açma hakkının doğumundan sonra gerçekleştirilebileceğini savunmaktadır. Söz konusu cümlede feragatin yapılaş şekline ve zamanına dair bir düzenleme bulunmadığından, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 17. maddesi uyarınca Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Her iki tarafın da yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında bulunması halinde ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki açık düzenleme uyarınca, hakem kararının verilmesinden önce dahi iptal davası açma hakkından feragat edilmesi mümkündür. Bu şart, feragate ilişkin irade beyanında bulunulduğu anda mevcut olmalıdır. Hakkın doğumundan önce o haktan feragat edilmesi istisnai bir durum olduğundan, istisnaların dar yorumlanması ilkesi çerçevesinde gerekli şartların her iki taraf için de sağlanması aranmaktadır. Zira, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda düzenlenen söz konusu feragat tek taraflı bir irade beyanı olarak değil, tahkimin taraflarının iptal davası açılmaması hususunda akdedecekleri bir anlaşma niteliğindedir.

Görüldüğü üzere yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye’de olan taraflar bakımından hükmün açık bir düzenleme getirmemesi nedeniyle doktrinde farklı yorumlar benimsenmiştir. Kanaatimizce, 15/A/5-c-1 hükmünde “Taraflar”ın feragat etme hakkı düzenlenerek, yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye içinde ya da dışında olan tüm taraflar kapsama alınmakta ve sistemimizin genel kabulüne uygun olarak bu kişilerin hakkın doğumundan sonra feragat edebilecekleri belirtilmek istenmektedir. Hükmün ikinci cümlesinde ise, hukuk sistemimiz bakımından istisnai bir durum olan hakkın doğumundan önce o haktan feragat edilebilmesi belirli kişilere ve usullere münhasır kılınmıştır. Dolayısıyla, Türkiye’de yerleşim yeri veya olağan oturma yeri bulunan kişiler ile bulunmayan kişilerin taraf olduğu Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamındaki bir uyuşmazlık bakımından, her iki taraf için de yalnızca iptal davası açma hakkının doğması ile feragat imkanı bulunacak; her iki taraf için de iptal davası açma hakkının doğumundan önce

²⁵⁸ Kalpöz, Tahkim, s. 123-126.

feragatte bulunulması mümkün olmayacaktır. İptal davası açma hakkının doğumundan önce bu haktan feragat edilebilmesi, ancak her iki tarafın da yerleşim yerlerinin Türkiye dışında olmasına mahsustur. Milletlerarası Tahkim Kanunu ile getirilen bu istisnai düzenlemenin feragate ilişkin genel ilkelerden ayrılınmasını gerektirmeyeceği cihetle, ikinci görüş kanaatimizce daha yerindedir.

Sistemimizdeki genel kabule paralel olarak feragat, açık bir beyanla yapılmalıdır. Bu nedenle taraflarca tahkim sözleşmesine hakem kararının nihai olacağına ilişkin hüküm eklenmesi ya da ICC Tahkim kurallarına atıfta bulunulması gibi yollara başvurulması, feragat iradesinin hiçbir tereddüt ve şüpheyeye yer vermeyecek nitelikte açık olmaması nedeniyle bir feragat beyanı olarak kabul edilemeyecektir²⁵⁹. Zımnî irade beyanı ile bir haktan feragat edilmesi sistemimizin genel niteliği ile örtüşmemektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca feragate ilişkin irade beyanı yazılı olmalıdır. Feragat beyanının tahkim anlaşmasında yer alması halinde zaten Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesindeki yazılılık unsuru sağlanmış olacaktır. Feragatin sonradan kararlaştırılması halinde de yine yazılı şekil şartının karşılanması bakımından Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesine uygunluk sağlanması gerekecektir²⁶⁰. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun aradığı “yazılılık”, 4. maddede tanımlanmıştır. Feragat bakımından aranan yazılılık da, tahkim anlaşmasında olduğu gibi bir geçerlilik şartıdır²⁶¹.

IV. İPTAL SEBEPLERİ

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A hükmünde iptal sebepleri, mehzaz UNCITRAL Model Kanununa uygun olarak iki kategoride düzenlenmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A maddesinde yedi alt bent halinde sayılan ilk gruptaki iptal sebeplerinin taraflarca ispatı gerekmekte, uyuşmazlığın tahkime elverişliliği ve kararın kamu düzenine uygun olup olmadığı hususları ise taraflarca

²⁵⁹ Akıncı, Tahkim, s. 200; Kalpsüz, Tahkim, s. 125; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 255.

²⁶⁰ Akıncı, Tahkim, s. 200.

²⁶¹ Kalpsüz, Tahkim, s. 196.

ileri sürülmesi dahi mahkemece re'sen gözetilmektedir. Bu sebepler incelendiğinde, taraflarca ispatı aranan hususların genel olarak bir kararın taşıması gereken asgari niteliklere ilişkin olduğu; re'sen nazara alınacak sebeplerin ise iptal davasına bakan mahkemenin hukuku bakımından önem teşkil eden ve bu hukuklara göre değerlendirilmesi gereken unsurlar olduğu görülecektir²⁶².

UNCITRAL Model Kanunu, iptal davası sistemine daha uygun bir düzenleme getirmekte ve yalnızca şekli sebepleri iptal davasına konu etmektedir. Oysa, Milletlerarası Tahkim Kanunu, iptal sebeplerini daha geniş şekilde ele almış ve yargılamanın tarafların anlaşmasına –bir anlaşma bulunmuyorsa Milletlerarası Tahkim Kanunu'na- uygun olarak yürütülmemesinin kararın esasına etkili olması, tarafların eşitliğinin gözetilmemesi, kamu düzeni gibi oldukça geniş ve yoruma açık halleri de iptal sebebi olarak kabul etmiştir.

A) İPTAL DAVASI AÇAN TARAFIN KANITLAMASI GEREKEN İPTAL SEBEPLERİ

1) Taraflardan Birinin Ehliyetsiz veya Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması

a) Tahkim Anlaşması'nın Taraflarından Birinin Ehliyetsiz Olması

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A maddesinin ilk bendinde düzenlenen iki müstakil iptal sebebinden ilki, taraflardan birinin tahkim anlaşmasının yapılması sırasında ehliyetsiz olmasıdır.

Tahkim anlaşması, tarafların devlet yargılaması yerine hakeme başvurmalarına yönelik iradelerinin uyuştugu bir anlaşma olduğundan, tarafların gerekli fiil ehliyetine haiz olmaları gerekmektedir. Türk mahkemeleri, önlerine gelen uyuşmazlıklarda *lex fori*'ye göre bağlama kurallarını uygulayacağından ve kanunlar ihtilafına ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 8.

²⁶² Şit, s. 156.

maddesi uyarınca hak ve fiil ehliyeti kişilerin milli hukukuna tabi olduğundan, kişinin ehliyet durumu da buna göre değerlendirilecektir. Zira, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde ve Avrupa Sözleşmesi'nin VI. maddesinde kişilerin “*haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz*” olması esas alınarak, bu hukukun tespiti hakimın hukukuna (*lex fori*) bırakılmıştır. Bununla birlikte, milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı, Türk hukukuna göre ehil olması halinde Türkiye’de yapılan işlemle bağlı olacaktır. Bu durum, görünüşe güven ilkesinin bir gereğidir. Nitekim, Fransa’da *Lizardi* kararında, ehliyetin kişinin milli hukukuna tabi olduğu kabul edilmekle birlikte, iyiniyetli bir Fransızın milli hukuku uyarınca ehliyetsiz olan 23 yaşındaki bir kişiyle yapmış olduğu akit, görünüşe güven ilkesi uyarınca geçerli sayılmıştır²⁶³. Tahkim sözleşmeleri bakımından da aynı ilkenin uygulanabilmesi mümkündür. Öte yandan, Common Law sisteminin benimsendiği ülkelerde ehliyetin, ilgilinin ikametgahının ya da mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tabi tutulduğu unutulmamalıdır²⁶⁴.

Tahkim anlaşmasının temsilci aracılığı ile yapılması halinde ise temsilcinin tahkime tabi kılınacak konu üzerinde sulh akdetme yetkisini ve dava ehliyetini de taşıyor olması gerekir²⁶⁵. Borçlar Kanunu’nun 540. maddesi²⁶⁶ ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 74. maddesi²⁶⁷ uyarınca tahkim için vekilin özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Vekilin özel olarak yetkilendirilmesi genellikle yazılı şekilde yapılacaktır. Bununla birlikte, burada taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisi olduğundan, bu ilişkideki yazılılık şartının tahkim anlaşması için öngörülen yazılılık şartı ile karıştırılmaması gerekmektedir²⁶⁸. Zira, burada yalnızca vekaletle ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

²⁶³ Sayman, Yücel; Fransa’da Devletin Tahkim Yoluna Gitme Olanğı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 2, 1982, s. 31.

²⁶⁴ Romero, s. 120.

²⁶⁵ Aydoğan, s. 47; Kalpsüz, Tahkim, s. 106. Aksi görüşe göre, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinin 3. fıkrasında tahkim anlaşmasına tarafların seçtiği hukukun, böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukunun uygulanacağını belirtilmesi, yalnızca Türk hukukunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin olan hükümlere atıf yapmakta ve Borçlar Kanunu hükümlerini kapsamamaktadır.

²⁶⁶ Söz konusu hüküm, 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nun 388. maddesinde yer almaktaydı.

²⁶⁷ Söz konusu hüküm, 18.06.1927 tarihli ve 1060 sayılı mülga Hukuk Uuslü Muhakemeleri Kanunu’nun 63. maddesinde yer almaktaydı.

²⁶⁸ Esen, Emre; Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 28, Sayı: 1-2, 2008 (Tahkim Anlaşması), s.109.

Tahkime ilişkin olarak vekile yetki verilmesi, icazet yoluyla da gerçekleştirilebilir²⁶⁹. Hatta, tahkim süreci başlamış olmasına rağmen temsil olunanın hiçbir itirazda bulunmaksızın tahkim sürecine katılması, zımni icazet olarak kabul edilmektedir²⁷⁰. Türk Hukukunun uygulandığı hallerde, Borçlar Kanunu'nun 540. maddesi uyarınca özel vekâlet gerektiren tahkim anlaşmalarının yetkisiz temsilci tarafından yapılması durumunda, tahkim anlaşması müvekkil icazet vermedikçe geçersiz olacaktır²⁷¹.

Medeni Kanun'un²⁷² 462. ve 343. maddeleri uyarınca veli ya da vasi nezaretindeki kimselerin, küçüklerin veya kısıtlıların sulh ve tahkime gidebilmesi için Sulh Mahkemesinin izni gereklidir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 8. maddesi uyarınca tüzel kişilerin veya kişi ya da mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Bununla birlikte, fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde, yine Türk hukuku uygulanabilecektir. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir tahkim anlaşmasındaki tarafların ehliyet durumlarının belirlenmesinde bu ilkeler ışığında değerlendirme yapılacaktır. Bu bakımdan, bir Türk tüzel kişinin ehliyeti bakımından Türk hukukunun uygulanacağı ve tahkim anlaşmasının tüzel kişiyi temsile ve ilzama yetkili temsilcisi tarafından imzalanması gerektiği şüphesizdir. Bu noktada, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda, yetkisiz kişilerce tahkim anlaşması imzalanması nedeniyle hakem kararının iptali ya da tenfizinin reddi durumu ile karşılaşılması bakımından, tahkim anlaşmasının taraflarının karşılıklı olarak birbirlerinin imza sirkülerlerini ya da yetki belgelerini incelemek suretiyle bu hususu dikkatle gözetmeleri faydalı olacaktır²⁷³. Örneğin, faks yoluyla tahkim anlaşması yapılması durumunda davalı şirket temsilcilerinin imzası üzerinde istiktab

²⁶⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 106.

²⁷⁰ Kalpsüz, Tahkim, s. 106.

²⁷¹ Akıncı, Tahkim, s. 215; Kalpsüz, Tahkim, s. 108.

²⁷² 4722 sayılı ve 03.12.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu, 8/12/2001 tarih ve 246007 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁷³ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 301-302; Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 408; Şit, s. 208.

yapılamadığı için tahkim anlaşması geçersiz sayılabilmektedir²⁷⁴. Yargıtay’ın bir kararında²⁷⁵, Bremen Pamuk Borsası Tahkim Mahkemesi kararının dayanağı olan tahkim sözleşmesi, davalı “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. A.Ş.” ile değil de “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. ve Tic. Ltd. Şti.” ile akdedilmiş olduğundan karar tenfiz edilememiştir. Tüzel kişiliğin yetkili kişinin ya da organının tahkim anlaşması yapması için özel olarak yetkilendirilmiş olması aranmamaktaysa da, tüzel kişinin vekil ataması halinde Borçlar Kanunu’nun vekaletle ilişkin hükümleri uyarınca vekile tahkim anlaşması akdedebilme hususunda özel yetki verilmesi gerekmektedir²⁷⁶. Öte yandan, temsilcinin yetkisiz olarak tahkim anlaşması akdetmiş olduğu iddiası hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmekteyse, tahkim anlaşmasının geçerli şekilde akdedilmiş sayılabileceği tabiidir. Örneğin, Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin bir kararında, *“Tahkim şartının yer aldığı esas sözleşmedeki imzanın davalı şirketi temsil ve ilzama yetkili O.Y.’ye ait olmayıp, bu konuda yetkisi bulunmayan şirket yönetim kurulu üyesi O.K.’ya ait olması nedeniyle, ifa edilmiş olması sebebiyle geçerli kabul edilmesi gereken esas sözleşmeye rağmen tahkim şartının geçerli olmadığı gibi bir sonuca varmak mümkün ise de; olayın özelliği itibarıyla bu noktada MK.’un 2. maddesinde ifadesini bulan objektif iyiniyet kurallarının göz önünde tutulması zorunludur. Yetkili olmayan şirket yönetim kurulu üyesi tarafından imzalanan sözleşmeler ifa edilmek suretiyle davacı şirket tarafından davalı şirkete sözleşme konusu mallar teslim edilmiş, ... ödeme yapılmış, ... Tahkim Divanına başvurulması üzerine çıkarılan tebligatlar davalı şirket tarafından kabul edilmeyerek iade edilmiş, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığını iddia ve ispat etmek suretiyle ... hakem kararının iptali istenebileceği halde bu yola gidilmemiş ve tenfiz için mahkemeye başvurulduğunda tahkim şartının yetkili kişi tarafından imzalanmadığı ileri*

²⁷⁴ Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 409.

²⁷⁵ Yarg. 11. HD., T: 07.11.1989, E: 1990/2931, K: 1991/6828 (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 302-303).

²⁷⁶ Esen, Emre; Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vastasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003, Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 384-385 (Hakem Kararlarının Tenfizi veya İptali); Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 310-302; Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 408-409.

sürülmüştür.” denilerek, tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olduğu esası dürüstlük kuralları çerçevesinde etkisizleştirilmiştir²⁷⁷.

Geçmişte, devletlerin ya da kamu kurum ve kuruluşlarının “devletlerin yargı bağışıklığı”nı ileri sürerek tahkim anlaşmasının gereklerinin yerine getirilmesinden kaçındıkları görülmektedir²⁷⁸. Oysa bugün böyle bir davranış milletlerarası kamu düzenine, iyiniyet ve dürüstlük kuralına, ahde vefa ilkesine (*pacta sunt servanda*) ve Anglo-Sakson hukukunda taraflardan birinin yargılama kurallarına uymamasının usuli hakların kaybına yol açması anlamına gelen *Estoppel Kuralı*’na aykırı kabul edilmektedir²⁷⁹. Tahkim içtihat hukuku uyarınca bir devlet tüzel kişinin yabancı kişilerle olan ilişkilerinde bilerek, isteyerek ve açıkça güven vererek yetkisiz olduğunu ifşa etmeksizin tahkim anlaşması yapması ve daha sonra yükümlülüklerden kaçınma amacıyla yetkisiz olduğunu ileri sürmesi, milletlerarası kamu düzenine aykırıdır²⁸⁰. Devletin tahkime gitme yetkisi milletlerarası kamu düzeninin irdedeği meselelerin başında olup, burada aykırılık teşkil eden husus devletin yetkisiz olması değil, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde bu yetkisizliğin icra aşamasına kadar saklanarak karşı tarafa güven telkin edilmesidir²⁸¹. Zira, Avrupa Sözleşmesi’nin II. maddesinde, “...haklarında tatbiki gereken kanun tarafından kamu hukuku tüzel kişileri olarak vasıflandırılan tüzel kişiler muteber suretle hakemlik anlaşmaları akdetmek yetkisini haizdirler.” denilmiş ve kamu hukuku tüzel kişilerinin hakkın kötüye kullanılması yolu ile yargı muafiyeti iddiasında bulunması önlenmek istenmiştir. Nitekim, *Société Tunisienne d’Electricité et de Gas (Tunus) v. Soc. Entrepouse (Fransa)* davasında Tunus ilk derece mahkemesi, Tunus hukuku uyarınca bir kamu hukuku tüzel kişisi bakımından ihtilafın tahkim yoluyla hallinin mümkün olmadığı yolundaki savunmayı reddetmiş, Fransız mahkeme kararlarına dayanarak bu yasağın Fransız kamu kuruluşlarının mahalli ilişkileri açısından söz konusu

²⁷⁷ Esen, Hakem Kararlarının Tenfizi veya İptali, s. 398-399.

²⁷⁸ Deren Yıldırım, s. 31-32.

²⁷⁹ Deren Yıldırım, s. 31-32; Romero, s. 11; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 303.

²⁸⁰ Romero, s. 121-122, dipn. 24.

²⁸¹ Romero, s. 121-122, dipn. 24.

olduğunu, ancak milletlerarası ticari ilişkilerdeki tahkim kaydının bağlayıcı olacağını kabul etmiştir²⁸².

Akitler hukuku sistemimizin temel ilkesi olan nispiyet ilkesi, tahkim anlaşmaları bakımından da şüphesiz ki geçerli olacaktır. Bu hususa, Teksas Yüksek Mahkemesi'nde görülen *Grigson v. Creative Asist Agency* davasında da işaret edilmiş ve tahkim şartının sözleşmesel bir unsur olduğu kabul edilerek, sözleşmenin tarafı olmayan bir kişi için kural olarak bağlayıcı sayılamayacağı vurgulanmıştır²⁸³. Öte yandan, nadiren ana şirket – yavru şirket bağlantısı ya da farklı şekillerde bağlantılı olan şirketler, ardıl şirket veya imalatçı ya da devlet kontrollü bir şirket söz konusu bağlantı nedeniyle tahkim anlaşmasına taraf olmasa da anlaşma ile bağlı tutulabilmektedir²⁸⁴. Örneğin, ICC Tahkim Divanı uygulamasında, bir kamu kurum ya da kuruluşunun taraf olduğu tahkim anlaşmaları bakımından ilgili devletin de taraf kabul edilip edilemeyeceği tartışılmıştır²⁸⁵. ICC bu konuda katı bir tutum sergilemekte, sözleşmenin müzakere, ifa veya fesih safhalarında ilgili devletin katılımını gösteren delillerin davacı tarafından sunulmasını aramaktadır²⁸⁶. ICC nezdinde görülen *Westland Helicopters Ltd v. Arab Organisation for Industrialisation* ve *Pyramides* davalarında davacı, yalnızca sözleşmenin diğer tarafı kamu kurum ve kuruluşlara değil; Mısır, Katar, Suudi Arabistan ve Birleşik Arap Emirlikleri aleyhine de dava açmıştır²⁸⁷. Mısır Devleti bu davalarda, tahkim kaydının yer aldığı sözleşmede imzasının bulunmadığı itirazını öne sürmüştür²⁸⁸. Hakem heyeti, tahkim anlaşmasının devletleri de bağladığına hükmetmiş fakat bu kararlar mahkemeler tarafından iptal edilmiştir²⁸⁹. ICC, devletin tahkim yargılamasında yer almasını,

²⁸² Ayrıca bkz. 18.10.1983 tarihli *Benteler (Almanya) v. Belgium and S.A. ABC (Belçika)* davasında da tahkim sözleşmesine taraf olan bir kamu kuruluşunun kendi mevzuatı uyarınca böyle bir yetkisinin bulunmadığına ilişkin itirazın reddine hükmedilmiştir (bkz. <http://translex.uni-koeln.de/output.php?docid=261000>, Akıncı, Tenfiz, s. 117, dipn. 399-400).

²⁸³ “Arbitration is a matter of contract and cannot, in general, be required for a matter involving [a] ... nonsignatory” (<http://www.supreme.courts.state.tx.us/ebriefs/04/04086505.pdf> (Şubat, 2011), Moses, s. 33) Ayrıca bkz. Karan, Nur; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 57.

²⁸⁴ *Bridas SAPIC v. Turkmenistan* ve *Westmoreland v. Sadoux* davaları (Moses, s. 33).

²⁸⁵ Romero, s. 135- 139.

²⁸⁶ Romero, s. 136.

²⁸⁷ http://www.olswang.com/pdfs/arbitration_jun07.pdf (Şubat, 2011), Romero, s. 136-137.

²⁸⁸ Romero, s. 136-137.

²⁸⁹ Romero, s. 136- 137.

devletlerin yargı bağımsızlığının istisnası olarak görmekte ve bu nedenle devletin taraf olabilmesi bakımından katı bir tutum sergilemektedir²⁹⁰. Diğer bir davada ise davacı İtalyan şirket, bir Afrika devletinin Elektrik Bakanlığı ile Afrika devletinin kendisine karşı ICC’de dava açmıştır²⁹¹. Devlet, Mısır’ın yukarıda yapmış olduğu itiraza benzer şekilde, tahkim kaydının bulunduğu metinde imzasının olmadığını belirtmiştir²⁹². Ayrıca davacı, ilgili Afrika devletinin sözleşmenin müzakere, ifa veya fesih safhalarına katılımını yeterli şekilde ispatlayamamıştır²⁹³. Bu nedenlerle söz konusu dava, ilgili bakanlık ile davacı arasında yürütülmüştür.

Kanaatimizce ICC’nin tutumu kamu menfaati²⁹⁴ kavramından yola çıkılarak haklı görülebilirse de, sözleşmenin tarafı olan kamu kurum ya da kuruluşunun devletten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olup olmadığı hususunun dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim ülkemizde bakanlıkların kendi tüzel kişilikleri bulunmamakta, bakanlık faaliyetleri devlet tüzel kişiliği adına yapılmaktadır. Tüzel kişiliği olmayan birimlerin hak ve fiil ehliyeti bulunmadığından tahkim anlaşmasına taraf olamayacağı gözden kaçırılmamalı ve böyle bir durumda devletin tahkim anlaşmasının tarafı olduğu kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, ayrı tüzel kişiliklere sahip görünse de, bazı hallerde “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” (*Lifting the veil of incorporation, veil piercing/alter ego*) yoluna gidilmesi ve tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin anlaşma ile bağlı kabul edilmesi mümkün olabilmektedir. Perdenin kaldırılması, farklı kişiliklere sahip olunmasının –yani “hukuki ayrılık ilkesi”nin- kötüye kullanılarak kişilerin sorumluluktan kaçınmasını, görünüşteki kişinin perdesinin kaldırılarak asıl kişiye yönelmesi ile engelleyen bir müessesedir²⁹⁵. Genel olarak perdenin kaldırılmasının

²⁹⁰ Romero, s. 137.

²⁹¹ Romero, s. 137-138.

²⁹² Romero, s. 138.

²⁹³ Romero, s. 138.

²⁹⁴ Romero, s. 138.

²⁹⁵ Antalya, Gökhan; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Milletlerarası Hukuk Sempozyumu “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2 Şubat 2008, İstanbul, s. 143-151; Atabarut, İpek Sağlam; İngiliz ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması Teorisi ve Uygulama Alanlarından Dava Örnekleri, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt 1, Beta Yayınevi, s. 481-498; Moses, s. 36-38; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 321 323; Sağlam, İpek; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Milletlerarası Hukuk Sempozyumu “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2 Şubat

dürüstlük kuralına dayandığı ve perdenin kaldırılması ile “*alter ego*” denilen perdenin arkasındaki gerçek kişinin maddi sözleşme ile bağlı olarak hak ve yükümlülükler üstleneceği kabul edilse de; bu durum maddi ilişkiye yönelik olduğundan, usuli bir sözleşme olan takım anlaşması bakımından taraf olmayan bir kişinin taraf kabul edilmesi sonucunun doğmayacağından bahsedilmektedir²⁹⁶. Öte yandan, başta Anglo-sakson hukuku olmak üzere hukuk sistemlerinde genellikle;

- söz konusu işlem bakımından perdenin arkasındaki kişinin görünüşteki kişi üzerinde tam bir kontrole sahip olması,

- bu kontrolün perdeyi kaldırmak isteyen tarafın hile ya da hataya maruz kalması amacıyla yapılması durumunda perdenin kaldırılması ilkesi ile tahkim anlaşması bakımından da perdenin arkasındaki kişinin bağlı tutulabileceği kabul edilmektedir²⁹⁷. Bu bakımdan, Amerikan Temyiz Mahkemesi’nin 5. Dairesi’nde görülen *Bridas SAPIC v. Turkmenistan* davasında²⁹⁸, bir Arjantin firması olan Bridas, Türkmenistan’dan ve Türkmenistan devleti kontrolündeki *Turkmenefit* firmasından 495 milyon dolarlık bir alacağa hak kazanmıştır. Bridas yalnızca Turkmenefit ile joint venture ilişkisine girmiş olsa da, mahkemece bu ilişkiye taraf olmayan Türkmenistan devleti, Turkmenefit’in *alter egos*u olması dolayısıyla tahkim anlaşmasının tarafı kabul edilmiştir. Böyle bir kabulün haklı sayılması için mahkemece asıl kişinin ve görünüşteki kişiliğin;

- ortak hisselerinin - sermayelerinin bulunup bulunmadığının,
- ortak amirlerinin ve çalışanlarının bulunup bulunmadığının,
- ortak çalışma dairelerinin bulunup bulunmadığının,
- mali beyanlarını birleştirilmiş olarak verip vermediklerinin,
- birbirlerine mali katkıda bulunup bulunmadıklarının,
- asıl şirketin görünüşteki şirketi şirketleştirmiş olup olmadığının,
- görünüşteki kişinin ciddi anlamda yetersiz bir sermaye ile işliyor görünüp görünmediğinin,

2008, İstanbul, s. 153-161; Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal; Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 387-404; Yüksel, Kemalettin; Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması Lifting the Corporate Veil, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Milletlerarası Hukuk Sempozyumu “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2 Şubat 2008, İstanbul, s. 261-275 .

²⁹⁶ Moses, s. 36; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 322-323.

²⁹⁷ *Bridas SAPIC v. Turkmenistan* ve *Westmoreland v. Sadoux* davaları (Moses, s. 36).

²⁹⁸ <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1089023.html> (Temmuz, 2011), Moses, s. 36-37.

- asıl şirketin diğer şirketin çalışanlarının maaşlarını ya da şirketin diğer masraflarını karşılayıp karşılamadığının,
- görünüşteki şirketin, ana şirketin kendisine verdiği işlerden başka bir iş alıp almadığının,
- asıl şirketin görünüşteki şirketin malvarlığını kendi malvarlığı gibi kullanıp kullanmadığının,
- iki şirketin günlük işlemlerinin ayrı tutulup tutulmadığının,
- görünüşteki şirketin şirketleşme usullerine uyup uymadığının gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yüksek mahkeme ayrıca, yukarıda sayılanlara ek olarak;
- görünüşteki şirketin, asıl şirketin menfaatleri için öncelikli ve bağımsız olarak hareket edip etmediklerinin,
- asıl şirketin görünüşteki şirketin garanti borçlarını ödeyip ödemediğinin ve
- asıl şirketin görünüşteki şirketi çok yakından takip edip etmediğinin nazara alınması gerektiğini belirtmiştir. Öte yandan, söz konusu davada perdenin arkasındaki kişinin ticari bir şirket değil, bir devlet olması bakımından; görünüşteki şirketin devletin bir kolu olarak görülüp görülmediğinin, görünüşteki şirketin kaynaklarının, şirketin özerklik derecesinin, şirketin yerel meselelerle ilgilenerek ülke çapındaki sorunlara müdahalesinin ölçüsünün, şirketin kendi adına davalara taraf olabilmesinin, şirketin kendi adına mal edinebilmesinin ve kullanabilmesinin dikkate alınması gerektiği de kabul edilmiştir. Davada mahkemece; hükümetin, getirdiği ihracat yasağı ile Birdas'ı joint venture ilişkisinden çıkmaya zorladığı, böylelikle perdenin arkasındaki kişi olarak hükümetin Bidas'ın sözleşmesel yollara başvuru imkanını ortadan kaldırdığı ve bu yolla kasten alacaklıların görünürdeki şirketten para almasını önlediği tespit edilmiş ve bu hallerin perdenin kaldırılmasının en temel nedenlerinden olduğuna hükmedilmiştir. Bu konudaki tüm mahkeme kararları tutarlılık arz etmese de, bir tarafın tahkim anlaşması ile bağlı tutulmamasının tarafların makul beklentilerine ters düşmesi halinde, tahkim anlaşmasının tarafı olmayan kişilerin bu anlaşma ile bağlı tutulması daha muhtemeldir²⁹⁹. Benzer şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin *STGM v. Bangladesh* davasında³⁰⁰ tahkim anlaşmasının tarafı olan Bangladesh devletine bağlı

²⁹⁹ Moses, s. 38.

³⁰⁰ Dayınlarlı, Kemal; Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994, Adalet Matbaası, s. 75-76 (Kamu Düzeni).

bir şirket, Bangladeş tarafından aktifleri alınmak suretiyle tasfiye edilmiştir. Bangladeş devleti tahkim anlaşmasının tarafı olmadığını iddia etmişse de, dürüstlük kaidelerine aykırı olan ve tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınmanın en açık örneklerinden birini teşkil eden bu savunma kabul görmemiştir.

b) Tahkim Anlaşması'nın Geçersizliği

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/1/a hükmünde, New York Sözleşmesi'nin V. maddesi ile Avrupa Sözleşmesi'nin VI. maddesine paralel olarak, tahkim anlaşmasının geçerliliği alternatifli şekilde (*in favorem validitatis*), “ tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre” ele alınmaktadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız olduğu dikkate alınarak (*authonomy – severability/seperability doctrine*), ihtilafı doğuran esas sözleşmenin tabi kılındığı hukuka önem verilmeyecek; taraflarca bizatihi tahkim anlaşmasına belirli bir hukukun uygulanması kararlaştırılmamışsa Türk hukuku geçerli olacaktır³⁰¹. Hüküm, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 3. fıkrası ile irtibatlı bir düzenleme olduğundan, 4. madde ile birlikte ele alınmalıdır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Yani uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra tahkim anlaşması akdedilebileceği gibi (*tahkime tevdi anlaşması - submission to arbitration agreement*)³⁰², uyuşmazlık henüz ortada yokken de belirli bir hukuki ilişkiye yönelik olarak tahkim anlaşması hazırlanabilir. Bu noktada önem teşkil eden husus, belirli bir “hukuki ilişki”den kaynaklanmış ya da kaynaklanacak olan uyuşmazlıklara yönelik bir tahkim anlaşması akdedilmesi olup, “uyuşmazlık konusu”nun tam olarak neye ilişkin olduğunun anlaşma anında bilinmesi şart değildir³⁰³. Kanun'un bu hükmünden hareketle, haksız fiilden veya kanundan doğan

³⁰¹ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 311-312.

³⁰² Moses, s. 17; Şit, s. 202-203.

³⁰³ Aydoğan, s. 45; Deren Yıldırım, s. 37; Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1029; Moses, s. 30; Nomer/Ekşi/Gelgel, s.164. Tahkim anlaşmalarında bu husus genellikle “İşbu sözleşme ile bağlantılı olarak çıkacak tüm anlaşmazlıklar” (“All disputes arising out in connection with the present

ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da tahkim sözleşmesine konu edilebileceği sonucuna varılacaktır. Bu bağlamda, doktrinde iyi bir tahkim şartının yalnızca sözleşmeden “kaynaklanan” uyuşmazlıkları değil, sözleşme ile “ilgili” tüm uyuşmazlıkları kapsayacağı belirtilmektedir³⁰⁴.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ayrıca, tahkim anlaşmasının milletlerarası literatüre ve mahkeme kararlarına uygun olarak tahkim şartı içeren yazılı bir belgeye, o belgeyi asıl sözleşmenin bir parçası haline getirmek amacıyla atıf yapılması yolu ile (*incorporation*) de akdedilebileceğini kabul etmektedir³⁰⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4/4 hükmü uyarınca asıl sözleşme içerisinde yer alsa dahi asıl sözleşmeden bağımsız ve müstakil bir sözleşme olan tahkim anlaşması, maddi veya şekli sebeplerle geçersiz olabilecektir. Bu durumda, esas sözleşme içindeki tahkim kaydı, taraflar arasında usuli bir sözleşme olan tahkim sözleşmesi olarak kabul edileceğinden, esas sözleşmeden bağımsız olarak ele alınacak ve Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinin son fıkrası uyarınca asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamayacaktır. Hatta, bir sözleşmeye ilişkin olarak geçerli bir tahkim şartı bulunduğu bu sözleşmeden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi gerekeceğinden, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıklar da tahkim yolu ile hükme bağlanacak ve asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının sıhhat durumları hem esas hem de şekil bakımından birbirinin geçerliliğine etki etmeyecektir³⁰⁶. Örneğin, maddi hukuk sözleşmesinin geçerliliği belirli bir kurumun onayına bağlanmış ve bu onay alınamamışsa tahkim anlaşması geçerli olmaya devam edecek iken, maddi hukuk

contract”) şeklinde kaleme alınmaktadır. UNCITRAL Model Kanunu’nda da bu durum “*belirli bir hukuki ilişki bakımından*” (“*in respect of a defined legal relationship*”) şeklinde tanımlanmıştır.

³⁰⁴ Bu bakımdan, “*all disputes arising out of the contract*” şeklinde bir tahkim şartının yerine, “*all disputes arising out of or related to the contract*” biçiminde düzenlenmiş bir tahkim şartının tercih edilebileceği söylenebilecektir. Böylece, haksız fiil ya da haksız rekabet gibi durumlar da sözleşme ile “ilgili” kabul edilebilecek ve tahkim yargılaması kapsamına alınabilecektir (Moses, s. 30).

³⁰⁵ Akıncı, Tahkim, s. 81-82; Aydoğan, s. 47; Deren Yıldırım, s. 50; Ekşi, Milletlerarası Tahkim Kanunu, s. 308; Kalpsüz, Tahkim, s. 35; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 244; Yılmaz, İlhan, s. 10.

³⁰⁶ Akıncı, Tahkim, s. 89; Kalpsüz, Tahkim, s. 108; Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1043; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 468; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 245.

sözleşmesi yetkisiz temsilciler tarafından yapılmış ve daha sonra tarafların ifası ile geçerlilik kazanmışsa tahkim anlaşması geçersiz kalabilecektir³⁰⁷. Böyle bir durumda, maddi hukuk sözleşmesini kısmen ya da tamamen ifa eden tarafın tahkim sözleşmesinin geçerliliğine itirazda bulunması, maddi hukuk sözleşmesinin ifasına yönelik eylemlerin tahkim sözleşmesine teşmil etmemesi nedeniyle hakkın kötüye kullanımı olarak da değerlendirilemeyecektir³⁰⁸. Nitekim, davacı tahkim sözleşmesinin ifasına ilişkin herhangi bir harekette bulunmamıştır³⁰⁹. Zaten bir tarafın tahkim anlaşmasına dayalı olarak başlattığı işlemlere karşı tarafça herhangi bir itirazda bulunulmaksızın karşılık verilmesi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrası uyarınca geçerli bir tahkim anlaşması olarak kabul edilebileceği gibi, böyle bir durumda hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilebilecektir. Örneğin, bir görev belgesi hazırlanmış ve ilgili taraf herhangi bir itirazda bulunmadan bunu imzalamış ise, artık tahkim sözleşmesinin geçersizliği itirazı dürüstlük kuralına aykırılık kapsamında değerlendirilecektir³¹⁰. Yargıtay³¹¹, davacının hakemini seçip davalıya yazılı olarak bildirmesi üzerine davalının da kendi hakemini seçerek davacıya tebliğ etmesini tahkim sözleşmesinin kurulması olarak

³⁰⁷ Yarg. 19. HD., T: 15.11.1995, E: 1995/9108, K: 1995/9685; Yarg. 13. HD., T: 22.04.1993, E: 1993/2051, K: 1993/3488; (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 312-314). Yine, İtalyan Yüksek Mahkemesi *Robobar Ltd. v. Fincold* davasında, davacının gönderdiği sipariş metnine dercedilmiş olan ve davalı tarafından herhangi bir kabul beyanı alınmamış olan tahkim kaydı, geçerli bir tahkim anlaşmasının akdedilmesi için yeterli sayılmamıştır. Benzer şekilde, Amerikan mahkemeleri nezdindeki *Sen Mar INC. v. Tiger Petroleum Corp.* davasında teleksle gönderilen tahkim kaydına cevaben gönderilen teleks mesajında söz konusu tahkim kaydına ilişkin herhangi bir beyanda bulunulmadığı cihetle tahkim anlaşması akdedilmemiş sayılmıştır (Esen, Tahkim Anlaşması, s. 77).

³⁰⁸ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 314-315. Öte yandan, İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin T: 27.11.1988, E: 1988/715, K: 34 sayılı kararında, "*Taşıma sözleşmesinin tahkimle ilgili 43. maddesi hariç diğer maddelerine davacı tarafça itiraz edilmemiş, bu sözleşme fiilen ortaya konulmuştur. Sözleşmeyi imzalayanların yetkili olmamaları halinde tüm maddeleri geçersizdir. Diğer maddelerin geçerliliğini (ifa ile) kabul edip sadece tahkimle ilgili maddenin geçersiz olduğunu ileri sürmek Medeni Kanun'un 2. maddesine göre iyiniyet kuralına aykırıdır...*"denilmiş ve tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsızlığı göz ardı edilmiştir. Zira, tahkim anlaşması bakımından hakkın kötüye kullanıldığının kabulü için tahkim anlaşmasının ifasına yönelik eylemlerde bulunulması aranmaktadır (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 315-317).

³⁰⁹ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 315.

³¹⁰ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 315.

³¹¹ Yargıtay Ticaret Dairesi'nin, T: 08.06.1996, E: 1287 K:1951 sayılı kararı. Ayrıca, Yarg. 19. HD., T: 07.11.2002, E: 2002/2249, K: 2002/7219 sayılı karar ile şirketi temsile yetkili olmayan kişinin tahkim sözleşmesinin imzalamasından sonra tahkime ilişkin sayısız işlem yapılmış olması bağlamında tahkim anlaşmasına itirazda bulunulması dürüstlük kurallarına aykırı bulunmuştur. Benzer şekilde, Yarg. 11. HD., T: 09.04.2004, E: 2003/6774, K: 2004/3751 sayılı kararı ile vekilin tahkim anlaşması akdedilmesine yönelik özel yetkisinin bulunmadığı itirazının hakem kararı verildikten sonra kararın tenfizi aşamasında ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 316-317, dipn. 286a).

kabul etmiştir. Yine Yargıtay kararına³¹² konu bir olayda benzer şekilde, davacının tahkim şartını da içeren sözleşmeyi teleks ile göndermesini müteakiben davalı tahkim şartına ilişkin herhangi bir beyanda bulunmaksızın teleks ile işi teyit ettiğini bildirmiştir. Ayrıca davalı, davacının Londra’da hakem seçiminde bulunması üzerine kendi hakemini seçerek yargılamaya katılmış, hatta hakem kararını temyiz etmiştir. Davalının bu hareketleri göz önünde tutularak, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmadığı itirazı çelişkili davranma yasağına (*venira contra factum proprium*) aykırı kabul edilerek kabul görmemiştir. Zira, davalının eylemleri tahkim şartını kabul ettiği anlamını taşımaktadır.

Doktrinde ayrıca, tahkim şartını içeren bir sözleşmenin alacağın temlikine konu edilmesi durumunda, temlik edilen kişinin de tahkim sözleşmesi ile bağlı olup olmayacağı tartışılmıştır. Alacağın temliki, Borçlar Kanunu’nun 183. maddesinde³¹³ “*Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Borçlar Kanunu’nun 189. maddesinde ise, “*Alacağın devri ile devredenin kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer.*” denilerek, devrin kapsamı belirlenmektedir³¹⁴. Yani, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, devreden şahsına özgü olanlar dışında ilişkideki tüm rüçhan hakları ve bunların fer’ileri alacağın temliki ile temlik edilene geçmektedir. Bu durumda irdelenmesi gereken diğer mesele, tahkim şartının asıl sözleşmedeki alacağın fer’isini teşkil edip etmediğidir. Doktrinde, tahkim şartını alacağın fer’isi olarak kabul eden ve alacağın temliki ile tahkim anlaşmasının da temlik edene geçeceğini kabul eden görüşler mevcuttur³¹⁵. Fransız Yargıtayı, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden doğan sorunların çözümüne ilişkin bir anlaşma olmasını nazara alarak, Türk doktrininde de kabul gören bir yorumla, temlik edilen alacak ile tahkim anlaşması arasında ekonomik bir bağlantı kurmakta ve alacağın fer’isi

³¹² Yarg. 19. HD., T: 26.01.1996, E: 1995/6153, K: 19996/610 (Birsal/Budak, s. 176); Yarg. 11 HD., T: 02.10.1979, E: 1979/3855, K:1979/4351 sayılı kararı (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 316, dipn. 286a).

³¹³ 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu müessese, 168. maddede düzenlenmekteydi.

³¹⁴ 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda ilgili hükümde, “*temlik eden kimsenin şahsına has olanlardan maada rüçhan hakları ve diğer müteferri haklar*”ın devredileceği kayıtlıydı.

³¹⁵ Zikredilen: Dayınlarlı, K.; Engel, P.; Bozer, A. (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 319).

saymaktadır³¹⁶. Kanaatimizce, tahkim şartının alacağın bir fer’isi sayılması, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Nitekim, tahkim şartının asıl alacağın fer’isi sayılması durumunda asıl alacağın geçersiz kılındığı hallerde bunun fer’isi olan tahkim anlaşmasının da geçersiz sayılması gerekecektir. Oysa, çalışmamızda da açıklandığı üzere, asıl sözleşmenin geçersizliği hususu dahi geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde hakemler önünde çözülmesi gereken bir mesele olup, asıl sözleşmenin geçersizliği tahkim anlaşmasının sıhhatine herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Ayrıca, tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisinde bir şart şeklinde yer almayıp ayrı bir sözleşme olarak akdedilmesi durumunda alacağın temlik ile bu sözleşmenin de temlik edilmesi gerekecektir. Zira, açıklandığı üzere, tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisinde yer alması ile ayrı bir metin olarak hazırlanması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu gibi sebeplerle, alacağın temlikinin tahkim anlaşmasının da temlikine sebebiyet vereceğinin kabulü kanaatimizce sakıncalıdır. Zaten Borçlar Kanunumuz uyarınca “alacak” temlik edilmekte olup, tahkim anlaşmasının bir alacak olarak nitelenebilmesi mümkün görülmemektedir.

Bununla birlikte, doktrinde tahkim şartının asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilendiği bazı istisnai durumların olabileceği belirtilmektedir³¹⁷. Buna göre, tahkim kaydı içeren sözleşmenin baştan itibaren geçersizliğine yol açan tarafların ehliyetsizliği, irade sakatlığı ya da temsil yetkisinden yoksunluk gibi hallerde, bağımsızlık esasının kabul edildiği sistemlerde dahi tahkim şartı asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenebilecektir³¹⁸. Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının da tarafların iradelerini yansıtan bir anlaşma olması nedeniyle hata, hile ve ikrah gibi irade sakatlıkları nedeniyle geçersiz olması mümkündür³¹⁹. Böyle bir durumun

³¹⁶ Yavuz, Sempozyum, s. 62. Örneğin, Fransız Yargıtayı’nın “Worms” kararında, Fransız şirketi “Sud Marine” ile Cezayirli bir firma arasındaki sözleşmede tahkim şartı yer almaktadır. Fransız şirketinin sözleşmeden doğan alacağını “Worms” adlı bir bankaya temlik etmesi sonrasında mahkemede açılan davada tahkim itirazında bulunulması, Fransız Yargıtayı tarafından geçerli kabul edilmiştir. (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 320-321, dipn. 268d).

³¹⁷ Deren Yıldırım, s. 53.

³¹⁸ Akıncı, Tahkim, s. 215; Deren Yıldırım, s. 24, 53; Erdoğan, s. 116; Esen, Hakem Kararlarının Tenfizi veya İptali, s. 386; Kalpsüz, Tahkim, s. 108; Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1044; Moses, s. 31; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 140, 163; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 303, 312.

³¹⁹ Akıncı, Tahkim, s. 215; Deren Yıldırım, s. 24; Erdoğan, s. 116; Esen, Hakem Kararlarının Tenfizi veya İptali, s. 386; Kalpsüz, Tahkim, s. 108; Moses, s. 31; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 140, 163; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 303.

varlığında, tahkim anlaşması ihtilafı doğuran esas sözleşmenin içerisinde yer almakta ise, asıl sözleşmeden bağımsız olmasına rağmen her iki sözleşme de geçersiz sayılabilecektir³²⁰. Öte yandan, *Fiona Trust v. Yuri Privalov* davasında kabul edildiği üzere, herhangi bir rüşvet iddiası söz konusu olduğunda, tahkim sözleşmesinin geçerliliği devam edebilecektir³²¹. Zira önemli olan, tarafların tahkime gitme iradesinin sıhhatidir.

Tahkim sözleşmesinin bizatihi kendisinin geçersiz olduğu durumlarda ise uyuşmazlık artık mahkemede çözülecek; tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin kim tarafından tayin edileceği ise “hakemlerin kendi yetkilerini tayin”³²² kapsamında değerlendirilecektir³²³.

Bir maddi hukuk normu olan Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4/2 maddesi uyarınca tahkim anlaşması için yazılılık, bir geçerlilik şartı olup, buna aykırı hareket edilmesi tahkim anlaşmasını geçersiz kılacaktır³²⁴. Nitekim, UNCITRAL Model Kanun’un ilk taslağında yer alan “yazılı olarak kanıtlanmalıdır” (*must be evidenced with*) ifadesi, yazılılığın bir ispat şartı olduğu anlamını taşıdığı cihetle “yazılı olmalıdır” (*shall be in writing*) olarak değiştirilmiş ve New York Sözleşmesi ile ahenk sağlanmıştır³²⁵. Bununla birlikte, Avrupa Sözleşmesi’nin 2. maddesinin (a) bendi uyarınca, kanunları yazılı şeklin gerçekleşmesini aramayan taraflar arasındaki yazılı olmayan tahkim sözleşmeleri de geçerli addedilmektedir.

Yazılılık unsuru; taraflarca buna ilişkin yazılı bir sözleşme ile karşılanabileceği gibi, taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, faks gibi bir iletişim aracına ya da elektronik ortama geçirilmiş olması veya dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması ile karşılanabilir niteliktedir. Ayrıca, asıl

³²⁰ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 312.

³²¹ bkz. <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLRe/Fiona%20v%20Privalov%202007.pdf>.

Moses, s. 31, dipn. 53.

³²² bkz. Hakemin veya Hakem Kurulunun Hukuka Aykırı Olarak Yetkili veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi, s. 117 vd.

³²³ Yılmaz, İlhan, s. 12-13.

³²⁴ Kalpsüz, Tahkim, s. 37.

³²⁵ Deren Yıldırım, s. 50.

sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması (*arbitral clause*) ile de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılacaktır.

Bilindiği üzere deniz ticaretine ilişkin sözleşmelerde taşıyan ve taşıtan arasında bir taşıma (navlun) sözleşmesi, taşıyan ve gönderilen arasında ise konişmento ilişkisi bulunmaktadır. Yargıtay³²⁶, konişmentoda taşıma sözleşmesine “diğer tüm şartlar çarter partideki gibidir” (*all other conditions as charter party*) şeklinde genel bir atıf yapılmasını, navlun sözleşmesinde yer alan tahkim şartının taşıyan ve gönderilen arasındaki uyuşmazlık bakımından da geçerli olması için yeterli saymıştır. Doktrinde bu karar eleştirilmiş ve yapılan bu genel atfın yalnızca, navlun sözleşmesinden konişmentoya, konişmentonun niteliği gereği aktarılabilecek unsurlar için geçerli olması gerektiği savunulmuştur³²⁷. Bununla birlikte, Yargıtay’ın 1983 tarihli bir kararında³²⁸, ancak navlun sözleşmesindeki tahkim şartının konişmentoya açık bir şekilde taşınması halinde taşıyan ve gönderilen arasındaki uyuşmazlıklar için tahkime gidilebileceği belirtilmiştir. Yargıtay Ticaret Dairesi³²⁹, tahkim şartının konişmento hamilleri için geçerli olabilmesini, hamillerce imzalanması şartına bağlamaktaydı. Bugün ise Yargıtay uygulaması, navlun sözleşmesindeki tahkim şartının konişmentoya açıkça aktarılmasını aramakta, konişmentoyu ciro yoluyla ya da halefiyet gereği devralanların da bu şart ile bağlı olacağını kabul etmektedir³³⁰. Yargıtay bir kararında, “..Konışmento, tek başına taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebetlerde esas olunca, temel ilişki

³²⁶ Yarg. 11. HD., T: 23.05.1995, E: 1995/1903, K: 1995/4235 (Gelgel, s. 1139-1141; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 308). Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi de 1958 tarihinde vermiş olduğu bir kararında, tahkim kaydı içeren çarter partiye konişmentoda atıfta bulunulması halinde tahkim kaydının konişmento hamillerini bağlayacağına hükmetmiş ve bu karara uygun olarak Alman usul kanununa bu yönde bir hüküm eklenmiştir (Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1039-1040).

³²⁷ Gelgel, s. 1139-1141; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 308.

³²⁸ “Gönderen ve Taşıyıcı arasındaki navlun mukavelesinde yer alan tahkim şartı ile yetki anlaşmasının bu anlaşmada taraf olmayan Gönderilenin halefi olan (sigorta şirketi) davacıya karşı ileri sürülemeyeceğine, Türk Ticaret Kanunu’nun 110. maddesi uyarınca Gönderilen ile Taşıyıcı arasındaki ilişkiyi düzenleyen konişmentoda ise bu yönde bir hüküm bulunmamasına göre...” Yarg. 11. HD., T: 24.11.1983, E: 1983/5142, K: 1983/5268 (Gelgel, s. 1140; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 308).

³²⁹ Yarg. Ticaret Dairesi, T:12.11.1959, E:1958/2336, K:439 (Gelgel, s. 1140-1141; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 309). Ayrıca, Yarg. HGK.. T: 01.02.1995, E: 1994/11-765, K: 1995/39 sayılı kararda, konişmentodaki tahkim şartının tüm hamilleri bağlayacağı belirtilmektedir (Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1036-1037).

³³⁰ Gelgel, s. 1140-1141; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 309.

olan navlun mukavelesinden ayrı bir varlığa sahip hale gelmektedir.... Genellikle konişmento emre yazılı olarak düzenlenir. Emre yazılı konişmento, diğer emre yazılı kıymetli evrak gibi ciro ve zilyetliğin devri ile intikal eder. Ciro yolu ile konişmentonun meşru hamili olan gönderilen, taşıyandan eşyanın kendisine teslimini isteyebilir. Taşıyan da meşru hamile karşı senedin geçerliliğine ilişkin olan veya **senet metninden anlaşılan** yahut da hamil her kim ise ona karşı şahsen haiz olduğu def'ileri dermeyan edebilir. ... Tahkim kaydı, senedi ciro yolu ile alanları bağlar ise, kıymetli evrak olan konişmentoya da, aynen bono gibi, tahkim şartını yazmaları mümkün ve yasaldir. Hamil bu şartı kabul etmiyorsa, konişmentodaki tahkim şartını çizerek ciro etmesi gerekir. Aksi halde bu tahkim şartı gönderileni bağlayacaktır.” diyerek cironun bir kıymetli evrak üzerinde yer alan tahkim şartına olan etkisini açıklamaktadır³³¹. Bununla birlikte, doktrinde konişmentonun yalnızca taşıma sözleşmesinin tek bir tarafınca imzalandığından bahisle, New York Sözleşmesindeki yazılılık şartını karşılamadığını savunanlar da mevcuttur³³². Benzer şekilde, ticari senetlerde yer alan tahkim şartı, tanzim eden, kabul eden, ciro eden ve aval veren kişiler için de geçerli sayılmaktadır³³³. Zira, senedin üzerindeki tahkim şartı, senede attığı imza ile tanzim eden, kabul eden, ciro eden ya da aval veren kişi tarafından görülmekte ve imza atılmak suretiyle kabul edilmektedir.

Diğer yandan, İsviçre Federal Mahkemesi, *Compagnie de Navigation et Transports SA v. Mediterranean Shipping Company* davasında, konişmentoda yer alan tahkim kaydının geçerliliği için imza şartının aranmayacağına, aralarında süregelen bir ilişkinin bulunduğu taraflar bakımından bu gibi bir kaydı içeren belgenin iyiniyetle yorumlanarak geçerli kabul edilmesine hükmedilmiştir³³⁴. Oysa İtalyan Yüksek Mahkemesi, kanaatimizce de yerinde bir yorum yaparak konişmentodaki tahkim kaydının New York Sözleşmesi'nde yer alan yazılılık şartının istisnasını teşkil etmediği sonucuna varmaktadır³³⁵.

³³¹ Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1037.

³³² Aktarılan: Epping, Berger; Deren Yıldırım, s. 39.

³³³ Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1043.

³³⁴ Esen, Tahkim Anlaşması, s. 69-70.

³³⁵ Esen, Tahkim Anlaşması, s. 70.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesi bakımından aranılan yazılılık, milletlerarası metinlerle uyum içerisindedir. Tarafı olduğumuz New York Sözleşmesi'nin 2. maddesi de tahkim şartının yazılı olmasını öngörmekte, “yazılı anlaşma” teriminden karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda yer alan veya taraflarca imzalanmış bir sözleşmeye dercedilmiş olan hakem şartının yahut müstakil bir hakem mukavelesinin anlaşılacağını ifade etmektedir.

UNCITRAL Model Kanunu ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki düzenlemenin mehzasını oluşturmakla birlikte, teleks, faks veya elektronik ortama geçirilmiş olan tahkim anlaşmasının “anlaşmanın bir kaydını sağladığı” (*which provide a record of the agreement*) ölçüde kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir. Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bu unsur belirtilmemiş olsa da Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde yapılacak yorumlarda Model Kanun'daki bu kriter de nazara alınmalıdır³³⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, New York Sözleşmesi ve UNCITRAL Model Kanunu birlikte ele alındığında; Milletlerarası Tahkim Kanunu ve UNCITRAL Model Kanunun haberleşme araçlarında söz konusu olabilecek gelişmeleri dikkate alarak sınırlayıcı bir sayımdan kaçındığı, “mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması” ifadesi ile örnekseyici bir tutum sergilediği görülmektedir. Oysa, New York Sözleşmesi bu sayımı mektup veya telgraf ile sınırlamaktadır. Bununla birlikte, Yargıtay ve doktrin, New York Sözleşmesi'ndeki örneklerin sınırlayıcı olmadığını, tarafların tahkime gitme yönündeki iradelerinin karşılıklı olmasının önem taşıdığını kabul etmektedir³³⁷. Öte yandan, 2006 yılının Temmuz ayında UNCITRAL tarafından Sözleşme'nin yazılılık şartını düzenleyen II. maddesinin yorumuna ilişkin tavsiye niteliğinde kurallar kabul

³³⁶ Akıncı, Tahkim, s. 92; Deren Yıldırım, s. 45.

³³⁷ Esen, Tahkim Anlaşması, s. 74. Yarg. 19. HD., T: 24.02.2000, E: 1999/7119, K: 2000/1342; Yarg. 19. HD., T: 08.05.1997, E: 1996/9619, K: 1997/4669 (Deren Yıldırım, s. 38; Gelgel, s. 1141-1145). ABD'de *Lieschke, Jackson – Realnetworks Inc.* davasında New York Sözleşmesi'nin ilgili hükmünün hazırlandığı dönem nazara alınarak, çağdaş iletişim araçlarıyla yapılacak tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 300, dipn. 252a; Yavuz, Sempozyum, s. 40). Ayrıca, Hong Kong Yüksek Mahkemesi, Amerikan Mahkemelerinin aksine, New York Sözleşmesi'nin yazılılığa ilişkin II. maddesinin yalnızca “*shall include*” şeklinde düzenlendiğini ve sınırlı bir sayımda bulunulacak idiyse ifadenin “*shall include only*” şeklinde kaleme alınabileceğini belirterek hükümdeki hallerin sınırlı sayıda olmadığını kabul etmiştir (Esen, Tahkim Anlaşması, s. 78).

edilmiş, Sözleşme'deki yazılılık şartının mahkemelerce çok sıkı şekilde uygulanmayabileceği ve yazılılık şartının karşılanması için Sözleşme'de yer alanlara ek hukuki zeminlerin (örneğin milli hukukta bu yönde dayanakların bulunması gibi) kabul görebileceği belirtilmiştir³³⁸.

Yargıtay'ın çeşitli kararlarında³³⁹, tahkim anlaşmasının borçlar hukuku anlamında bir akit olduğundan bahisle, akitlere ilişkin genel şartların, özellikle Borçlar Kanunu'nun 27. ve 28. maddelerinin³⁴⁰ gözetileceği ve tarafların tahkime gitme iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, mahkemeye başvuru imkanını açık tutan tahkim anlaşmaları geçersiz sayılmıştır³⁴¹. Tahkim anlaşmasında yer alan “adli mahkemelere başvuru imkanı bertaraf edilmemiştir” şeklindeki bir kayıt, geçerlilik lehine yorum ilkesi uyarınca, tarafların hakeme ya da mahkemeye gitme konusunda bir seçim hakkının bulunduğu şekilde yorumlanacaktır³⁴². Öte yandan, salt tarafların devlet mahkemelerine gitme imkanını kaldıran sözleşmeler de tahkim anlaşması olarak kabul edilemeyecek, uyuşmazlık konusunun taraflarca eksik borç haline getirilmek istendiği düşünülecektir³⁴³.

Bununla birlikte, taraflardan birine mahkeme yolunu terditli olarak açık tutan bir tahkim anlaşması, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinde tahkim anlaşmasında “tarafların” karşılıklı açık iradesinin arandığı ve devlet mahkemelerine gitme yolunun tamamen kapatılarak tarafların tahkime gitme iradesini mutlak olarak yansıtmadığı cihetle geçersizdir³⁴⁴. Örneğin, Yargıtayın T: 29.05.1986, E: 1969, K: 2192 sayılı kararında “*ihtilafın hakem yoluyla çözülememesi halinde*

³³⁸ Moses, s. 23.

³³⁹ Yarg. 13. HD. T: 25.04.1991, E: 1990/8778, K: 1991/4492; Yarg. 15 HD. T: 07.07.1981, E: 1981/2726, K: 1981/3508 (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 304-305, dipn. 257; Yavuz, Sempozyum, s. 40).

³⁴⁰ 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bu düzenlemeler 19. ve 20 maddelerde yer almaktaydı.

³⁴¹ Yarg. 14. HD., T: 24.03.1986, E: 1985/5101, K: 1986/1875; Yarg. 15. HD., T: 04.11.1986, E: 1986/19, K: 1986/3650; Yarg. 15. HD., T: 29.05.1986, E: 1986/1969, K: 1986/2192 (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 305).

³⁴² Deren Yıldırım, s. 36.

³⁴³ Deren Yıldırım, s. 36.

³⁴⁴ Aydoğan, s. 46, dipn. 153; Birsal/Budak, s. 175; Deren Yıldırım, s. 35; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 84; Yavuz, Sempozyum, s. 40; Yılmaz, İlhan, s. 10-11.

mahkemesinin yetkili olduğu” şeklindeki tahkim anlaşması, tahkim iradelerinin kesinlik taşımadığı, hakemlere uyuşmazlığın çözümü hususunda münhasır yetki tanınması gerektiği ve sistemimizde “terditli” tahkim koşulunun kabul edilemeyeceği gerekçesiyle geçersiz sayılmıştır³⁴⁵. Bununla birlikte, doktrinde, tahkime ya da devlet mahkemelerine gitme hakkını seçimlik olarak tanıyan sözleşmeler geçerli kabul edilmekte, bir tarafın seçim hakkını kullanması ile diğer tarafın bu seçim ile bağlanması durumunda başlangıçtaki belirsizliğin giderilmiş olacağı kabul edilmektedir³⁴⁶. Zira, tahkimin ve devlet yargılamasının terditli olarak öngörülmesi ile seçimlik olması farklı durumlar olup, seçimlik hakkın kullanılması ile diğer yol tükenmektedir. Diğer taraftan, alternatifli olarak farklı yerlerde tahkim sürecinin işletilmesinin öngörüldüğü anlaşmalar geçerli kabul edilmektedir³⁴⁷.

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunması bağlamında yazılılık şartı, New York Sözleşmesi’nin 5. maddesi uyarınca bir tenfiz şartı olarak da kabul edilmiştir. “Dava dilekçesinde bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması” durumu, UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda bulunmakta fakat New York Sözleşmesi’nde yer almamaktadır. Bu nedenle, tahkim yerinin Türkiye olması ve fakat Türkiye dışında ve UNCITRAL Model Kanunu benimsememiş ama New York Sözleşmesi’ne taraf bir ülkede tenfiz talebinde bulunulması durumunda, tenfiz talebinin reddedilmesi söz konusu olabilecektir³⁴⁸. Tarafların böyle bir durumun varlığı halinde tenfiz ülkesinin seçiminde dikkatli davranmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer alan bu düzenleme, New York Sözleşmesi’nin mantığı ile uyum içerisindedir. Nitekim, doktrinde New York Sözleşmesi’ni hazırlayanların, devlet mahkemesine gidilmesi yolunun tarafların sözlü ya da zımni irade beyanı ile kapatmasını engellemeyi amaçlamadıkları kabul

³⁴⁵ Aydoğan, s. 46, dipn. 153; Birsal/Budak, s. 175.

³⁴⁶ Deren Yıldırım, s. 35-36.

³⁴⁷ Yarg. 19. HD., T: 21.06.1999, E: 99/3348, K: 99/4304 ve Yarg. HGKT: 09.06.1999, E: 19-468, K: 489 Kararda, Cenevre’de veya Taşkent’te tahkim yargılaması yapılmasını öngören anlaşma geçerli sayılmıştır. Yarg. HGK., T: 09.06.1999, E: 1999/19-468, K: 1999/489 sayılı kararda da benzer şekilde davacını tercihine göre Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Hakem Mahkemesini ya da Moskova Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesinden birini yetkili kılan sözleşme geçerli addedilmiştir (Birsal, Tenfiz, s. 35; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 306, dipn. 258-259; Şit, s. 172).

³⁴⁸ Akıncı, Tahkim, s. 94-95.

edilmekte, bunun ancak hakem yargılaması başladıktan sonra davalının tahkim itirazında bulunmaması ile gerçekleşebileceği belirtilmektedir³⁴⁹.

UNCITRAL Model Kanunu'nda ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer alan bu düzenleme aslında yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığı şartını gerçek anlamda karşılamamaktadır. Düzenleme, tamamen tarafların dürüstlük ve iyiniyet kaidelerine aykırı davranışlara kanunen cevaz verilmemesini amaçlamaktadır. Gerçekten de davalı tarafça herhangi bir tahkim itirazında bulunulmayarak işin esasına yönelik savunmada bulunulması ve hüküm bakımından istediği sonucun elde edilmemesi halinde tüm bu prosedürün aslında hukuki temelden yoksun olduğunun iddia edilmesi, hukuken korunamayacak niteliktedir. Kanun da buna cevaz vermeyerek getirmiş olduğu açık düzenleme ile böyle bir durumda artık yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının kabul edileceğini hükme bağlamıştır. Davalının tahkime dair herhangi bir itirazda bulunmayarak esasa ilişkin olarak yapacağı savunma, uyuşmazlığın tahkim yolu ile halline muvafakat vermesi olarak nitelendirilmektedir³⁵⁰. Yargıtay da tahkim yargılamasına katılarak davayı takip eden davalının artık geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmadığı itirazını ileri süremeyeceğini kabul etmektedir³⁵¹.

Davalının dürüstlük ve iyiniyet kurallarına aykırı olarak tahkim itirazında bulunmayarak esasa ilişkin savunma yapması ile tahkim şartına itiraz ederken esasa dair itirazlarını da ileri sürmesi tamamen farklı durumlar olup, özellikle tahkim şartının mevcudiyetinin tartışmalı olduğu durumlarda davalının savunma imkanından yoksun kalmamak için böyle bir yolu tercih etmesi meşru bir durumdur³⁵².

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasının yokluğu veya geçersizliği sonucunda da oluşabilecek olan "hakem veya hakem kurulunun yetkisizliği" itirazı en geç ilk cevap dilekçesinde yapılmalıdır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, bu itiraz hakkını

³⁴⁹ Deren Yıldırım, s. 39.

³⁵⁰ Akıncı, Tahkim, s. 94.

³⁵¹ Yarg. 19. HD. T: 26.01.1996, E: 6153, K: 610; Yarg. 19. HD. T: 26.01.1996, E: 6154, K: 611 (Akıncı, Tahkim, s. 216).

³⁵² Akıncı, Tahkim, s. 95.

ortadan kaldırmayacaktır. Yapılacak olan bu itirazın haklı bir sebeple gecikmiş olması halinde hakem veya hakem kurulu bu itirazı da kabul edebilir.

Tahkim anlaşması denince ilk akla gelen, tarafların uyuşmazlıklar için tahkime gideceklerine dair müstakil bir anlaşma oluşturup imzalamaları ya da esas sözleşmeye buna dair bir hüküm dercetmeleridir. Borçlar Kanunu’nun 13. maddesi³⁵³, hukukumuzdaki yazılilik şartını genel olarak düzenlemekte ve taraflarca yazılı metnin imzalanmasını aramaktadır. Borçlar Kanunu’nun 14. ve 15. maddelerinde³⁵⁴ ayrıca, imzanın el yazısı ile olması gerektiği belirtilmektedir. Mevzuat UNCITRAL Model Kanun’a paralel olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ise, “yazılilik” şartı Borçlar Kanunu’ndaki kadar sıkı olmayıp, elektronik ortamdaki irade uyuşmaları da yazılı irade uyuşması kapsamında kabul görmüştür. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinde, “taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye³⁵⁵ veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks³⁵⁶, faks gibi bir iletişim aracı veya elektronik ortama geçirilmiş olması” denilmekte ve “imza” şartı yalnızca yazılı belgeler için, “teati” şartı ise mektup, telgraf, teleks ve faks için aranmaktadır. Elektronik ortamda kayda geçirilmiş olan –yani maddi bir metin içerisinde yer almayan bilgi transferleri şeklindeki- tahkim anlaşmaları bakımından imza şartı aranmamaktadır³⁵⁷. İsviçre Federal mahkemesi de *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds Company* davasında, mektup veya telgrafla teati edilen tahkim anlaşmalarının yazılı bir teklif ve yazılı bir kabul ile kurulduğunu, bunların teati edilmelerinin yeterli

³⁵³ 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda da bu hüküm 13. maddede yer almaktaydı.

³⁵⁴ 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu hüküm 14. maddede yer almaktaydı.

³⁵⁵ Yarg. TMTD. T: 07.02.1949, E: 4336, K: 627 sayılı kararında imza yerine paraf atılmış olması durumunda tahkim anlaşmasının geçerli sayılamayacağı belirtilmiştir (Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1031).

³⁵⁶ Telgraf, teleks, faks gibi sair yollarla tahkim anlaşması akdedilmesinin mümkün görülmediği Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndan önceki dönemde, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin T: 02.10.1979, E: 3855, K: 4351 sayılı kararı ile davacı tarafın hakemini belirlediğini teleksle bildirmesi üzerine davalı tarafın da kendi hakemini bildirmesini tahkim anlaşmasının akdedilmiş sayılması için yeterli görülüyordu (Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1031).

³⁵⁷ Deren Yıldırım, s. 45-46; Moses, s. 21; Kalpsüz, Tahkim Anlaşması, s. 1032; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 244, 310; Şit, s. 204-205. Yargıtay da 11. HD. T: 18.06.1991, E: 1990/2296, K: 1990/4166 sayılı kararı ile Yargıtay HGK. T: 15.04.1998, E: 1998/19-256, K: 1998/279 sayılı kararında “...hakem kurulunu içeren teklife davacının satıcı sıfatıyla cevap vererek akdi ilişki kurulmuş olmasına ve bu şekilde taraflar arasında yazılı biçimde tahkim sözleşmesinin oluştuğunun kabulü ... gerekmiştir.” diyerek, taraflar arasında karşılıklı teati edilen ve tarafların irade uyuşmasını içeren yazılı belgelere istinaden tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmiştir (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 310).

sayıldığını ve imza şartının aranmayacağını ifade etmiştir³⁵⁸. Güvenli elektronik imza ile imzalanmış olmaları hariç olmak üzere, elektronik ortamdaki irade beyanlarının tahrif edilmesi ihtimali oldukça yüksektir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun³⁵⁹ 5. maddesi uyarınca güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı sonucu doğurmaktadır. Yine, Borçlar Kanunu'nun 14. ve 15. maddelerine göre de güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir. Milletlerarası Tahkim Kanunu, tahkim anlaşmasının güvenli elektronik imza ile imzalanmış olması şartını aramadığından, güvenli elektronik imza taşımayan tahkim anlaşmaları da, tahrifat riskine rağmen, geçerli kabul edilmektedir. Güvenli elektronik imza taşıyan tahkim anlaşmaları ise, elle imza atılmış bir tahkim anlaşması muamelesi görece ve tahrifat meselesi ortaya çıkmayacaktır.

Tarafların teati yoluyla tahkim anlaşması akdetmeleri durumunda belgeyi karşı tarafa gönderen ve icapta bulunan kişiye karşı tarafın ne kadar bir süre içerisinde kabul beyanında bulunması gerektiğine dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Almanya'da Cologne Temyiz Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda³⁶⁰, tahkim kaydını da içeren distribütörlük sözleşmesi taslağı Fransız satıcı tarafından imzalanarak Alman alıcıya gönderilmiştir. Alman alıcı herhangi bir geri dönüşte bulunmamıştır. Ödemeye ilişkin uyuşmazlığın Fransız tarafça mahkemeye götürülmesi üzerine Alman taraf sözleşmeyi imzalayarak tahkim itirazında bulunmuştur. Alman temyiz mahkemesi ise imza tarihinin önem taşımadığını belirterek tahkim itirazını kabul etmiştir. Kanaatimizce, olay bakımından iyiniyetli Fransız taraf korunmalı, tahkim anlamasının kurulmasına yönelik icabının kabul almadığı ve ortada kabul edilmemiş bir icabın bulunduğu cihetle tahkim anlaşması kurulamamış kabul edilmelidir³⁶¹. Zira, Alman tarafın mahkemede dava açıldıktan sonra tahkim anlaşmasını imzalamış olması ancak tahkim anlaşması akdedilmesine yönelik yeni bir icap olarak kabul edilebilecektir.

³⁵⁸ Esen, Tahkim Anlaşması, s. 73.

³⁵⁹ 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, 23/1/2004 tarihli ve 25355 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

³⁶⁰ Esen, Tahkim Anlaşması, s. 71.

³⁶¹ Esen, Tahkim Anlaşması, s. 71.

2) Hakem Seçiminin Usule Aykırı Olması

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/1/b hükmünde düzenlenen bu iptal sebebi, “hakem veya hakem kurulunun seçiminde tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu kanunda öngörülen usule” uyulmaması ile ortaya çıkmaktadır. Bu düzenleme ile, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun hakemlerin sayısı ve seçimi gibi halleri düzenleyen 7. maddesi birlikte ele alınmalıdır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun hem 15. maddesinde hem de 7. maddesinde, taraflara hakem seçimi konusunda geniş bir irade serbestîsi tanınmış ve prensip olarak yalnızca taraflarca kararlaştırılmamış konulara yönelik olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda hakem seçimine dair düzenleme yapılmıştır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/A hükmü uyarınca taraflar hakemlerin sayısını ve seçim usulünü belirlemekte serbesttirler. Fakat bu serbestinin yegane istisnası, hakem sayısının tek olması gereğidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/A hükmü uyarınca hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa, üç hakem seçilecektir. Tarafların hakem sayısını Kanuna açıkça aykırı şekilde çift sayı olarak belirledikleri haller, taraflarca hakem sayısının hiç belirlenmemiş olduğu bir durum olarak nitelenecek ve söz konusu hüküm uyarınca üç hakem seçilecektir³⁶². Üç hakemin bulunması durumunda üçüncü hakem, aksi kararlaştırılmadıkça, başkan olarak görev yapacaktır.

UNCITRAL Model Kanunu’nda, üçüncü hakemin başkanlık görevini üstleneceğine ve üçten fazla hakem seçileceği zaman son hakemin belirlenmesi usulüne dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır³⁶³. UNCITRAL Model Kanunu’nda yer almayan bu düzenlemenin getiriliş amacı, çift sayıda hakemin varlığı durumunda oylar arası eşitlik halinde ne yapılacağına dair belirsizliğin önlenmek istenmesidir.

³⁶² Akıncı, Tahkim, s. 105.

³⁶³ Akıncı, Tahkim, s. 110.

Hakem seçimi taraflarca bizzat yapılabileceği gibi, Borçlar Kanunu’nun 540. maddesine uygun olarak verilecek bir temsil yetkisi ile de gerçekleştirilebilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/B hükmü, “taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki kurallar uygulanır” diyerek kural olarak kimlerin hakem olabileceğine dair herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bununla birlikte, aksi kararlaştırılmadıkça hakemin veya hakemlerin gerçek kişi olması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/G hükmünden anlaşılabileceği üzere, taraflarca tahkim anlaşmasında hakemin veya hakemlerin kimler olacağı belirlenmiş olabilir. Doktrinde, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi düzenlendikten sonra tarafların yapacağı ek bir anlaşma ile hakemlerin belirlenmesi de, bu kapsamda kabul edilmektedir. Önemli olanın, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce bu seçimin yapılması olduğu ifade edilmektedir³⁶⁴.

Hakemlerin tahkim anlaşmasında ad ve soyadları ile belirlenmiş olması halinde, tek hakem seçiminde hakemin veya birden fazla hakem seçiminde hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda tahkim sona erecek ve herhangi bir hükme varılmışsa süreç hakem kararının iptali ile neticelenecektir³⁶⁵. Böyle bir durumda, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesi anlamında bir usule aykırılık bulunmayıp, tarafların tahkime ilişkin iradelerinin sakatlandığı varsayılmaktadır. Bu durumda kanun koyucu, tarafların ancak ve ancak belirlenen bu kişilerin hakem olması halinde tahkime başvurmayı kabul ettiklerini varsaymakta ve bu kişilerin görevi kabul etmeme, istifa, ölüm gibi hukuki ya da fiili nedenlerle görevlerini ifa edememeleri durumunda tahkim anlaşmasını geçersiz saymaktadır³⁶⁶. Fakat kanundaki bu düzenleme, tahkim anlaşmasında belirlenen kişilerin hakemlik

³⁶⁴ Akıncı, Tahkim, s. 106.

³⁶⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 108.

³⁶⁶ Yarg. 4. HD. T: 29.01.1980, E: 10780, K: 991; Yarg. TD. T: 04.04.1958, E: 411, K: 993; Yarg. TD. T: 19.12.1960, E: 27, K: 564; Yarg. TD. T: 21.11.1961, E: 2761, K: 4100; Yarg. 15. HD. T: 31.10.1989, E: 2806, K: 308; Yarg. TD. T: 18.04.1958, E: 1139, K: 1149 (Akıncı, Tahkim, s. 106-108).

yapamaması ve taraflarca da yeni hakem veya hakemler üzerinde anlaşmaya varılamamasına ilişkin olup, taraflarca yeni hakem ihdası söz konusu ise tahkim sözleşmesi geçerliliğini koruyacaktır³⁶⁷. Nitekim, akitler hukukunun genel ilkeleri uyarınca hakemlere dair sözleşme hükümlerinin taraflarca irade mutabakatı sağlanarak değiştirilmesi her zaman mümkündür.

Ayrıca, taraflarca tahkim anlaşmasında ismen belirtilen kişinin hakemlik yapmaması veya yapamaması ihtimaline binaen yeni hakemin veya hakemlerin nasıl seçileceğinin belirlenmiş olması da söz konusu olabilir³⁶⁸. Böyle bir durumda tahkim anlaşması geçerliliğini koruyacaktır.

Sözleşme ile hakem olarak seçilen kişilerin görevi gereği kanunen – örneğin Anayasa’nın 140. maddesi uyarınca hakim ve savcılar kanununda belirtilenlerden başka hiçbir görevi yapamayacağından- veya diğer bir nedenden ötürü hakemlik yapması mümkün değilse, tahkim anlaşması yine geçersiz olacaktır³⁶⁹.

Tahkim anlaşmasında hakem veya hakemlerin isimleri belirtilmeyip, seçimin taraflarca yapılacağı öngörülmüş olabilir. Böyle bir durumda, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 7/B hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, tek hakem seçilecekse ve taraflar seçimde anlaşamazlarsa, taraflardan birinin istemi üzerine bu hakem Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 3. maddesinde belirtilen Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilecektir. Taraflarca üç hakem seçilecek olması halinde taraflardan her biri birer hakem seçecek, seçilen bu iki hakem üçüncü hakemi seçecektir. Taraflardan biri, hakemini seçmesine dair diğer tarafın talebinin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde kendi hakemini seçmezse veya taraflarca birer hakem seçilmesinden otuz gün içerisinde bu hakemler üçüncü hakemi seçemezlerse, yine taraflardan birinin istemi üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi’nce hakem seçimi yapılacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, “*diğer tarafın bu yöndeki (yani kendi hakemini seçmesi yönündeki) isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde*” denildiğinden, bu

³⁶⁷ Akıncı, Tahkim, s. 107.

³⁶⁸ Akıncı, Tahkim, s. 108; Aydoğan, s. 58.

³⁶⁹ Akıncı, Tahkim, s. 108, 112; Aydoğan, s. 53-54.

bildirimin resmi olmasa da en azından yazılı bir beyanla yapılması gerektiği düşünülmektedir³⁷⁰. Üçten fazla hakem seçilmesi durumunda ise son hakemi seçecek olan hakemler, üç hakem seçilmesi usulünde olduğu gibi eşit sayıda belirlenecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun getirmiş olduğu sistem bu şekilde olmakla beraber, taraflarca aksi kararlaştırılabilmektedir. Fakat taraflarca getirilecek düzenlemeler de eşitlik ilkesine ve hakkaniyet esaslarına uygun olmalı, hakem seçimi taraflardan yalnızca birine bırakılmamalı ve taraflar arasında bu hususta adalet sağlanmalıdır³⁷¹.

Hükümde belirtildiği üzere bildirimden itibaren otuz gün geçtikten sonra taraflarca hakem seçimi yapılmaması durumunda artık Asliye Hukuk Mahkemesi devreye girecektir. Ancak doktrinde, otuz gün geçtikten sonra ve fakat mahkemece henüz karar verilmeden önce davalının hakem seçimine ilişkin yapacağı beyanın mahkemece dikkate alınması gerektiği kabul görmektedir³⁷².

Hakem seçimi, 7/B/2-3 hükmünden de anlaşılabileceği üzere, üçüncü bir kişi, kurum ya da kuruluşa da bırakılmış olabilir. Yetkilendirilen bu kişi, kurum ya da kuruluşun hakemi veya hakem kurulunu seçmemesi veya seçememesi halinde, bu seçim taraflardan birinin istemi üzerine yine Asliye Hukuk Mahkemesi'nce yapılacaktır. Hakemi seçecek olan üçüncü kişi, fiil ehliyetine sahip ve taraflarla herhangi bir menfaat ilişkisi bulunmayan bir kişi olmalıdır³⁷³. Ülkemizde genellikle hakemini süresi içinde tayin etmeyen tarafın hakeminin veya tarafların hakemlerinin anlaşılamaması halinde üçüncü hakemin, ICC veya Milletlerarası Tahkim Divanı tarafından seçilmesi öngörülmektedir³⁷⁴. Nitekim, kurumsal tahkimin tercih edildiği durumlarda zaten ilgili tahkim kurumunun kurallarında bu gibi hallere ilişkin düzenlemeler bulunmakta ve genellikle hakemlerin tahkim kurumunun organları

³⁷⁰ Akıncı, Tahkim, s. 110.

³⁷¹ Akıncı, Tahkim, s. 109.

³⁷² Yarg. TD. T: 21.02.1944, E: 433 (Akıncı, Tahkim, s. 110). Bununla birlikte, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T: 19.03.2003, E: 15-142, K: 182 sayılı kararında mahkemece hakem seçimi konusunda karar verilinceye kadar davalının hakem tayin edebileceğinin kabulünün taraf iradelerine ve yasada öngörülen sürenin getiriliş amacına aykırı olacağı, yargılama sırasında hakem tayin edilmesinin sonuca etkisinin olmayacağı belirtilmektedir. (Akıncı, Tahkim, s. 110, dipn. 196)

³⁷³ Akıncı, Tahkim, s. 112.

³⁷⁴ Kalpsüz, Tahkim, s. 40.

tarafından atanması kabul görmektedir. Öte yandan, bazı ülkelerdeki ticaret odalarının hakemlerin yalnızca belirli bir listeden seçilebileceğini kabul etmesi, tarafsızlığın bozulacağı gerekçesiyle bir iptal sebebi teşkil edebilmektedir³⁷⁵.

Hakem seçimi yapacak olan üçüncü kişi, Anayasanın 140. maddesi uyarınca hakim yada savcı olmayacaksa da, Yargıtay tarafından hakemin belirli bir hakim tarafından değil de mahkeme tarafından seçilmesinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu belirtilmiştir³⁷⁶. Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesinde tahkim sürecinde faaliyet gösterecek mahkemenin hangisi olduğu belirlenmişse de, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 17. maddesi³⁷⁷ uyarınca tarafların yetki sözleşmesi yaparak hakemi ya da hakemleri hangi mahkemenin seçeceğini belirleyebilecekleri kabul edilmektedir³⁷⁸. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesindeki yetki, kesin yetki kuralı teşkil etmemektedir.

Özetle, taraflarca belirlenen veya Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen usule uyulmaması halinde Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A hükmü uyarınca hakem kararı iptal edilebilecektir. Taraflarca hakemlerde bulunması gereken niteliklerin belirlenip, seçilen hakemlerin bu özellikleri taşıyor olmaları da iptal sebebi olarak kabul edilebilecektir³⁷⁹.

3) Hakem Kararının Tahkim Süresi İçinde Verilmemesi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/1/c hükmü uyarınca kararın tahkim süresi içerisinde verilmemesi iptal sebeplerinden biri olup, 15/A hükmünün son fıkrasının karşıt yorumundan (*a contrario*) hareketle böyle bir durumda taraflarca hakemler ve tahkim süresi yeniden belirlenemeyecektir.

Tahkimin temel amaçlarından olan tahkim yargılamasının kısa sürede sonuçlandırılması kanunen de güvenceye alınmış, süresi içinde bitirilemeyen tahkim

³⁷⁵ Erdoğan, s. 135.

³⁷⁶ Yarg. 15. HD., T: 11.07.1991, E: 3329, K: 3693 (www.kazanci.com, Mart 2011).

³⁷⁷ Söz konusu hüküm, 18.06.1927 tarihli ve 1060 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 22. maddesinde yer almaktaydı.

³⁷⁸ Akıncı, Tahkim, s. 112

³⁷⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 41

yargılamaları bakımından artık tekrar aynı takım anlaşmasına dayanılarak yargılamaya başlanması engellenmiştir. Nitekim, sürenin geçirilmesine kanunun bağladığı sonuç, tahkim sözleşmesinin de sona ermesidir.

Tahkim süresinin hesaplanmasında, sürenin başlangıcı olarak kabul edilen gün sayılmayacaktır³⁸⁰. Bunun dışında, taraflarca aksi kararlaştırmadıkça, tatil günleri de süreye dahildir. Tahkimin devlet yargı sisteminden müstakil bir yargılama olması nedeniyle adli tatilden etkilenmesi söz konusu olmayacak ve sürenin son günü adli tatile ya da resmi bir tatile denk gelse dahi süre uzamayacaktır³⁸¹.

Tahkim süresine ilişkin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B hükmü; UNCITRAL Model Kanunu'nda benzer bir düzenleme yer almadığından, İsveç Hukuku, ICC Tahkim Kurallarının 24. maddesi ve mülga 1060 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 529. maddesi temel alınarak düzenlenmiştir³⁸². Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki hükme göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim süresi 1 yıl olup, bu süre içerisinde hakemlerce esas hakkında karar verilmelidir. Hükümden de anlaşılabacağı üzere süresi içerisinde tahkim yargısının bitirilmesi zorunludur. Aksi halde, yukarıda belirtildiği üzere, hakem kararı iptal edilecektir. Bu iptal kararı temyiz edilmez veya temyiz talebi reddedilirse, taraflar arasındaki takım anlaşması geçersiz olacak ve hakem kurulunun yetkisi ile birlikte tahkim yargılaması da sona erecektir³⁸³.

Mehaz mülga 1060 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 529. maddesinde olduğu gibi tahkim süresinin geçirilmesi halinde o ana kadar yapılan muameleler batıl olup, artık uyuşmazlık yetkili mahkemede çözümlenecektir.

³⁸⁰ Akıncı, Tahkim, s. 130.

³⁸¹ Akıncı, Tahkim, s. 130; Aydoğan, s. 110-111, dipn. 279.

³⁸² Özsunay, Ergun; Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararı, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 2004/1'den Ayrı Bası, s. 9 (Tahkim); Kalpsüz, Tahkim, s. 46. Söz konusu hüküm, "*Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hükmü vermeğe mecburdurlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olup münaazaa salahiyettar mahkemece halledilir. Bu müddet ancak iki tarafın sarih ve tahriri muvafakatleriyle veya mahkeme reisinin veyahut hakimın kararıyle temdit olunabilir.*" şeklindeydi.

³⁸³ Kalpsüz, Tahkim, s. 48.

Hakemlerin süresi içerisinde karar verip vermedikleri kural olarak hakemin esasa dair verdiği karara attığı tarihten anlaşılabileceğinden, bu tarihin bilinerek ve istenerek daha önceki bir tarih şeklinde atılmış olması halinde maddi delillerin ve karara dayanarak olan işlemlerin tarihlerinin tespiti suretiyle süre aşımı olup olmadığı değerlendirilecektir³⁸⁴. Görüleceği üzere, tahkimin süresi içinde tamamlanması kamu düzeninden kabul edilmekte ve aksi beyanda bulunulsa bile hakimce re'sen nazara alınmaktadır³⁸⁵. Nitekim mehzaz mülga 1060 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 529. maddesi çerçevesinde milletlerarası nitelikte olmayan tahkime ilişkin Yargıtay kararlarında³⁸⁶ da bu duruma dikkat çekilmiştir. Söz konusu kararlara göre tahkim süresi kamu düzeninden olup, hakem kurulunca ve Yargıtay'ca resen nazara alınmalıdır. Zira tahkim istisnai bir yol olduğundan, öncelikli işlevlerinden biri uyuşmazlığın kısa sürede hallidir. Hakemlerin yetkisi süre ile sınırlı olduğundan, süre tamamlandığında uyuşmazlığın artık mahkemede çözülmesi gerekmektedir. Bu durumda, o ana kadar yapılmış olan işlemler de batıl olacağından, bu süre kamu düzenindendir. Nitekim, sürenin geçmesi nedeniyle batıl olan işlemlere geçerlilik tanınması mümkün değildir.

Tahkimin süreye bağlanmasındaki amaç doğrultusunda taraflarca tahkim süresinin “hakemlerce karar verilinceye kadar” veya “uyuşmazlığın halli için gerekli süre” şeklinde belirsizce kararlaştırılması mümkün değildir³⁸⁷. Böyle bir durumda tahkim süresi Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B hükmü uyarınca 1 yıl olacaktır.

Tahkim süresi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B hükmünde yer alan ifade serbestisi çerçevesinde kanuni süreden daha uzun ya da daha kısa şekilde kararlaştırılabilecek olup, taraflarca sürenin başlangıç anı ve uzunluğuna dair

³⁸⁴ Akıncı, Tahkim, s. 131, 136; Aydoğan, s. 107-108, dipn. 272.

³⁸⁵ Akıncı, Tahkim, s. 133; Aydoğan, s. 107-108, dipn. 272; Kalpsüz, Tahkim, s. 48-49.

³⁸⁶ Yarg. 15. HD., T: 10.03.1994, E: 2064, K: 1513; Yarg. 15. HD., T: 19.01.1995, E: 1994/2876, K: 1995/164 (Kalpsüz, Tahkim, s.48-49); Yarg. 15. HD., T: 25.11.1994, E: 2508, K: 7056 (Aydoğan, s. 107-108, dipn. 272).

³⁸⁷ Akıncı, Tahkim, s. 134; Kalpsüz, Tahkim, s. 47.

yapılacak anlaşmalar hem hakemleri hem de iptal ve tenfiz davası aşamasında mahkemeyi bağlayacaktır³⁸⁸.

Tahkim süresi sona erdikten sonra artık tahkim anlaşması da geçerliliğini yitirdiğinden, hakemlerce süre dahilinde ve süre bittikten sonra yapılan tüm işlemler batıldır. Bu durumda, taraflar devlet mahkemelerine başvurabilecekleri gibi, yeni bir tahkim anlaşması yaparak tekrar yeni bir tahkim prosedürü başlatabilirler. Zira, tarafların tahkim anlaşması ile tekrar tahkime gidebilmelerinin tek istisnası, söz konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmamasıdır³⁸⁹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 10/B hükmü uyarınca taraflara tanınan irade serbestisinin kapsamına, tahkim süresinin başlayacağı anın tespiti de dahildir. Hüküm uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim süresi tek hakemli davalar için hakemin seçildiği, birden fazla hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Tek hakemli davalar bakımından kanunun lafzı “hakemin seçildiği” anı esas almakta ise de tarafların bu seçimi tahkim sözleşmesinde ya da sonraki bir aşamada yapmaları ve hakemin bundan belirli bir müddet sonra haberdar olması mümkündür. Bu nedenle doktrinde sürenin başlangıcı olarak esas alınacak anın, tarafların yapacakları hakem seçimini hakeme bildirdikleri an olacağı kabul edilmektedir³⁹⁰. Aksi takdirde, özellikle tarafların uyuşmazlığın zuhurundan önce hakemi tayin etmiş olması durumunda, ortada herhangi bir uyuşmazlık bulunmamasına rağmen süre işlemeye başlayacaktır. Kanunun böyle bir hesaplama tarzını amaçladığı söylenemeyecektir.

Tarafların tek hakem seçimini üçüncü bir kişi ya da kurum veya kuruluşa bıraktığı hallerde, yetkilendirilen kişi veya kurumun hakemi atamasıyla; tarafların

³⁸⁸ Akıncı, Tahkim, s. 134; Kalpsüz, Tahkim, s. 47; Kalpsüz, Temyiz, s. 36.

³⁸⁹ Akıncı, Tahkim, s. 137; Öztekin, Selçuk; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 104.

³⁹⁰ Akıncı, Tahkim, s. 131-132; Kalpsüz, Tahkim, s. 49-50.

atanacak hakem konusunda anlaşılamayıp mahkemeye başvurmaları halinde ise mahkemece hakemin atanması ile süre başlayacaktır³⁹¹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, birden fazla hakemli davalar bakımından sürenin başlangıcı için hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlediği tarihi esas almıştır. Oysa, milletlerarası nitelikteki tahkimde hakemlerin farklı ülkelerde bulunması ve uzun süre biraraya gelmeyerek, hatta herhangi bir tensip tutanağı düzenlemeyerek karar verdikleri gerçeği karşısında kanunun lafzına bağlı kalınmayarak hakemlerin fiilen bir araya gelmese dahi birlikte düzenledikleri ilk tutanağın ya da birlikte yaptıkları ilk işlemin esas alınması gerektiği kabul edilmektedir³⁹².

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B hükmü uyarınca tahkim süresinin başlayacağı an da taraflarca kararlaştırılabileceğinden, tarafların tahkim prosedürü ile ilgili belli bir aşamayı sürenin başlangıcı olarak esas almaları veya milletlerarası alanda mevcut bazı tahkim kurallarına atıf yaparak sürenin başlangıcının tespit edileceğini kararlaştırmaları -örneğin taraflarca MTO (ICC) kurallarına atıf yapılmıştır ve MTO Kuralları'nın 24. maddesi uyarınca süre, görev belgesinin imzalanmasından itibaren başlayacaktır- mümkündür³⁹³.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B hükmünün ikinci kısmında; tahkim süresinin tarafların anlaşması ile, tarafların anlaşamamaları halinde ise taraflardan birinin başvurusu üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından uzatılabileceği kayıtlıdır. Tarafların yapabilecekleri bu anlaşma süre uzatımına dair müstakil bir anlaşma olabileceği gibi, tahkim duruşmasında tarafların bu yönde verdikleri beyanı içeren belgenin imzalanması ya da mektup teatisi gibi yollarla düzenlenebilir³⁹⁴. Yargıtay, tahkimde asıl dava ile karşı davanın süresinin ayrı ayrı hesaplanamayacağını, tek bir tahkim süresinin söz konusu olduğunu, bu tahkim süresi içerisinde karşı davanın bitirilmesi ve karşı davanın bu süre içerisinde

³⁹¹ Akıncı, Tahkim, s. 131-132.

³⁹² Akıncı, Tahkim, s. 132-133; Kalpsüz, Tahkim, s. 50.

³⁹³ Akıncı, Tahkim, s. 131.

³⁹⁴ Akıncı, Tahkim, s. 134; Kalpsüz, Tahkim, s. 51.

bitirilmesinin mümkün olmaması halinde sürenin uzatılması gerektiğini kabul etmektedir³⁹⁵.

Tahkim süresi sona erdikten sonra tahkim anlaşması geçerliliğini yitireceğinden, sürenin uzatılmasının da tahkim süresi içerisinde gerçekleştirilmesi ya da bu süre içinde uzatma için mahkemeye başvurulması gerekmektedir. Tahkim sürecine ilişkin mahkeme müdahalesi söz konusu olduğu hallerde taraflarca mahkemeye başvurulması süreyi durdurmayacaktır³⁹⁶.

Tahkim süresi ancak “belirli” bir süre olabileceğinden, sürenin uzatılmasında da uzatma miktarı “belirli” olmalı; tarafların bu yöndeki anlaşmaları açık ve yazılı olmalıdır³⁹⁷.

Tahkim anlaşmasında süre uzatımına dair bir usul öngörülmüşse buna uyulmalıdır³⁹⁸. Bu bağlamda, örneğin, tahkim anlaşmasında sürenin ancak tarafların anlaşması ile uzatılabileceği, süre uzatımı için mahkemeye başvurulamayacağı kararlaştırılmışsa; tarafların sürenin uzatılmasına dair bir anlaşma sağlayamaması halinde uzatma mümkün olmayacaktır³⁹⁹. Bu durum haricinde tarafların anlaşamamaları halinde işletilebilecek tek yol, mahkemeye başvurulmasıdır. Hükümde bahsi geçen Asliye Hukuk Mahkemesi, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 3. maddesindeki Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Mahkemece bu karar ancak “taraflardan birinin başvurusu üzerine” verilebilecek olup, hakemlerin böyle bir başvuruda bulunma yetkileri bulunmamaktadır.

³⁹⁵ Öztekin, s. 102.

³⁹⁶ Kuru, böyle bir durumda ileride süre nedeniyle olumsuz bir durumla karşılaşılması bakımından ihtiyaten sürenin uzatılması talebinde bulunulmasının faydalı olacağına işaret etmektedir (Yavuz, Sempozyum, s.60, 62).

³⁹⁷ Öztekin, s. 103; Kalpsüz, Tahkim, s. 51.

³⁹⁸ Akıncı, Tahkim, s. 135.

³⁹⁹ Akıncı, Tahkim, s. 135.

Taraflardan birinin henüz tahkimde dava açılmadan sürenin uzatılmasını istemesi de mümkün değildir⁴⁰⁰. Sürenin uzatılması için haklı bir neden bulunması gerektiğinden ve istenen sürenin söz konusu uyuşmazlık bakımından uygun olup olmadığı mahkemece değerlendirileceğinden, mahkemenin süre uzatımı konusunda karar verirken karşı tarafı da dinleyeceği ve hakemdeki dosyayı inceleyeceği düşünülmektedir⁴⁰¹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B hükmü uyarınca mahkemeye yapılacak süre uzatımı başvurusunun reddi halinde tahkim süresi sonunda yargılama sona erecektir. Uzatma talebine ilişkin mahkeme kararı kesin olup, temyize başvurulamamaktadır.

Sonuç olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/1/c hükmü uyarınca kararın süresi içinde verilmemesi bir iptal nedeni olup, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/son hükmü uyarınca tarafların aynı tahkim anlaşmasına dayanmaları artık mümkün değildir. Sürenin bitimi ile tahkim anlaşması da sona ermektedir. Zira, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 13/B/1/4 hükmünün 10/B/2 hükmüne yaptığı atıf uyarınca sürenin uzatılması talebinin mahkemece reddi, tahkim süresi sonunda tahkim yargılamasını sona erdiren sebeplerdendir. Böyle bir durumda artık hakemlerin yetkisi ortadan kalkmaktadır. Sürenin bitmesine rağmen verilmiş olan kararlar iptal davasına konu olacaktır.

4) Hakemin veya Hakem Kurulunun Hukuka Aykırı Olarak Yetkili veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi

Hakem mahkemesinin uyuşmazlığın kendi yetkisi dahilinde olup olmadığına karar verebilmesine doktrinde *Kompetenz-Kompetenz* denilmektedir⁴⁰². Belirtildiği

⁴⁰⁰ Akıncı, Tahkim, s. 135.

⁴⁰¹ Akıncı, Tahkim, s. 136; Kalpsüz, Tahkim, s. 52; Öztekin, s. 103.

⁴⁰² Akıncı, Tahkim, s. 120; Aydoğan, s. 60; Erdoğan, s. 221-222; Kalpsüz, Tahkim, s. 56,109; Keser Berber, Leyla; Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz), Prof. Dr.İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2002, s. 124 (Kompetenz); Şit, s. 212-213; Moses, s. 18, dipn. 2; Yılmaz, İlhan, s. 13. Ayrıca İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarında da kabul gören bu ilke için bkz. Taşkın, Alim; Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm

üzere asıl sözleşmenin içinde yer alan bir hüküm şeklinde olsa dahi tahkim anlaşması asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir. Dolayısıyla hakemler, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına bakmaksızın tahkim anlaşması kapsamında kendi yetkileri hakkında karar vereceklerdir. Yine, asıl sözleşmenin geçerliliğine karşın tahkim anlaşmasının geçersizliği ileri sürülüyorsa, bu durum da hakem mahkemesince incelenecektir.

Bu hususun kanuni dayanağı, hakem veya hakem kurulunun tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına dair itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebileceğini belirten Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H hükmüdür. Maddeye göre bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilecek; asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar verilmesi kendiliğinden tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Yetkisizliğe ilişkin yapılacak itiraz en geç ilk cevap dilekçesinde yapılmalıdır. Tarafların hakemi bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Kanunumuzdaki bu hüküm, UNCITRAL Model Kanun esas alınarak hazırlanmıştır. Yalnız, mehz kanun UNCITRAL'in 16/3. maddesinde mevzuatımızdan farklı olarak, hakemlerin yetkilerine dair verdikleri karara karşı otuz gün içerisinde mahkemeye başvurulabilmektedir⁴⁰³. Ayrıca, ICSID Sözleşmesi uyarınca da hakemler kendi yetkileri hakkında karar yetkisini haizdir. Yine, ICC Tahkim Kuralları'nın 6. maddesinin 2. paragrafında da taraflardan birinin tahkim anlaşmasının geçerliliği veya kapsamına ilişkin yapacağı itirazın öncelikle tahkim divanı tarafından inceleneceği, divanın olumlu sonuca varması halinde ise uyuşmazlığa bakılıp bakılmayacağına dair son kararın hakem heyetine ait olacağı kabul edilmektedir.

Hakemlerin yetkisine ilişkin itiraz, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı, uyuşmazlığın kısmen veya tamamen tahkim anlaşması kapsamına girmediği veya tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları bir hususla ilgili olduğu

Vermesi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1998, Cilt :II, Sayı: 1-2, s. 118-121.

⁴⁰³ Akıncı, Tahkim, s. 121; Kalpsüz, Tahkim, s. 56.

şeklinde olabilir⁴⁰⁴. Bu durum, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığından farklı olarak hakemlerin kişiliğinden kaynaklanmamaktadır⁴⁰⁵.

Hakemlerin yetkisine ilişkin bir itiraz söz konusu olduğunda hakem veya hakemlerin uyuşmazlığın esasına geçmeden önce bir ön sorun olarak yetki meselesini halletmeleri gerekmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H maddesi, yetki aşımı itirazının tarafların kötüniyetli olarak süreci uzatmak istemelerini engellemek amacıyla derhal ileri sürülmesi gerektiğini hükme bağlamaktadır. Bununla birlikte, ilgili tarafın bu iddiasını ileri sürmekte gecikmesinin haklı bir sebebe dayandığına hakem veya hakemler kani olursa, daha sonra ileri sürülen bu itiraz da kabul edilebilecektir. Fakat bu durumda, tahkim yargılaması esnasında ileri sürülmemiş olan bir itirazın iptal davasına konu edilip edilemeyeceğine dair tereddüt hasıl olmaktadır. Doktrinde de bu düzenlemenin kendi içersinde çeliştiği kabul edilmekte, söz konusu maddenin 15. madde ile birlikte ele alınması çerçevesinde haklı bir sebep olmaksızın itirazını ileri sürmeyen tarafın artık tahkim yargılaması boyunca yetki itirazında bulunamayacağı, bu iddianın ancak tahkim yargılamasının sona ermesinden sonra açılacak olan iptal davası ile gündeme getirebileceği kabul edilmektedir⁴⁰⁶.

Bu incelemeden sonra hakem veya hakem kurulu uyuşmazlık bakımından yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürecektir ve davayı karar bağlayacaktır. Yetkisizlik kararı verilirse, yargılama sona erecektir. İşte hakem veya hakemlerce verilen bu kararlara karşı başvurulabilecek yegane yol, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/1/d hükmü uyarınca iptal davası açılmasıdır. Milletlerarası Tahkim Kanununa göre hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna hükmetmesi, iptal sebebi olarak kabul görmektedir. İptal davasına ilişkin süre, hakemlerin yetkisizlik kararı vermesi halinde

⁴⁰⁴ Aydoğan, s. 61-62, dipn. 185; Kalpsüz, Tahkim, s. 55.

⁴⁰⁵ Aydoğan, s. 61-62, dipn. 185.

⁴⁰⁶ Ekşi, Milletlerarası Tahkim Kanunu, s. 331-332.

bu kararın taraflara bildirilmesinden, yetkili olduklarına karar vermeleri halinde ise esasa ilişkin kararın kural olarak taraflara tebliğinden itibaren başlayacaktır⁴⁰⁷.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/son hükmünde, 15. maddenin birinci bendinin (d) alt bendi uyarınca iptal hükmü verilmiş olması halinde, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, hakemlerin veya tahkim süresinin taraflarca yeniden belirlenebileceği düzenlenmektedir. Oysa, (d) alt bendine göre verilecek iptal kararı hakemin hukuka aykırı olarak kendisinin “yetkisiz” olduğuna karar vermesine dayanabileceği gibi, hukuka aykırı olarak “yetkili” olduğuna hükmetmesinden de kaynaklanmış olabilir. Böyle bir durumda –yazılı itiraza aykırı olarak hakem kendisini yetkili addetmiş ve hakem kararı iptal edilmişse- artık o konuda mevcut tahkim sözleşmesine dayanılarak tahkime gidilmesi mümkün olmadığından, yeniden hakem ve süre tayinine gidilebileceğinin düzenlenmiş olması anlamsızdır⁴⁰⁸.

5) Hakem veya Hakem Kurulunun Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi, İstemin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi ya da Yetkisini Aşması

a) Hakem veya Hakem Kurulunun Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi

Daha önce de açıklandığı üzere tahkim, tarafların irade mutabakatına dayanan bir yoldur. Tarafların tahkime gitme yönündeki iradeleri tahkim anlaşması ile vücut bulmaktadır. Bununla birlikte, hakemlerin yetkisi de yalnızca tahkim sözleşmesinde belirtilen hususlarla sınırlı olup, bu yetkiler sözleşmede belirtilen konu ve usul çerçevesindedir⁴⁰⁹. Bu durumdan yola çıkılarak tahkim anlaşmasının “olumlu” ve “olumsuz” etkileri bulunduğundan söz edilebilecektir. Tahkim anlaşmasının olumlu etkisi, ancak bu anlaşmanın mevcudiyeti halinde tahkime gidilebilmesi iken; olumsuz etkisi, tahkime konu edilebilecek hususların anlaşmada belirtilen konularla sınırlı olmasıdır.

⁴⁰⁷ Kalpsüz, Tahkim, s. 59, 110.

⁴⁰⁸ Kalpsüz, Tahkim, s. 60.

⁴⁰⁹ Akıncı, Tahkim, s. 219; Erdoğan, s. 118, Kalpsüz, Tahkim, s. 110.

Tahkim anlaşması, esas sözleşmeden kaynaklanacak tüm uyuşmazlıklar için akdedilebileceği gibi, esas sözleşmeden doğabilecek belirli bazı uyuşmazlıklara da hasrolunabilir. İşte, özellikle yalnızca bazı uyuşmazlıkların tahkime konu edilebileceğinin belirtildiği hallerde hakem kararında bunun dışına çıkan konularda da hükme varıldıysa, kararın –mümkünse kısmen- iptali gündeme gelecektir. Benzer şekilde, hakem kararının yalnızca belirli kısımları için iptal sebepleri mevcut olduğunda ya da tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden doğacak yalnızca belirli bazı uyuşmazlıklara hasrolunması durumunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/3 hükmü uyarınca, iptal edilmesi gereken kısımların hakem hükmünün diğer kısmından ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının yalnızca tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilecektir. Bu bağlamda, kısmi iptalin dışında kalan hükümler geçerliliğini korumaya devam edecektir. New York Sözleşmesi’nde de aynı esas benimsenmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, kısmi iptalin söz konusu olabilmesi için iptal edilecek kısmın, hakem kararının diğer bölümünden kolayca ayrılabilir olmasını şart koşmuştur. Bu çerçevede, hakem kararında her kısım için ayrı hükme varılmış olması aranmaktadır⁴¹⁰. Aksi takdirde, yalnızca iptal sebeplerinin mevcudiyetini tespitle yetkili olan iptal davasına bakan hakimin, hakem hükmünün içeriğine müdahale etmesi gerekeceğinden bir yetki aşımı gerçekleşecek ve tahkim sistemi buna cevaz vermeyeceğinden, hakem hükmünün tamamının iptal edilmesi gerekecektir⁴¹¹.

Daha önce de açıklandığı üzere tahkim anlaşması asıl sözleşmeden bağımsızdır. Bağımsızlık esasının kabulünün temel sebebi, hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği ile kendi yetkileri hakkında mahkemelere başvurulmaksızın kısa sürede karar verebilmesini sağlamaktır⁴¹². Öte yandan, hükmün dar yorumlanması çerçevesinde, hakemlerin yetkisizliği meselesi tahkim anlaşmasının geçersizliğinden müstakil bir meseledir⁴¹³.

⁴¹⁰ Akıncı, Tahkim, s. 233.

⁴¹¹ Akıncı, Tahkim, s. 233.

⁴¹² Aydoğan, s. 61; Deren Yıldırım, s. 51, dipn. 196 (Aktarılan : Calavros).

⁴¹³ Erdoğan, s. 118.

b) Hakem veya Hakem Kurulunun İstemin Tamamı Hakkında Karar Vermemesi

Hakem, yargılama süresince bir hakim gibi davranarak tarafların taleplerini hükme bağlamakla görevlidir. Bu durum, yalnızca davacının iddiaları için değil; davalının savunmasında ileri sürdüğü hususlar için de söz konusudur⁴¹⁴. Ayrıca, davacının iddialarının hükme bağlanmasına karşın davalının cevap dilekçesi ile açtığı karşı davada ileri sürülen hususlara dair hükme varılmaması da bir iptal sebebidir⁴¹⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 14/B/4 hükmünde; taraflardan her birinin, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde karşı tarafa da bilgi vermek kaydıyla yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış konular için tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebileceği ve hakem veya hakem kurulunun isteği haklı bulursa altmış gün içinde karar vereceği belirtilmektedir. Böyle bir imkanın varlığı karşısında isteminin tamamı hakkında karar verilmemiş olan tarafın iptal davası açmaya nazaran öncelikli olarak tamamlatıcı karar isteme yoluna başvurması daha uygun bir yöntem olacaktır⁴¹⁶. Hakem veya hakem kurulunun tamamlatıcı karar istemini haklı bulmaması veya altmış gün içinde bir karara varmaması halinde iptal davası açmaktan başka bir yol kalmamaktadır.

c) Hakem veya Hakem Kurulunun Yetkisini Aşması

Aynı bent içerisinde düzenlenmiş olsa da hakemlerin “yetkilerini aşması”, hakemlerin “tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi”nden farklı bir durumdur. Yetki aşımında, hakem ilgili konuda karar vermeye yetkili olup, kendisine verilen bu yetki aşılarak bir karara hükmedilmiştir⁴¹⁷. Yukarıda açıklandığı üzere⁴¹⁸

⁴¹⁴ Yarg. 11. HD., T: 11.04.1974, E: 737, K: 1315; Yarg. TD. T: 01.12.1960, E: 1745, K: 2938; Yarg., 15. HD., T: 09.11.1992, E: 4476, K: 5204; Yarg. 15. HD., T: 29.04.1987, E: 2839, K: 1889; Yarg. 15. HD., T: 25.01.1996, E: 84, K: 364 (Akıncı, Tahkim, s. 220; Kalpsüz, Tahkim, s. 112; Kalpsüz, Temyiz, s. 39).

⁴¹⁵ Yarg. TD., T: 28.10.1958, E: 1917, K: 2571; Yarg. 15. HD., T: 22.05.1992, E: 382, K: 2738; Yarg. TD., T: 06.10.1959, E: 1293, K: 2431 (Akıncı, Tahkim, s. 220; Kalpsüz, Tahkim, s. 112).

⁴¹⁶ Akıncı, Tahkim, s. 221; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 328.

⁴¹⁷ Erdoğan, s. 118; Kalpsüz, Tahkim, s. 111.

“tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi”ne binaen hakemlerin yetkilerinin sınırları, tahkim anlaşması ile çizilmektedir. Bu anlaşma ile tahkim prosedürü düzenlenmekte, hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından uygulanacak kurallar belirlenebilmektedir. İşte tahkim anlaşması ile belirlenen kurallara –örneğin esasa uygulanacak hukuku tespit için belirlenmiş olan bağlama kurallarına, esasa ya da usule uygulanacak hukukun belirlenmiş olması durumunda bu hukuka (mesela taraflarca kararlaştırılan dilde yargılamanın sürdürülmemesi) ya da kararın hak ve nesafete göre verilmesi kararlaştırılmış olmasına- riayet edilmeksizin hükme varılması durumunda yetki aşımı söz konusu olmaktadır⁴¹⁹. Örneğin, Kamerun devleti ile bir Alman firması arasındaki tahkim anlaşmasında tarafların Kamerun hukukunu seçmiş olması ICSID Hakemlik Mahkemesi tarafından göz ardı edilerek karara varılması ya da taraflarca İsviçre hukuku seçilmiş olmasına rağmen hakemlerin İngiliz hukukunu uygulaması yetki aşımı teşkil etmektedir⁴²⁰.

Hakemlerle taraflar arasındaki ilişkinin bir vekalet ilişkisi olması bakımından, vekilin müvekkilinin talimatlarını yerine getirmesine dair Borçlar Kanunu’nun vekaletle ilişkin hükümleri tahkim ilişkisinde de geçerli olacaktır⁴²¹.

İptal sebebi olarak düzenlenen yetki aşımı bir bakıma Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 24. maddesinde⁴²² düzenlenen ve “*Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre, talep sonucundan daha azına karar verebilir.*” şeklinde tanımlanan “Taleple Bağlılık İlkesi”nin tahkimdeki görünüş biçimidir. Yani tahkimde de hakemler, taraflarca ileri sürülenden fazlasına hükmedemeyecek, talep edilmeyen bir şey hakkında karara varamayacaktır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 24. maddesindeki sisteme paralel

⁴¹⁸ bkz. Hakem veya Hakem Kurulunun Tahkim Anlaşması Dışında Kalan Bir Konuda Karar Vermesi, s. 120 vd.

⁴¹⁹ Akıncı, Tahkim, s. 222; Erdoğan, s. 118; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 166; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 328; Şit, s. 213.

⁴²⁰ Yarg. 19. HD. T: 09.11.2000, E: 2000/7171, K: 2000/7602. Ayrıca benzer yönde *Amco Asia Corp. v. Indonesia* davası (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 328).

⁴²¹ Akıncı, Tahkim, s. 222; Aydoğan, s. 59.

⁴²² Söz konusu hüküm, 18.06.1927 tarihli ve 1060 sayılı mülga Hukuk Uuslü Muhakemeleri Kanunu’nun 74. maddesinde “... *Hakim her iki tarafın iddia ve müdafaalarıyla mukayyet olup, ondan fazlasına veya başka bir şeye hüküm veremez. Tahakkuk edecek hale göre talepten noksan ile hüküm caizdir.*” şeklinde düzenlenmekteydi.

olarak tahkimde savunma açısından da aynı kural geçerli olup, davalının isteminden fazlasına hükmedilemeyecektir.

Yargıtay kararlarına göre 85.000 TL talep edilmişken 115.000 TL'ye hükmedilmesi, alacak müteselsilen talep edilmediği halde bu yönde karar verilmesi, tahkim şartında belirlenen esasa uygulanacak hukukun tatbik edilmemesi, taraflar tahkim anlaşmasında dostane aracıya izin vermedikleri halde bu yolun uygulanması, talep edilmeyen bir konu hakkında karara varılması ve bir tazminat davasında davacının talebi olmamasına rağmen temerrüt faizine hükmedilmesi yetki aşımı olarak kabul edilmektedir⁴²³. Yine, Yargıtay'ın 28.01.1994 tarihli 1993/4-1994/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre tarafların uygulanacak maddi hukuku belirlemiş olmasına rağmen hakemlerin hak ve nisfete göre karar vermesi yetki aşımıdır⁴²⁴.

Görüleceği üzere yetki aşımı iki temel grup altında ele alınabilir. İlk grupta, taraflarca tahkim anlaşmasında belirlenen esasa ya da usule ilişkin kurallara riayet edilmemesi yer alırken; ikinci grupta, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24. maddesine paralel olarak tarafların taleplerinin dışına çıkılması söz konusudur. Bu bağlamda, tahkim anlaşmasının olumsuz etkisi uyarınca hakemlerin yetkilerinin sınırları, tahkim anlaşmasının atfedildiği asıl sözleşme ile de bağlantılı olarak değerlendirilecek, asıl sözleşmenin uygulanmaması ya da dikkate alınmaması da yetki aşımına sebebiyet verecektir⁴²⁵. Ayrıca, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 16/A/1 hükmü uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça hakem veya hakemler ile taraflar arasında belirlenecek hakem ücretinin hakemlerce tek taraflı olarak tayini de yetki aşımı olarak kabul edilmektedir⁴²⁶.

⁴²³ Kalpsüz, Tahkim, s. 60; Kalpsüz, Temyiz, s. 36-37. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 03.03.2001 tarihli kararında da İsviçre IPRG m. 190/2c uyarınca taraflardan birine talep ettiğinden daha fazla veya daha başka bir talepte bulunma hakkı tanınması halinde diğer tarafın buna itiraz etme hakkının bulunduğu işaret edilmiştir (Kaplan, Yavuz; İsviçre Federal Mahkemesi'nin Milletlerarası Tahkime İlişkin 1 Mart 2001 Tarihli Kararı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, 2002, s. 1174 (İsviçre Federal Mahkemesi)).

⁴²⁴ Akıncı, Tahkim, s. 223; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 329.

⁴²⁵ Akıncı, Tahkim, s. 224; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 326.

⁴²⁶ Akıncı, Tahkim, s. 224.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/son hükmünde iptal kararından sonra yeniden hakem ve süre tayinine gidilebilecek haller arasında “yetki aşımı” nedeniyle iptal hali de bulunmaktadır. Bununla birlikte, böyle bir durumda Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/3 hükmü uyarınca kısmi iptalin söz konusu olabileceği ve iptalden etkilenmeyen kısımların geçerliliğini koruyacağı gözden kaçırılmamalıdır⁴²⁷.

İngiltere ve Fransa gibi bazı hukuk sistemlerinde, hakem veya hakem kurulunun tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi, istemin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması gibi yargı yetkisine ilişkin nedenler bakımından, itirazın tahkim sürecinin başında ileri sürülmesi aranmakta, aksi halde bu sebebe dayanılarak iptal davası açma hakkının ortadan kalkacağını kabul etmektedir⁴²⁸. Muhakkak ki böyle bir itirazın zaman, enerji ve kaynak harcanmadan daha yargılamanın başında ileri sürülmesi faydalı olabilecektir.

6) Tahkim Yargılamasının Usule Aykırı Olması ve Bu Aykırılığın Kararın Esasına Etkili Olması

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/1/f hükmü uyarınca tahkim yargılamasının usul açısından tarafların anlaşmasına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde Milletlerarası Tahkim Kanununun hükümlerine uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması bir iptal sebebidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 8/A hükmü uyarınca taraflar hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, Milletlerarası Tahkim Kanununun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası anlaşmaya veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmaması halinde ise hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütecektir. Tarafların tahkime gitme yönünde irade gösterebilmesine binaen tahkimde uygulanacak olan usulü de yine irade serbestisi

⁴²⁷ Kalpsüz, Tahkim, s. 60; Moses, s. 195; Özsunay, Tahkim, s. Özsunay, Tahkim, s. 25.

⁴²⁸ Moses, s. 195.

çerçevesinde evleviyetle belirleyebilecekleri söylenebilir. Bu serbestinin sınırı ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 8/A hükmünde belirtildiği üzere tahkim yeri hukukunun emredici kurallarıdır. Daha önce de açıklandığı üzere genellikle tamamlayıcı nitelikte olan Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri arasında emredici kurallara nadiren rastlanmaktadır. Yine de tarafların, tahkim yeri hukuku kurallarının emredici hükümlerine aykırı kurallar üzerinde mutabık kalmaları olasıdır. Böyle bir durumda, hakemlerin tarafların kararlaştırdığı kurallara riayet etmemesi New York Sözleşmesi’nin VI/d hükmü uyarınca bir tenfiz engeli iken, hakemlerce usule ilişkin emredici kuralların uygulanmaması bir iptal sebebi olabilir⁴²⁹. Böyle bir durumda öncelikle emredici kurala aykırılığın yaptırımına bakılması, bu kurala uymamanın iptal sonucunu doğurmaması halinde taraf iradelerince belirlenen kurallara uyulması daha doğru görülmektedir⁴³⁰. Fakat aykırılığın yaptırımı iptal olan bir emredici kural söz konusu ise, bu kuralın taraflarca belirlenen kurallara rağmen uygulanması gerekmektedir.

Taraflarca usuli kuralların belirlenmesi tahkim anlaşması ile gerçekleştirilebileceği gibi, yargılama esnasında da kararlaştırılabilir⁴³¹. Taraflarca yapılacak bu belirleme; bir usul kanununa atıfla ya da bir tahkim kurumunun kurallarına veya her bir usuli mesele ortaya çıktığında ayrı ayrı varılacak mutabakatlarla kararlaştırılabilecektir⁴³².

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/1/f maddesi uyarınca usul kurallarına aykırılığın iptal sebebi olması, bu aykırılığın kararın esasına etkili olması şartına bağlıdır. Yani iptal durumunun söz konusu olabilmesi için iki şartın bir arada bulunması aranmaktadır.

İptal müessesesi düzenlenirken temel mantığın, İsviçre kanunu ve UNCITRAL Kuralları da dikkate alınarak, iptalin “şekli” sebeplere hasredilmesi olduğu görülmektedir. Nitekim, hakemin veya hakem kurulunun maddi hukuku yanlış

⁴²⁹ Akıncı, Tahkim, s. 226; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 249.

⁴³⁰ Akıncı, Tahkim, s. 226.

⁴³¹ Kalpsüz, Tahkim, s. 112.

⁴³² Kalpsüz, Tahkim, s. 112.

uygulaması bir iptal sebebi olarak benimsenmiştir. Oysa usule aykırılık hali, ancak kararın esasına etkili olması şartıyla bir iptal sebebi olarak kabul görmüştür. Bu durumun kanundaki veya mehz kurallardaki sistem ile bağdaşmadığını ve iptal sisteminden umulan faydanın elde edilemeyeceğini ifade eden yazarlar olduğu gibi⁴³³; her tür usule aykırılığın iptal sonucu doğurmasının zaman ve masraf kaybına neden olacağını ve tahkimden beklenen faydanın sağlanamayacağını, ancak esasa etki eden usuli hataların iptal sebebi olarak kabul edilmesinin daha hakkaniyetli olacağını düşünen yazarlar da mevcuttur⁴³⁴.

Usuli bir hatanın yargılama devam ederken giderilmesi ve ilgili taraf için ortaya çıkan olumsuzlukların bertaraf edilmesi halinde artık esasa etki eden bir usuli aykırılıktan söz edilemeyeceği için kararın iptali söz konusu olmayacaktır⁴³⁵.

Usuli aykırılığın esasa dair kararı etkilediği haller her olaya göre ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenecekse de, doktrinde bazı durumlar bu nitelikte kabul edilmektedir. Örneğin, taraflardan birine usulsüz tebligat yapılması veya hiç tebligat yapılmaması bu tarafın iddia veya savunma hakkını etkileyeceğinden, bir iptal sebebi olarak kabul edilmektedir⁴³⁶. Bununla birlikte, usulsüz bir tebliğin varlığına rağmen kişinin fiilen tebliğ konusu işlemlerden haberdar edilerek bu kişiye iddia ve savunma hakkı verilmesi, dürüstlük kuralları ile 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun⁴³⁷ 32. maddesindeki usulsüz tebligata rağmen tebligatın içeriğinin öğrenilmesi halinde tebligatı geçerli sayan düzenleme uyarınca bir iptal sebebi olmayacaktır⁴³⁸. Ayrıca, tarafın usulsüz tebligata itiraz etmeyip esasa ilişkin iddia ve savunmada bulunması da itiraz hakkının kaybı anlamına gelecektir⁴³⁹. Öte yandan, tebligat bakımından tarafların adil yargılanma hakkı zedelenmeksizin taraflarca seçilen kurallara riayet edilmesi yeterli sayılmaktadır. Örneğin, *Presse Office SA v. Centro Editorial Hoy SA*

⁴³³ Kalpsüz, Tahkim, s. 112.

⁴³⁴ Akıncı, Tahkim, s. 227; Erdoğan, s. 218.

⁴³⁵ Akıncı, Tahkim, s. 228.

⁴³⁶ Akıncı, Tahkim, s. 228-229; Akıncı, Tenfiz, s. 123; Şit, s. 211.

⁴³⁷ 11.02.1979 tarih ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu, 19.2.1959 tarihli ve 10139 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴³⁸ Akıncı, Tahkim, s. 229; Akıncı, Tenfiz, s. 123; Erdoğan, s. 118.

⁴³⁹ Akıncı, Tahkim, s. 229.

Tribunal Superior Justica davasında⁴⁴⁰ davalı Meksikalı tarafa yapılan tebligatlara rağmen davalının yokluğundan verilen ve ICC Kuralları'na göre cereyan eden hakem kararının Meksika'da tenfiz edilmesine, davalı tarafça Meksika hukuku uyarınca davalının yokluğunda cereyan eden davaların tenfiz edilemeyeceği gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Meksika Yüksek Mahkemesi ise, olay bakımından iç hukuku uygulamamış, ICC Kuralları'nın taraflarca benimsenmesi bakımından bu kurallara uygun hareket edilmesini yeterli saymıştır.

Usuli eksikliklerin kararın esasına etki edip etmediğinin belirlenmesinde temel kriter, tarafların iddia ve savunma haklarına hanel gelmiş olup olmadığıdır. Bu nedenle, delillerin sunulmasında usule aykırılık olması, davalının cevap dilekçesi ile karşı dava açmış olmasına rağmen davacıya cevap dilekçesi dışında bir de açılan bu karşı davaya cevap dilekçesi sunma imkanının tanınmamış olması, keyfi olarak yargılamanın kararlaştırılan lisanda yapılmaması, kararlaştırılan tahkim yeri dışında bir yerde tahkimin sürdürülmesi, tahkim yeri kararlaştırılmamış olmasına rağmen bir tarafın ulaşamayacağı veya ulaşmasının çok güç olduğu bir yerde tahkim yargılamanın yapılmasına rıza göstermeye zorlanması, hakemlerin isimlerinin taraflara söylenmemesi gibi haller iddia ve savunma hakkının zedelenmesi bağlamında kararın esasına etki eden usuli eksiklikler olarak kabul edilebilecektir⁴⁴¹.

Hakem kararlarının gerekçeli olması, kaynağını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden almaktadır⁴⁴². Gerekçe, tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmaların değerlendirilip değerlendirilmediğinin anlaşılması bakımından önem taşıdığından gerekçesiz hakem kararlarının da iptale tabi tutulacağı değerlendirilmektedir⁴⁴³. Bu bağlamda, hakem kararının gerekçesinde maddi ve hukuki dayanaklar gösterilmeli, uyuşmazlığın neden ibaret olduğu belirlenmeli, deliller tespit edilerek bunların nasıl değerlendirildiği açıklanmalı ve benimsenen

⁴⁴⁰ Akıncı, Tenfiz, s. 126, dipn. 432.

⁴⁴¹ Yarg. 19. HD., T: 09.11.2000, E: 2000/7171, K: 2000/7602 Akıncı, Tahkim, s. 229-230; Akıncı, Tenfiz, s. 123; Birsal, Tenfiz, s. 33; Kalpsüz, Tahkim, s. 113.

⁴⁴² Özsunay, Tahkim, s. 14.

⁴⁴³ Akıncı, Tahkim, s. 230-231; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 175; Özsunay, Tahkim, s. 15; Kalpsüz, Tahkim, s. 113-114; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 107.

hukuki yaklaşımın nedenleri irdelenmelidir⁴⁴⁴. Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 14/A/2 hükmü uyarınca, hakem kararlarında, kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi belirtilmelidir. Cenevre-Avrupa Sözleşmesi'nde de hakem kararlarının gerekçeli olması esası benimsenmiş; Sözleşme'nin VIII. maddesinde gerekçesiz karar verilebilecek haller sayılmıştır. Buna göre, taraflarca gerekçesiz karar verilmesi hususunda mutabakata varılmış ya da uyuşmazlığın çözümü kararın gerekçeli olması mutad olmayan bir usule tabi kılınmışsa kararın gerekçesiz olması bir iptal sebebi teşkil etmeyecektir. Öte yandan, uyuşmazlığın çözümü, kararın gerekçeli olması mutad olmayan bir usule tabi kılınmışsa; duruşma yapılan hallerde duruşmanın sonundan önce, duruşmasız hallerde ise hakem hükmünün yazılmasından önce taraflardan her birinin gerekçeli karar verilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Böyle bir durumda, gerekçesiz karar verilmesi hükmün iptali sonucunu doğurabilecektir. Hakemlerin hak ve nesafete göre karar vermiş olmaları kararın gerekçesiz olması hakkı doğurmayacaktır⁴⁴⁵.

Öte yandan, Amerikan, İtalyan, Alman ve Fransız mahkemeleri, hükmün gerekçesiz olmasını milli hukukları bakımından kamu düzenine aykırılık hali olarak kabul etmekteyse de, milletlerarası ticarete ilişkin yabancı bir hukuka göre verilmiş kararların gerekçesiz olmasını kamu düzenine aykırılık olarak nitelememiştir⁴⁴⁶.

7) Tarafların Eşitliği İlkesinin Gözetilmemesi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/1/g hükmü uyarınca tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Tarafların eşitliği ilkesi, hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile de ilişkilidir. Hakemler de, bir yargılama sürecinin işletiliyor olması nedeniyle hakimler gibi tahkim sürecinin başından sonuna dek bağımsız ve tarafsız olmak zorundadır (*conditio sine qua non*). Bu yükümlülük birçok hukuk sistemi ile UNCITRAL Model Kanun'un 12. maddesi, ICC Tahkim Kuralları'nın 7. maddesi, Amerikan Barolar Birliği (ABA) Model

⁴⁴⁴ Erdoğan, s. 102-103.

⁴⁴⁵ Erdoğan, s. 103.

⁴⁴⁶ Birsal, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s. 522-523; Erdoğan, s. 135; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 351, dipn. 297; Şit, s. 169.

Kuralları'nın⁴⁴⁷ 3. maddesi, Milletlerarası Daimi Tahkim Mahkemesi Kuralları'nın⁴⁴⁸ 11. maddesi ve Milletlerarası Barolar Birliği (IBA) Tahkim Klavuzu'nun⁴⁴⁹ 2. maddesi gibi tahkim kurallarında da yer almaktadır.

Tarafsızlık, taraflara eşit muamelede bulunulması, taraflarla hakemler arasında menfaat ilişkisinin olmaması ve bir tarafın diğerine tercih edilmesi için bir nedenin bulunmaması anlamına gelirken; bağımsızlık hakemin davadan veya dava sonucundan herhangi bir menfaatinin bulunmamasını, organik bir bağının ya da iş ilişkisi ya da müşterilik gibi herhangi bir çıkar için bir tarafa tabi olmamasını ifade etmektedir⁴⁵⁰. UNCITRAL Model Kanun'da ve birçok tahkim kuralında, hakemin gecikmeksizin bağımsızlığı ya da tarafsızlığı ile ilgili haklı şüphe uyandırabilecek koşulları açıklaması öngörülmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/C hükmü de bu düzenlemelere paralel biçimde kaleme alınmış ve hakemin taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olması, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir red sebebinin mevcut bulunması, tarafsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren hal ve şartların gerçekleşmesi halinde hakemin reddedilebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, hakemin bağımsızlığı ya da tarafsızlığı ile ilgili haklı şüphe uyandırabilecek koşulları açıklama yükümlülüğü yalnızca hakemin atanması anına yönelik olmayıp, tüm tahkim yargılaması süresince devam etmektedir. Öte yandan, şüphe uyandırabilecek sebeplerin açıklanmaması başlı başına hakemin azli ya da hakem kararının iptali gibi bir yaptırım gerektirmemekte, bu yaptırımlar ancak açıklanmayan sebeplerin böyle bir sonuç doğurması halinde söz konusu olabilmektedir⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ ABA Model Rules for Fee Arbitration,

http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/client_protection/farule3.html (Temmuz, 2011).

⁴⁴⁸ PCA Rules, www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1067 (Şubat, 2011).

⁴⁴⁹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest (Şubat, 2011).

⁴⁵⁰ Akıncı, Tahkim, s. 115; Aydoğan, s. 55, dipn. 174; Kalpsüz, Tahkim, s. 115; Kaplan, Yavuz; Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 21, Sayı: 1-2, 2001 (Bağımsızlık), s. 43-44; Moses, s. 130; Romero, s. 151; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 247, 353. Ayrıca bkz. Tahkimin Faydaları, s. 29 vd.

⁴⁵¹ Nomer, Ergin; Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 4, Sayı: 1, 1984, s. 30-31 (Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı); Moses, s. 132.

ICC Tahkim Divanı'nın bir kararında, bir devletin taraf olduğu tahkim ilişkisi uyarınca devletin atamış olduğu hakemin bağımsız olup olmadığı irdelenmiştir⁴⁵². Devletin atamış olduğu hakem, taraf devletin bakanlığında çalışan bir kamu görevlisidir. Bu kişi ile taraf devlet arasında ekonomik bir bağ olması kaçınılmaz bir durumdur. Karşı taraf da buna dayanarak hakemin reddini talep etmektedir. Tahkim divanı, bir devletin hakem olarak atayacağı kişinin vatandaşlık bağı sebebiyle devlete ekonomik olarak bağlı olmasının muhtemel olduğunu belirtmiş ve önemli olanın uyuşmazlık konusu proje ile bağlantısı olmayan ya da projeden sorumlu devlet kişisi için çalışmayan bir kişinin hakem olarak atanması olduğunu kabul etmiştir⁴⁵³. Benzer şekilde, Frankfurt İstinaf Mahkemesi'nin 29 Haziran 1989 tarihli kararında⁴⁵⁴, bir Alman şirketle Sovyet şirket arasındaki uyuşmazlık için Sovyet Dış Ticaret Hakem Mahkemesi'ne gidilmiştir. Kararın tenfizi aşamasında Alman şirket, hakem mahkemesinin bir devlet kurumu olduğunu ve bağımsızlığını yitirdiğini ileri sürmüştü de mahkemece bu iddia mücerret bir iddia olarak nitelenerek itiraz reddolunmuştur. Yine, Hamburg İstinaf Mahkemesi'nin 17 Şubat 1989 tarihli kararında⁴⁵⁵, hakem mahkemesinin davacının üye olduğu Oda'ya bağlı bir kuruluş olması nedeniyle bağımsız olmadığı itirazında bulunulmuşsa da, bu itiraz da aynı sebeple reddedilmiştir. Bununla birlikte, hakem mahkemesinin kuruluşunun ve teşkilinin objektif olarak usul ilkelerine uygun düşmediği durumlarda, itirazın hakem kararında somutlaşmış olup olmadığına bakılmaksızın, bağımsızlığın ve tarafsızlığın yitirilmiş olduğu söylenebilecektir⁴⁵⁶.

Tahkim heyeti ve tahkim divanı olarak müstakil birimler içiren bir sistem olması bağlamında Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü'nün 27. maddesi uyarınca; hakemler verecekleri kararları imzalamadan önce bu kararları Tahkim Divanına sunacak, Divan kararlarda bazı şekil değişiklikleri tavsiye edebilecek, hakemlerin dikkatini uyuşmazlığın esasına ilişkin noktalara

⁴⁵² Romero, s. 151-152.

⁴⁵³ Romero, s. 152.

⁴⁵⁴ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 353, dipn. 299.

⁴⁵⁵ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 353, dipn. 299.

⁴⁵⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 354-355.

çekebilecektir⁴⁵⁷. Divanın şekil bakımından uygun bulmadığı kararlar imzalanamayacaktır. Bazı yazarlar bu durumu hakemlerin bağımsızlığına aykırılık hali olarak nitelemekte; kararın Tahkim Divanınca onaylanmadığı sürece hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağını, Divanın kararın beğenilmeyen yönlerini gösterip, tekrar gözden geçirmesi ve öngördüğü değişiklikleri yapması için hakemlere iade yetkisinin olması ve fakat hakemlerin vermiş oldukları kararda ısrar etme yetkisinin bulunmaması bakımından hakemlerin bağımsız olduklarının söylenemeyeceğini ileri sürmektedir⁴⁵⁸. Yargıtay da milletlerarası literatüre *Compagnie de Construction Internationales, Compagnie Française d'Enterprise et Sté Impregilo v. DSI* davası olarak geçen Keban Barajına ilişkin kararında, ICC Tahkim Divanı'nın bu müdahalesini kanaatimizce orantısız biçimde “kamu düzenine aykırılık” olarak nitelendirmiştir⁴⁵⁹. Oysa, kamu düzenine aykırılık kavramının temel hukuk ilkelerine ve hak ve nesafete aykırılık olarak yorumlanması bakımından, kurumsal tahkimin sahip olduğu özelliklerin ve bu bağlamda salt Divan'ın denetim hakkının varlığının kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Diğer taraftan, bu görüşü savunan yazarlarca, kurumsal tahkimin kendi özelliklerine dayanan durumların kamu düzenini ihlal etmeyeceği kabul edildiğinden, böyle bir tartışmanın diğer hukuk sistemlerinde yapılmamış olduğu, taraflarca bir tahkim kurumunun kurallarının uygulanmasının kararlaştırılmasının kamu düzeni itirazında bulunma imkanını daralttığı belirtilerek; Alman Federal Mahkemesi'nin *Oberlandesgericht Hamburg* kararında tarafların belirli bir tahkim kurumunu seçmiş olmalarının sonuçlarından kamu düzenini ileri sürerek kaçınamayacaklarının kabul edildiği ifade edilmektedir⁴⁶¹. Olayda, Çekoslovak Tahkim Kurumu kurallarının uygulanması kararlaştırılmıştır. Bu kurallara göre, yalnızca bu ülke vatandaşlarının

⁴⁵⁷ ICC Tahkim Tüzüğü için bkz. <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html> (Şubat, 2011).

⁴⁵⁸ Aydoğan, s. 55, dipn. 174; Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 23-24; Özsunay, Tahkim, s. 22-23; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 483, dipn. 55. Örneğin, eski doğu bloğu ülkelerinde hakem kararlarına yoğun bir şekilde müdahalede bulunulması çeşitli davalarda kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmiştir (Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 152).

⁴⁵⁹ Yarg. 15. HD., T: 10.03.1976, E: 75/1617, K: 76/1052 (Aydoğan, s. 55, dipn. 174; Nomer, Ergin; Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, Yıl: 10, 1990, Doç. Dr. Özer Eskiuyurt'un Anısına Özel Sayı, s. 130 (Kamu Düzeni); Özsunay, Tahkim, s. 23).

⁴⁶⁰ Birsell/Budak, s. 189-190; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 176; Nomer, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, s. 30-31; Şit, s. 171.

⁴⁶¹ Şit, s. 171-173, 222-223.

hakem olarak atanması mümkündür. Davacı taraf bu durumu tahkim sözleşmesi esnasında bilmediğini ileri sürmüştür. Mahkeme, zamanın koşulları uyarınca doğru bloğu ülkelerinde bu tarz bir uygulamanın yaygın olduğundan bahisle kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir durumun bulunmadığına hükmetmiştir.

Kanaatimizce ICC Tahkim Tüzüğü'nün öngördüğü bu hüküm, hakemin bağımsızlığına hanel getirmemektedir. Nitekim, taraflar ICC Tahkim Kurallarının ve dolayısıyla ICC Tahkim Tüzüğü'nün uygulanmasını tercih etmekle, hakem kararının Tahkim Divanının denetiminden geçmesine rıza göstermiş olmaktadır. Zira, tarafların uygulanmasını arzu ettikleri sistemin kendisi bunu öngörmekte ve taraflar Tahkim Divanına da güvenerek böyle bir yolu tercih etmektedir. Tahkim Divanının – başta şekli olmak üzere- yapacağı bu denetim taraflarca halihazırda öngörülmüş ve rıza gösterilmiş bir denetim olup, hakem kararını şekillendirici bir prosedürdür. Dolayısıyla bu denetimin yukarıda açıklanmış olan “bağımsızlık” kavramından farklı bir durumu yansıttığı düşünülmekte ve yazarın görüşüne tarafımızca katılmamaktadır. Nitekim, ICC Tahkim Kuralları'nın 27. maddesinde de “*Divan, hakem mahkemesinin karar özgürlüğünü etkilemeyecek şekilde hakemlerin dikkatini anlaşılmazlığın esasına ilişkin noktalara çekebilir*” denilmektedir. Bu nedenle, hakemlerin bağımsızlığına müdahale noktasında Divanın yetkisi zaten sona ermektedir. Tarafların eşitliği ilkesine aykırılık bulunup bulunmadığı her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir husus olup, ICC Tahkim Tüzüğü'nde kabul edilmiş olan şekli denetimin doğrudan bağımsızlığı engellediği sonucuna varılmamalıdır. Zaten, New York ve Avrupa Sözleşmelerinin kabulünden sonra Yargıtay⁴⁶² da görüşünü değiştirmiş ve ICC Tüzüğü hükümlerine göre cereyan eden tahkim yargılamasında ICC'nin bir kamu kurumu olmadığı cihetle kararların kamu gücüne dayanan cebri icra yetkisini haiz bir makam tarafından denetlenmeyeceğini belirterek, baştan itibaren ICC Tahkim kurallarına tabi olmayı kabul eden tarafların daha sonra aykırılık iddiasında bulunmasını çelişkili davranma yasağına (*venira contra factum proprium*) aykırı kabul etmiştir. Buna karşılık doktrinde, hakemlerin tarafsızlığı hususunun hakimce re'sen nazara alınması gereken

⁴⁶² Yarg. 15. HD., T: 10.07.1991, E: 2383, K: 3667, Yarg. 15. HD., T: 20.06.1996, E: 2781, K: 3533; Yarg. 15. HD., T: 01.10.1992, E: 1992/1736, K: 1992/4425 (Aydoğan, s. 55, dipn. 174; Birsal/Budak, s. 189).

bir husus olduğundan bahsedilerek, bağımsızlığın zedelendiğini ileri süren tarafın çelişkili davranma yasağı ile karşılaşmaması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁶³.

Eşit davranma ilkesine hem davacı hem de davalı açısından iddia ve savunmaların ileri sürülebilmesi bakımından riayet edilmelidir. Kökenini 1215 *Magna Carta Libertatum*'dan alan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasamızda da yer alan “Adil Yargılama Hakkı”, “Silahların Eşitliği Prensibi” çerçevesinde; verilecek olan karara tarafların eşit ölçüde etki edebilmesini, taraflara iddia, savunma ve delillerini ileri sürme bakımından eşit fırsat tanınmasını ve tarafların eşit şekilde yargılamaya çağırılarak söz hakkı tanınmasını ifade eder⁴⁶⁴. New York Sözleşmesi'nde de tarafların hakem tayininden ya da hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş olması ya da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame edememiş bulunması, savunma hakkının zedelenmesi bağlamında bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. Davalıya hakemini tayin etmesi için verilen sürenin kısa olması genellikle hal ve şartlara göre tanınan sürenin savunma hakkını yerine getirmeye elverişli olması kaydıyla aykırılık olarak kabul edilmese de, tayin edilen hakemlerin adlarının taraflara söylenmemesi bir iptal sebebi teşkil edebilir niteliktedir⁴⁶⁵. Tahkimin özel bir yargılama usulü olması bakımından, tebligatın resmi bir usule –yani *lex fori*’nin tebligat usulüne ya da tebligata dair ikili ya da çok taraflı anlaşmalara- uygun olması aranmamakta; ispatı sağlanabildiği sürece davalının her türlü yolla hakemlerin sayısından ve tahkim usulünden haberdar edilmiş olması yeterli sayılmaktadır⁴⁶⁶. Öte yandan, tarafların tahkim usulüne dair kabul etmiş oldukları kurallarda tebligata dair hükümler mevcutsa, bu kurallara riayet edilmesi gerekmektedir⁴⁶⁷. Bununla birlikte, savunma hakkı zedelenmiş olan tarafa daha sonra usulünce tebligat yapılır, delillerini sunma imkanı verilir ve daha önceki usulsüzlükler telafi edilmeye çalışılır; fakat ilgili taraf buna yanaşmazsa, iptal

⁴⁶³ Aktarılan: Akıncı, Ziya; Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, s. 254-255 (Aydoğan, s. 56, dipn. 174).

⁴⁶⁴ Akıncı, Tahkim, s. 231-232; Gelgel, s. 1157; Kalpsüz, Tahkim, s. 114-115; Şit, s. 211.

⁴⁶⁵ Erdoğan, s. 117; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 326.

⁴⁶⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 324.

⁴⁶⁷ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 324-325.

sebeplerini ispat yükünü taşıyan bu tarafın iptal talebi kabul edilebilirliğini kaybedebilmektedir⁴⁶⁸.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 8/B/1 hükmünde düzenlenen ve Anglo Sakson Hukukunda “*due process*” terimi ile ifade edilen bu durum, ICC Kuralları'nın 15. maddesi ile UNCITRAL Model Kanunun 15. ve 18. maddelerinde “*Hakem Kurulu, tahkimi, taraflara eşit şekilde davranmak ve yargılamanın her aşamasında her bir tarafın iddiasını tam olarak takdim edebilmek fırsatını vermek kaydı ile uygun gördüğü bir tarzda yürütebilir. ... Taraflar eşit muameleye tabi tutulacak ve her tarafa iddia ve savunmasını tam olarak sunma fırsatı verilecektir.*” şeklinde açıklanmaktadır⁴⁶⁹.

Taraflara eşit davranılması ilkesinin ihlaline maruz kalan tarafın iki seçeneği vardır. Böyle bir durumda, ilgili taraf ya hakem kararının verilmesini bekleyecek ve süresi içinde iptal davası açacak, ya da hakemin tarafsızlığının ve bağımsızlığının şüpheyne düştüğü iddiası ile nihai kararın verilmesini beklemezsizin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/C-D hükümleri uyarınca hakemin reddi yoluna gidecektir⁴⁷⁰.

Açıklandığı üzere adil yargılanma hakkının bir görünümü olan taraflara eşit davranılması ilkesi, kaynağını Magna Carta'dan alan bir temel haktır. Bu nedenle, bazı hallerde tarafların kendi rızaları ile iddia ve savunma yapmaktan vazgeçebilecekleri kabul edilebilirse de; tahkim anlaşmasında yalnızca bir tarafın adil yargılanma hakkından feragatine dair hükümler bulunması veya taraflarca bu haklardan peşinen feragat edilmesi, adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyete uygun, doğru ve dürüst bir yargılamanın sağlanabilmesi açısından mümkün değildir⁴⁷¹. Yargıtay, savunma hakkının ihlalini, genel anlamda usul hukuku ilkelerine aykırılık teşkil etmeyen adil bir yargılama yapıp yapılmadığının araştırılması olarak yorumlamaktadır⁴⁷².

⁴⁶⁸ Erdoğan, s. 118.

⁴⁶⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 114-115; Moses, s. 195; Şit, s. 209.

⁴⁷⁰ Kalpsüz, Tahkim, s. 115-116.

⁴⁷¹ Akıncı, Tahkim, s. 231-232.

⁴⁷² Yarg. 19. HD., T: 09.11.2000, E: 2000/7171, K: 2000/7602 (Gelgel, s. 1146-1149).

Tarafların tahkim sözleşmesinde kendi iradelerini ön planda tutmaları veya tabi oldukları hukukun cevaz vermesi halinde uyuşmazlığın “hak ve nisfet”e (*ex equato et bono*) göre çözülmesini kararlaştırmış olmaları mümkündür. Bu durum, hakemlere keyfi davranma yetkisi sağlamamakta, hakemlerin eşitlik ilkesine uygun davranmamış olması bir iptal sebebi olarak kabul görmektedir⁴⁷³.

B) MAHKEME TARAFINDAN RE’SEN DİKKATE ALINACAK İPTAL SEBEPLERİ

Daha önce de açıklandığı üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A maddesi, iptal sebeplerini temel olarak iki kategoride düzenlemiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/2 hükmünde düzenlenen ve taraflarca iddia edilmese bile mahkemece re’sen nazara alınacağı bildirilen iptal sebepleri “tahkime elverişlilik” ve “kamu düzeni” ile bağlantılıdır. Her iki durum da hem iptal nedeni teşkil etmekte, hem de New York Sözleşmesi uyarınca tenfiz engeli oluşturmaktadır. Bu bakımdan, hakem kararının verildiği ülkede re’sen nazara alınacak olan bu sebepler bakımından ikinci tetkik tenfiz mercii tarafından gerçekleştirilecektir⁴⁷⁴.

Kıta Avrupası sisteminde iptal sebeplerinin usuli sebepler olduğu ve hakem hükmünün esasına yönelik inceleme yapılmayacağı yukarıda çeşitli kereler açıklanmıştı. Bununla birlikte, mahkemece re’sen nazara alınacağı kabul edilen bu iki sebep, hakem hükmünün tam anlamıyla içerik olarak denetlenmesi niteliğinde sayılmasa da, mahkeme tarafından hükmün içeriği bakımından bir inceleme yapılmasını gerektirebilecektir⁴⁷⁵.

1) Uyuşmazlığın Tahkime Elverişli Olmaması

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/2/a hükmünde düzenlenen bu iptal sebebi, hakemin veya hakem kurulunun kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmamasıdır. Hükme göre, mahkemece tahkime elverişliliğin

⁴⁷³ Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 481.

⁴⁷⁴ Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 174-175.

⁴⁷⁵ Şit, s. 113-114.

taininde tahkimin tabi kılındığı hukuk değil, Türk hukuku esas alınacaktır⁴⁷⁶. Nitekim, UNCITRAL Model Kanun'un 1. maddesinin 5. fıkrasında, tahkime elverişliliğin her devletin kendi mevzuatı uyarınca belirleneceği ifade edilmiş ve herhangi bir kriter konulmamıştır. New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde tenfiz yeri mahkemesinin *lex fori* 'ye göre hüküm konusunun tahkime elverişli olmadığını tespit etmesi re'sen gözetilecek bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, birçok iptal sebebinde olduğu gibi tahkime elverişlilik bakımından da çifte inceleme yapılacak, hem bir iptal sebebi olarak hakem kararının verildiği ülke mahkemesince hem de tenfiz incelemesi çerçevesinde tenfiz yeri mahkemesince bu husus re'sen gözetilecektir. Zaten, New York Sözleşmesi ile uyumlu olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un hakem kararlarını tenfizine dair 45. maddesinde de bu durum bir tenfiz engeli olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

Söz konusu hüküm, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 4. fıkrası ile birlikte değerlendirilmelidir. Daha önce de belirtildiği üzere⁴⁷⁷, Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrasında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamı belirtilirken, tahkime elverişlilik esas alınmaktadır. Bu nedenle, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2/a hükmünün kapsamı, 1. maddenin 4. fıkrası uyarınca belirlenecek ve "Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar" ile "iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar" tahkime elverişli sayılmayacaktır.

Taşınmazlar bakımından tahkime elverişliliğin bulunmaması iki şarta bağlanmıştır. Buna göre, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması için "Türkiye'de bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık" mevcut olmalıdır. Kanunun böyle bir düzenlemeye gitmesindeki mantığın temeli, devletin ülkesindeki taşınmazların aynını - başta mülkiyet, rehin, irtifak ve taşınmaz mükellefiyeti olmak üzere - kamu düzeninden görmesidir. Nitekim, hukukumuzda taşınmazın aynına ilişkin işlemler genellikle birçok şekil şartına bağlanmış olup, adi işlemlere nazaran ehemmiyet taşımaktadır. Kanun koyucu bu düşünceden hareketle tarafların devlet

⁴⁷⁶ Akıncı, Tahkim, s. s. 204; Kalpsüz, Tahkim, s. 119; Şit, s. 216-217.

⁴⁷⁷ bkz. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Uygulama Alanı, s. 53 vd.

yargısı yerine tahkime gidebilme serbestisini sınırlamıştır. Nitekim, ICSID Sözleşmesi'ne taraf olan ülkemiz, 25. maddeye koymuş olduğu çekince ile taşınmazların aynına ilişkin konularda sözleşmenin uygulanmayacağını belirtmiş ve hem New York hem de Avrupa Sözleşmesi ile paralellik sağlanmıştır⁴⁷⁸.

Öte yandan, hem Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hem de New York Sözleşmesi'nde tahkime elverişliliğin ve kamu düzeninin iki farklı durum olarak ele alınmış olması dikkatlerden kaçmamalıdır. Nitekim, ABD Yüksek Mahkemesi *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc.* davasında antiterörist bir uyuşmazlığın, *Sherck v. Alberto Culver Co.* davasında ise ABD hukukuna göre kambiyo kanununu ihlal eden bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmamasına rağmen, milletlerarası kamu düzeninin varlığını dikkate alarak ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçları bakımından iç hukukta mümkün görülme bile tarafların anlaşmalarına riayet edilmesi gerektiği sonucuna vararak hakem kararını geçerli saymıştır⁴⁷⁹. Yani, tahkime elverişlilik bakımından milli-milletlerarası ayrımına gidilmeli, daha esnek bir anlayışla milli tahkim sisteminde tahkime elverişli kabul edilmeyen meseleler milletlerarası tahkim bakımından tahkime elverişli sayılacak şekilde yorumlanmaya çalışılmalıdır⁴⁸⁰. Hukukumuzda da Yargıtay tarafından, somut uyuşmazlığın özelliğine göre bazı durumlarda taşınmazların aynına ilişkin meseleler tarafların iradesine tabi olan ve kamu düzenini ilgilendirmeyen tahkime elverişli uyuşmazlıklar olarak nitelendirilmiştir⁴⁸¹.

Taşınmazlar bakımından tahkime elverişliliğin bulunmaması için her iki şartın bir arada olduğu bir durum bulunmalıdır. Dolayısıyla, hükmün karşıt yorumundan (*a contrary*) Türkiye'de bulunmayan bir taşınmazın aynına ilişkin olan

⁴⁷⁸ "I also have the honour to hereby notify, pursuant to Article 25 (4) of the 'Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States' concerning classes of disputes considered suitable or unsuitable for submission to the jurisdiction of the Centre that only the disputes arising directly out of investment activities which have obtained necessary permission, in conformity with the relevant legislation of the Republic of Turkey on foreign capital, and that have effectively started shall be subject to the jurisdiction of the Center. However, the disputes, related to the property and real rights upon the real estates are totally under the jurisdiction of the Turkish courts and therefore shall not be submitted to jurisdiction of the Center." <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Mayıs 2011).

⁴⁷⁹ Erdoğan, s. 122; Şit, s. 165.

⁴⁸⁰ Şit, s. 166.

⁴⁸¹ Yarg. 15. HD., T: 31.15.1979, E: 1195, K: 1330 (Şit, s. 216, dipn, 774).

ya da olmayan uyuşmazlıklar tahkime konu olabileceği gibi, Türkiye’de bulunan ama taşınmazla ilgili nispi uyuşmazlıklar -örneğin kira sözleşmesi ile ilgili meseleler- da tahkime elverişlidir. Nitekim, kanun koyucunun hükmü düzenlemesindeki mantık da bunu öngörmektedir. Fakat Türkiye’de bulunmayan bir taşınmaza ilişkin olarak tahkime başvurulmasında, hakem kararının tenfiz yerindeki hukukun – yani taşınmazın bulunduğu yer hukukunun - taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıkları tahkime elverişli sayıp saymaması, kararın tenfizi açısından önem teşkil eder⁴⁸². Zira, taşınmazın bulunduğu ülkede tahkime elverişli sayılmayan bu uyuşmazlık için Türkiye’de verilecek kararın tenfiz edilemeyeceğinin kesin olarak belirlenmesi üzerine artık tahkim şartı da etkisiz hale gelecektir⁴⁸³.

Yargıtay, satış vaadiyle ferağa icbar suretiyle tescil işlemleri bakımından, Medeni Kanun’un 706. ve 1017. maddeleri ile 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun⁴⁸⁴ 26. ve 27. maddeleri uyarınca tapuda yapılacak mülkiyet nakillerinin ancak rızaen veya mahkeme ilamı ile olabileceğinden bahisle, bu işlemleri kamu düzeninden kabul etmiş ve tahkime gidilemeyeceğine hükmetmiş; Borçlar Kanunu’nun 27. ve 28. maddeleri uyarınca akit serbestisinin sınırsız olmadığını, ahlaki-sosyal-iktisadi-kamu düzeni gibi nedenlerle sözleşmelerin konularına bazı sınırlamalar getirildiğini ifade etmiştir⁴⁸⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun tahkime elverişli saymama bakımından kabul ettiği diğer kıstas, bir uyuşmazlığın “iki tarafın iradelerine tabi olmaması”dır. Yani ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği, serbestçe anlaşarak uyuşmazlığı halledebilecekleri ve vardıkları bu anlaşmanın devlet mahkemelerinin müdahalesi gerekmezsin geçerli olabileceği konular tahkime elverişlidir⁴⁸⁶. Bu nitelikte olmayan ceza yargısının görev alanına giren uyuşmazlıklar, Anayasa’nın 125. maddesi ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve

⁴⁸² Akıncı, Tahkim, s. 202.

⁴⁸³ Akıncı, Tahkim, s. 202, dipn. 391.

⁴⁸⁴ 22.12.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu, 29.12.1934 tarihli ve 2892 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁸⁵ Yarg. 14. HD., T: 21.05.1985, E: 471, K: 3690; Yarg. 14. HD., T: 07.10.2003, E: 6387, K: 6813; Yarg. 15. HD., T: 18.03.1986, E: 3919, K: 1044; Yarg. 15. HD., T: 23.09.2002, E: 4321, K: 4067 (Akıncı, Tahkim, s.202-203, dipn.391-392).

⁴⁸⁶ Akıncı, Tahkim, s. 204; Kalpsüz, Tahkim, s. 117; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 346; Şit, s. 216.

Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelerle dair Kanun⁴⁸⁷ uyarınca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç olmak üzere idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar, çekişmesiz yargıya konu olan uyuşmazlıklar, neseple ilgili uyuşmazlıklar, boşanma, ayrılık, evliliğin geçersizliği veya varlığı, velayet ve vesayet, evlatlık ilişkisinin kaldırılması, kişisel durumların tespiti, miras, kanuni nafaka talepleri, iflas ve itirazın kaldırılması talebi, mahcuz mala istihkak davası gibi takip hukukuna dair uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir⁴⁸⁸.

Tahkime elverişlilik bakımından getirilmiş olan bu sınırlamaların ülkelerin sosyo-ekonomik özelliklerine göre değişiklik gösterdiği ve temelde kamu düzeni kaygısı taşıdığı söylenebilir⁴⁸⁹. Örneğin, Alman, İtalyan ve Avusturya Medeni Usul Kanunlarında tahkime elverişlilik “sulh sözleşmesine konu olabilen uyuşmazlıklar”la sınırlanmışken; ülkemizde ve Fransa’da “irade serbestisinin bulunduğu konular” kriteri benimsenmiş⁴⁹⁰; İsviçre’de meselenin sulh sözleşmesine konu olabilmesine ya da irade serbestisi kapsamında olmasına bakılmaksızın malvarlığına ilişkin tüm uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmiş, İngiltere’de ise yalnızca “medeni hakların ihlalinden doğan uyuşmazlıklarda” tahkime gidilebileceği öngörülmüştür⁴⁹¹. Amerika’da, kamu düzeninin ele alınmasında olduğu gibi, milli ve milletlerarası tahkim bakımından tahkime elverişlilik farklı şekilde değerlendirilmekte, tahkime elverişli olmama durumu milletlerarası tahkim bakımından oldukça dar şekilde yorumlanarak, milli tahkimde tahkime elverişli sayılmayan bir husus milletlerarası

⁴⁸⁷ 21.01.2000 tarih ve 4501 sayılı Kanun, 22/01/2000 tarihli ve 23941 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴⁸⁸ Akıncı, Tahkim, s. 204; Birsal/Budak, s. 174; Erdoğan, s. 123; Kalpsüz, Tahkim, s. 118; Koral, Hakemlik, s. 23; Moses, s. 31; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 348-349; Şit, s. 217; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 469.

⁴⁸⁹ Erdoğan, s. 124; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 347; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, s. 496-470.

⁴⁹⁰ Ülkemizde de “ tarafların iradesine tabi uyuşmazlık”ların tespitinde, tarafların söz konusu uyuşmazlığı sona erdirmek için serbestçe anlaşma yapabilmeleri ve bu anlaşmanın mahkeme kararına gerek olmaksızın geçerli sayılabilmesi aranmaktadır (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 346-347; Şit, s. 217).

⁴⁹¹ Deren Yıldırım, s. 28-29; Ekşi, İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi, s. 371; Şit, s.217; Turhan, Turgut; İsviçre Devletler Hususi Hukuku Federal Yasa Tasarısı ve Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 4, Sayı: 1, 1984, s. 34-35.

tahkim bakımından tahkime elverişli kabul edilebilmektedir⁴⁹². Hukukumuz bakımından da bu görüş kabul görmektedir⁴⁹³.

Hukukumuzda, genellikle zayıf tarafı ya da kamu düzenini koruma düşüncesi ile kira, mülkiyet, iş akdi gibi konularda tahkime gidilmesi engellenmiş olup, cebri icra hukukunun bir parçası ya da devamı sayılan itirazın iptali ya da menfi tespit davaları, tarafların üzerinde sulh ve ibra yapabilecekleri konular olmaları nedeniyle tahkime elverişlidir⁴⁹⁴. Nitekim bu tür davalarda taraflar arasında bir borcun bulunup bulunmadığı konu edilmektedir. Yargıtay da menfi tespit davalarının tahkime elverişli olduğunu kabul etmektedir⁴⁹⁵. Ayrıca, tahkim anlaşmasının dayandığı maddi hukuk sözleşmesinden değil de kanundan doğan taleplerin devlet mahkemelerinde karara bağlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹⁶. Bu kabulün arkasında yatan temel sebep aslında kamu düzeni endişesidir⁴⁹⁷.

İş hukuku ile ilgili davaların tahkime konu olup olmayacağı ise işçi ile işveren arasındaki hassas ilişki nedeniyle tartışılmıştır. Doktrinde iş davalarının da tarafların sulh ve kabul yolu ile üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular olduğu cihetle tahkime elverişli olduğunu kabul eden görüşler mevcut olsa da, Yargıtay işçileri koruma saikiyle bu davaları tahkime elverişli saymamaktadır⁴⁹⁸. Zira, iş hukukunda işçiyi koruma ilkesi bir yorum tipi olarak dahi benimsenmiştir. İşçi ve işverenin sözleşmenin akdi esnasında eşit güce sahip olmaması nazara alınarak işverenin işçiye tamamen işverenin lehine bir tahkim anlaşmasını kabul ettirmesi oldukça muhtemeldir. Nitekim, işçi arzının fazlalığı dikkate alındığında işçinin işverenle pazarlık gücünün bulunmadığı bir gerçektir. Bu koşullar iş sözleşmesini alelade sözleşmelerden ayırmakta ve tarafların eşit güçteki iradeleri ile mutabakata varıldığı söylenememektedir. Dolayısıyla, işverenin hakemin kim olacağı da dahil olmak üzere birçok konuda işçiye üstünlük sağlaması ve hatta yabancı

⁴⁹² Şit, s. 116.

⁴⁹³ Akıncı, Tenfiz, s. 173; Şit, s. 166.

⁴⁹⁴ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 238; Erdem, International Arbitration, s. 407.

⁴⁹⁵ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 238, dipn. 237ff.

⁴⁹⁶ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 237, dipn. 237ff.

⁴⁹⁷ Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 87

⁴⁹⁸ Yarg. 9. HD., T: 14.09.1964, E: 4938, K: 5429; Yarg. 4. HD., T: 21.05.1959, E: 3889, K: 3965 (Akıncı, Tahkim, s. 205).

unsurlu olmasa da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca tahkimi Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi tutarak işçinin karara karşı başvurabileceği tek kanun yolunu iptal davası ile sınırlayabilmesi ihtimaline binaen iş uyuşmazlıkları tahkime konu olamayacaktır⁴⁹⁹. Bununla birlikte, toplu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardaki tahkim şartı geçerli olup, yalnızca işvereni ve işçi sendikasını bağlayacak; işçinin devlet mahkemelerinde dava açma hakkına hanel getirmeyecektir⁵⁰⁰. Nitekim, 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesine göre iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile işe iade davası açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık özel hakeme götürülür. Yargıtay bu hükme dayanarak, iş sözleşmesinin feshi ile ilgili olarak tahkime başvurulması halinde hakemlerin yetkisinin sadece İş Kanunu'nun 20. maddesi ile sınırlı olduğunu kabul ederek, ücretli izin ve sözleşmeden kaynaklanan ücret alacağı gibi konularda hakemin yetkisinin bulunmadığını tespit etmiştir⁵⁰¹. Tahkim şartı bulunan bir iş sözleşmesi ile ilgili olarak işçi tarafından tahkimde dava açılması halinde ise artık tahkime gidilebileceği kabul edilecektir.

Benzer şekilde, taraflar arasındaki bir sözleşmede tahkim şartı içeren muayyen şartlara atıfta bulunulması, sözleşmeyi önceden hazırlayan ve taraflar bakımından güçlü konumda bulunan tarafın diğer tarafı istismar etmesi anlamına gelebilir ve bu nedenle tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 28. ve 29. maddeleri çerçevesinde ve kamu düzeni endişesi ile geçersiz sayılabilir⁵⁰². Yargıtay da bir kararında⁵⁰³ bu duruma işaret ederek, salça fabrikası ile domates üreticileri arasında akdedilen tahkim şartının, bir tarafın diğer taraf üzerindeki ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak diğer tarafa sözleşmedeki eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi ya da taraflardan birine hakemlerin yarısından fazlasını veya tamamını seçme imkanı vermesi nedeniyle Borçlar Kanunu'nun 28. maddesi bağlamında mutlak butlanla geçersiz sayılacağına karar vermiştir.

⁴⁹⁹ Akıncı, Tahkim, s. 205-206; Kalpsüz, Tahkim, s. 118.

⁵⁰⁰ Kalpsüz, Tahkim, s. 118.

⁵⁰¹ Yarg. 9. HD., T: 22.03.2004, E: 5846, K: 5621 (Akıncı, Tahkim, s. 206).

⁵⁰² Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 306-307; Şit, s. 170, dipn. 616.

⁵⁰³ Yarg. 13. HD., T: 25.04.1991, E: 1990/8778, K: 991/4492 (Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 307, dipn. 260).

Uyuşmazlığın tahkime elverişli olması için ayrıca, eşyanın tabiatı gereği, devlet mahkemelerinde çözümlenebilen bir uyuşmazlık bulunmalı; bir şirketin yönetim kurulu gibi özel bir organ tarafından halledilebilecek meseleler bakımından tahkime başvurulmamalıdır⁵⁰⁴.

2) Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırı Olması

Bilindiği üzere iç hukukta kabul gören kamu düzeni kavramı ile milletlerarası hukuk bakımından algılanan kamu düzeni kavramı farklılık arz etmektedir. Kamu düzeni, niteliği gereği zamana ve mekana göre değişken olan ve içeriği net olarak belirlenemeyen bir kavram olduğundan, tam bir tanımı da verilememektedir⁵⁰⁵. Genel olarak takdiri ve izafi olduğu söylenebilecek olan bu kavram, her olay için ayrı ayrı değerlendirilecek (*case by case*) olup; karar anında egemen olan anlayışı yansıtması bakımından günceldir⁵⁰⁶. Bu anlayışın değişkenliği karşısında vakıanın oluşumu anındaki değil, konu ile ilgili karar alındığı andaki “kamu düzenine aykırılık” gözetilmelidir⁵⁰⁷.

Kamu düzeni mekana göre de değişebilen bir kavramdır. Yani kararın verileceği ülkenin sosyolojik yapısı da “kamu düzeni” kavramının içinin doldurulması bakımından esaslı bir etkidir. Milletlerarası hukuk bazında bu bakımdan verilen en temel örnek, çok eşliliğin yaygın olduğu toplumlarda bir kişinin birden fazla kişiyle nikahlanmasının kabul edilebilir görülmesi karşısında aynı durumun resmi nikahın yalnızca tek eş ile yapılabildiği ülkelerde kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmesidir. Bu nedenle –özellikle tahkimdeki iptal davası

⁵⁰⁴ Deren Yıldırım, s. 35.

⁵⁰⁵ Akıncı, Tahkim, s. 209; Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 26; Demir Gökyayla, Cemile; Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, 2001, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, s. 24; Kalpsüz, Tahkim, s. 120; Şit, s. 167; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s.476; Şit, s. 167.

⁵⁰⁶ Akıncı, Tahkim, s. 207-208; Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 26; Gökyayla, s. 29; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 349; Şit, s. 156-157, 218; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 98.

⁵⁰⁷ Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 26; Gökyayla, s. 29; Ökçün, A. Gündüz; Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1967, Sevinç Matbaası, s. 128; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s. 480.

müessesesi bakımından- ülkemizde kabul gören kamu düzeni anlayışı esas alınacak, yabancı ülkenin kamu düzeni anlayışı ile ilgilenilmeyecektir⁵⁰⁸.

Nitekim, mehzaz UNCITRAL Model Kanun'un 34/2/i hükmünün ve kamu düzeninin re'sen gözetilecek bir iptal sebebi olmasının sonucu olarak, Türkiye'de bir yabancı hakem kararının Türk Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından iptali ancak Türk kamu düzenine aykırılık bulunması halinde mümkün olabilecektir⁵⁰⁹. Zira, mehzaz UNCITRAL Model Kanun'un 34/2/i maddesi, hakem hükmünün "bu devletin" kamu düzenine aykırı olmasını kamu düzenine aykırılık bakımından esas almaktadır⁵¹⁰. Benzer şekilde New York Sözleşmesi'nde de kamu düzenine aykırılık, tenfiz yeri hukukuna göre değerlendirilmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2/b maddesi, tanıma ve tenfiz şartlarına ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 38/c maddesine paralel şekilde, "kararın kamu düzenine aykırılığı"nı bir iptal sebebi olarak kabul etmektedir. Bunun anlamı, hakem kararının meydana getirdiği sonuçların Türk kamu düzenine aykırılığının iptal sebebi olması ve fakat kararın ortaya çıkmasında esasa uygulanan hukukun kendisinin Türk kamu düzenine aykırılığının önem taşımamasıdır⁵¹¹.

Kamu düzeninin bu değişken niteliği, kavramın doğal olarak hakimın takdir yetkisini kullanması ile somutlaşması sonucunu doğuracaktır. Hakimın sahip olduğu bu geniş takdir yetkisi kamu düzeninin müdahale alanını genişletebileceği gibi, kamu düzeninin bertaraf edilmesinde de kullanılabilecektir⁵¹². Bu nedenle, doktrinde, hakimın kamu düzenine aykırılığın açık olmasını araması gerektiği kabul edilmektedir⁵¹³. Ayrıca, yalnızca "soyut" bir kamu düzeninin ihlali riski bu yönde hüküm kurulması için yeterli kabul edilmemekte, "somut" olay ve belirtilerin varlığı

⁵⁰⁸ Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 68; Gökyayla, s. 30.

⁵⁰⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 119; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s. 479.

⁵¹⁰ UNCITRAL Model Law Art. 34/2/I: "the court finds that the recognition or enforcement of the award would be in contrary to the public policy of this State".

⁵¹¹ Gökyayla, s. 126.

⁵¹² Gökyayla, s. 134-135.

⁵¹³ Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 65-66; Gökyayla, s. 135; Kalpsüz, Tahkim, s. 121; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s. 477.

aranmaktadır⁵¹⁴. Örneğin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁵¹⁵, sözleşmedeki “tahkim heyetini seçme hakkı iddia sahibine aittir” kaydını kamu düzenine aykırı kabul etmemiş, somut olayda hakemi seçme hakkının “iddia eden” sıfatı ile iki tarafa da ait olabileceğinden bahisle kamu düzenine aykırılığın her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ve hakemlerin “somut” şekilde bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyen bir durumun bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Alman hukukunda da kamu düzenine “somut” bir aykırılık aranmakta ve olay itibarıyla temel hukuk ilkelerinin zedelenmiş olup olmadığı gözetilmektedir. Alman Eyalet Yüksek Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi’nin kararlarında⁵¹⁶, taraflardan birinin hakem tayininden kaçınması üzerine diğer hakemin tahkim kurumu tarafından tayin edilmesi ya da yalnızca hakem tayin eden tarafın tayin ettiği hakemin tahkim yargılamasını sürdürmesi çerçevesinde hakemini tayin etmeyen tarafça yapılan kamu düzeni itirazı, mahkemelerce *“taraflardan birinin soyut üstünlüğünün yargılamayı etkilemediği ve hakemin taraf tutması sonucunu doğurmadığı sürece kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceği”* gerekçesiyle kabul edilmemiştir.

Her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/A/2 hükmünde, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un “Kamu Düzenine Aykırılık” başlıklı 5. maddesi ile “Tenfiz Şartları” başlıklı 38/C maddesinden farklı olarak, kamu düzenine “açıkça aykırılık”tan bahsedilmemekte ise de, milletlerarası hukuk bakımından kamu düzeni kavramının yorumu ile tahkimde taraf iradelerinin ön planda olması ilkeleri nazara alındığında Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesi bakımından da kamu düzenine “açıkça” aykırılık kriterinin geçerli olacağı sonucuna varılabilecektir. Nitekim, Türk hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun ayrıca düzenlenmesiyle, bu müessesenin iç hukuktakinden daha esnek, liberal ve milletlerarası ticaretin gereklerine uygun bir düzenlemeye kavuşturulması amaçlanmaktadır⁵¹⁷. Bunun için de milletlerarası uygulama bakımından “kamu

⁵¹⁴ Gelgel, s. 1156, Şit, s. 219.

⁵¹⁵ Yarg. HGK. T: 09.06.1999, E: 1999/19-468, K: 1999/489 (Birsel, Tenfiz, s. 35-36; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 177-180; Gelgel, s. 1154-1156; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 306, dipn. 258-259; Şit, s. 172).

⁵¹⁶ Judgement of 11 Jan. 1978, Landgericht Zweibrücken, West Germany (Şit, s. 171-172).

⁵¹⁷ Erdoğan, s. 125; Hannesian, Grant; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 80, 82; Kalpsüz, Tahkim, s. 12; Ökçün, s. 128-131; Şit, s. 173, 217-218.

düzeni” kavramı geniş yorumlanmamalı, iç hukukun tahkim kararına olan müdahalesi asgari düzeyde tutulmaya çalışılmalı ve “kamu düzenine açık aykırılık” kavramının çeşitli hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların ötesinde bir kavram olduğu göz ardı edilmemelidir⁵¹⁸. Yargıtay’ın kamu düzeni kavramını oldukça geniş biçimde yorumlaması sebebiyle doktrinde eleştirilen hükmünde⁵¹⁹, bir Türk ve Amerikan şirketinin oluşturduğu joint ventureda, mevzuatımızda yerli şirketlere sağlanmış olan teşvikler ortaklık oranında paylaşılmaktadır. Türk şirket daha sonra bu teşviklerden yalnızca yerli bir şirketin yararlanmasının mümkün olduğundan bahisle teşvikleri paylaşmayı bırakmış ve geçmişte Amerikalı şirketin yararlanmış olduğu teşviklerin de kendisine iade edilmesi talebinde bulunmuştur. Amerikalı şirket, ortaklık anlaşmasının ihlal edildiği iddiasıyla ICC Tahkimine başvurmuş; tahkim mahkemesi ise teşvik belgesinin devrinin söz konusu olmadığını ve sağlanan menfaatin bir özel hukuk sözleşmesi ile paylaşıldığını tespit ederek, yabancı şirketi haklı bulmuştur. Oysa, Yargıtay Türkiye’de kendisine uyulmaması cezai müeyyideye bağlanmış olan emredici kamu hukuku kuralları çiğnenerek verilmiş hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiş, Türk yetkili makamlarınca bir Türk şirketine verilen ihracatı teşvik belgesinin ve bu belgenin sağladığı mali ve ekonomik menfaatlerin, hukuken yasaklanmış olmasına rağmen, yabancılara ya da yabancılardan ortak olduğu şirketlere tanınmasının Türk yasalarına alenen aykırı olduğunu belirterek kamu düzenine aykırılık bulunduğuna karar vermiştir.

Milletlerarası hukuktaki ve iç hukuktaki “kamu düzenine aykırılık” kavramı birbirinden farklıdır. İç hukukta kamu düzeni (*ordre public interne*), irade serbestisinin sınırını çizmekte ve hem kamu hukuku hem de özel hukuk karakterli kurallar bağlamında emredici kurallara aykırılık halinde ortaya çıkmaktadır⁵²⁰. Bununla birlikte, kamu düzeni emredici hükümlerle sınırlı olmadığı gibi, her

⁵¹⁸ Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 19-20; Erdoğan, s. 125; Kalpsüz, Tahkim, s. 121; Koral, Rabi; Türk Devletler Hususi Hukukunda Hakemlik, İstanbul, 1956, İsmail Akgün Matbaası, s. 21 (Hakemlik); Şit, s. 167-169; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s. 477-479.

⁵¹⁹ Yarg. 13. HD. T: 05.02.1998, E: 1997/9703, K: 1998/978 sayılı kararı (Birsal, Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri, s. 522; Kalpsüz, Tahkim, s. 120-121; Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 405-406).

⁵²⁰ Akıncı, Tahkim, s. 207-208; Birsal, Tenfiz, s. 6, dipn. 6; Erdoğan, s. 126; Gökyayla, s. 36; Ökçün, s. 127, Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 95.

emredici kural da kamu düzeninden değildir⁵²¹. Hukukumuzda kamu düzeninden kabul edilen ve kesin yetkili mahkemelerin alanına giren uyuşmazlıkların tahkim sözleşmesine konu olabileceği, bir konu hakkında yetki sözleşmesi yapılamamasının doğrudan o konu için tahkime gidilemeyeceği anlamına gelmediği kabul edilmektedir⁵²². Devletler özel hukuku bakımından ise kamu düzeni (*ordre public international*) daha sınırlı ve istisnai nitelikte bir hüküm (*clause d'exception*) olup, yabancı hukukun salt *lex fori*'ye aykırı olmasını ifade etmemekte; aksine, yabancı hukukun uygulanmasının doğurduğu somut sonuçların Türk kamu düzenini ihlal etmiş olmasını gerektirmekte; milli hukuktaki emredici hükme aykırılığın milletlerarası kamu düzenini zedelemiş olması için bu aykırılığın *lex fori*'nin temel felsefesi ve hakkaniyet anlayışı bakımından tahammül edilmez olması aranmaktadır⁵²³. Bu nedenle, *lex fori*'nin emredici bir kuralına uygun olmayan her hakem kararı milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzenine aykırı kabul edilmeyecek, kararın somut sonuçlarının ortaya çıkaracağı etkiler nazara alınacaktır. Fransa'daki *Office National Interprofessionel des Cereales / San Carlo* davasında⁵²⁴, bir Fransız kamu kuruluşu olan Office Interprofessionel des Cereales (ONIC), deniz yoluyla Etiyopya'dan Marsilya'ya mal taşınması sırasında oluşan hasarlar için Fransız mahkemelerinde dava açmıştır. Davalı ise, ONIC ile aralarındaki konişmentoda yer alan tahkim kaydına dayanarak yetki itirazında bulunmuştur. Yerel mahkeme, Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 83. ve 1004. maddelerinde bir kamu kuruluşunun tahkime gitmesinin yasaklanmış olduğu cihetle yetki itirazını reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru Fransız İstinaf Mahkemesi tahkim şartını hiçbir hukuka tabi tutmayarak, 83. ve 1004. maddelerin yalnızca iç hukuk bakımından kamu düzeninden olduğunu, hükümlerin esasen Fransız kamu kuruluşlarını Fransız mahkemeleri nezdinde özel bir korumadan yararlandırma amaçlı olduğunu, bu hükümlerin milletlerarası nitelikteki akitler için uygulanmasının yerinde olmadığını ve milletlerarası ticaretin adetlerine uygun olan bir ihtilaf çözüm yolunu reddetmenin devletin milletlerarası pazarlara girebilmesi bakımından çıkarlarına aykırı olacağını kabul etmiştir⁵²⁵. Yargıtay da bu kararı, 83. ve 1004.

⁵²¹ Kalpsüz, Tahkim, s. 120; Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 95.

⁵²² Deren Yıldırım, s. 30.

⁵²³ Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 26-27, 74-75; Erdoğan, s. 126; Gökyayla, s. 36.

⁵²⁴ Sayman, s. 27-28.

⁵²⁵ Sayman, s. 27-28.

maddelerin milletlerarası kamu düzenine ilişkin olmadığı ve olay bakımından bir ehliyet sorununun da bulunmadığı gerekçesiyle onamış; fakat İstinaf Mahkemesinden farklı olarak bu sorunu akit kanununa dayandırarak çözümlenmiştir⁵²⁶. Yine *Agent Judiciaire du Tresor Public / Galakis Davasında*⁵²⁷ da Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından aynı hususlar vurgulanmıştır.

Amerikan hukuku bakımından ise, *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Generale de L'Industrie du Papier* davasında kabul gören “kamu düzeninin milli menfaatler doğrultusunda değerlendirilmemesi gerektiği” esası benimsenerek, ancak devletin en temel ahlak ve adalet esaslarını (*forum State's most basic notions of morality and justice*) zedeleyen kararlar kamu düzenine aykırı görülmüştür⁵²⁸.

Tüm bu özellikleri sebebiyle bir tanımının verilmesinde sakınca bulunan kamu düzeni kavramı, “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını, milli hukuk düzeninin dayandığı temel prensipleri, adaletin temel amaçlarını, doğruluk, eşitlik ve Türk ahlak ve adap anlayışını koruyan kurallar bütünü” olarak “hiçbir ekonomik çıkarın kaybını haklı gösteremeyeceği dokunulmaz değerler” şeklinde kısaca tanımlanabilir⁵²⁹. Bu bağlamda, belirli bir ülke veya ülke topluluğunda hakim olan ekonomik-sosyal-siyasal sistemin temel kural ve müesseseleri ile temel haklarla ilgili hükümler ve Anayasa’nın tüm ilkeleri kamu düzeninden kabul edilmektedir⁵³⁰.

Bir iptal nedeni olarak kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığının denetlenmesi, hakem kararının kurallara riayet edilerek verilip verilmediğinin incelenmesinden farklı bir kavramdır. Taraf iradelerinin ön planda olduğu tahkimde kamu düzeni müdahalesi mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır. Hatta, New York Sözleşmesi’nin milletlerarası tahkim kararlarının tenfizini kolaylaştırma amacı ön

⁵²⁶ Sayman, s. 28.

⁵²⁷ Romero, s. 121; Sayman, s. 28-31.

⁵²⁸ Alman hukukunda da buna paralel olarak, tahkim prosedürünün hukuki ve ekonomik yaşamın temellerini etkileyen ciddi bir sakatlıkla malul olması kamu düzenine aykırılık olarak kabul görmektedir (Şit, s. 168; Erdoğan, s. 120).

⁵²⁹ Akıncı, Tahkim, s. 208; Erdoğan, s. 120, 126; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 176; Gökyayla, s. 26; Kalpsüz, Tahkim, s. 120; Karan Hakan, s. 217; Moses, s. 196; Ökçün, s. 128-129; Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 349; Şit, s. 167-169, 219; Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s. 476; Taşkın, s. 124.

⁵³⁰ Akıncı, Tahkim, s. 209.

planda tutularak, milletlerarası tahkim bakımından kamu düzeninin, “milletlerarası kamu düzeni”nden dahi dar şekilde yorumlanması ve son çare olarak (*ultima ratio*) başvurulması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁵³¹. Kamu düzeninin müdahale alanı, tahkim yeri ülkesi ile uyumsuzluk arasındaki ilişkinin yoğunluğuyla doğru orantılı olup; bu ilişki sıkıysa, kamu düzeninin müdahalesi de daha geniş olacaktır⁵³². Yani, hakem kararının ülkemizle olan ilişkisi değerlendirilmeli, bir iptal sebebi olarak kamu düzeni de bu ilişki oranında karara müdahale etmelidir. İlgili devletin kamu düzeni ile hakem kararı arasında yeterli bir bağ arayan söz konusu kurama Alman ve İsviçre içtihadı, “*Binnenbeziehung*” adını vermekte, Fransız hukukunda ise bu duruma kamu düzeninin “*hafifletilmiş sonucu (effect atténué)*” denilmektedir⁵³³. Bu çerçevede, ABD Mahkemelerince verilen *Parsons & Whittmore Overseas Cko v. Societe Generale de L’Industrie du Pappier* davası ile *Scherck v. ALBERTO Culver Co.* davasından bahsedilebilir⁵³⁴. İlk kararda, kamu düzeni kavramının dar yorumlanmasının önemine dikkat çekilerek, kavramın geniş yorumlanması durumunda ABD’de verilen tahkim kararlarının “karşılıklılık” ilkesi bağlamında tenfizinin zorlaşacağı belirtilmiştir⁵³⁵. Diğer kararda ise, ABD’nin menkul kıymet değişimi yasasını ihlal eden tahkim şartı ele alınmış ve taraflar arasındaki sözleşmenin milletlerarası karakterde olması nedeniyle bu sözleşmenin milli nitelikteki sözleşmelerle eşdeğer tutulmayacağı, ABD hukukuna tam bir uygunluk aranmasının milletlerarası ticareti engelleyeceği kabul edilmiştir⁵³⁶.

Kamu düzenine aykırılık, maddi kamu düzeni olarak “esasa” ve şekli kamu düzeni olarak “usule” ilişkin kamu düzeni şeklinde iki grupta ele alınabilir⁵³⁷. Usule ilişkin kamu düzeni, kararın esasına uygulanan hukukla ilgilenmeksizin, kararın verilmesi esnasında taraflardan birinin ya da her ikisinin usule ilişkin temel haklarının (*procedural fairness*) ihlal edilmesi ve iptal davası açılan ülke hukukundaki usuli temel değerlerin zedelenmesi anlamını taşır⁵³⁸. Hukukumuz

⁵³¹ Şit, s. 167, 218.

⁵³² Akıncı, Tahkim, s. 211.

⁵³³ Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 78.

⁵³⁴ Erdoğan, s. 134-135.

⁵³⁵ Erdoğan, s. 134.

⁵³⁶ Erdoğan, s. 135.

⁵³⁷ Akıncı, Tahkim, s. 211; Gökyayla, s. 140-142; Şit, s. 219.

⁵³⁸ Gökyayla, s. 141; Şit, s. 171, 219.

bakımından yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinde⁵³⁹ sınırlı şekilde sayılmış (*numerus clausus*) olan haller, usuli kamu düzenine aykırılık halleri olarak kabul edilebilir ve hakem kararlarının iptali sonucunu doğurabilir⁵⁴⁰. Fakat böyle bir durumda 375. maddedeki sebeplerden birinin ileri sürülmesi, bir yargılamanın yenilenmesi süreci başlatmayacak; bu sebepler, hakem kararının Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi çerçevesinde iptal edilebilirliği kapsamında değerlendirilecektir. Kıta Avrupası sisteminden farklı olarak Common Law sisteminde usul hukuku çok daha esnek ve geniş olduğundan, usuli kamu düzenine aykırılık bu sistemin uygulandığı yerlerde daha az gündeme gelmektedir⁵⁴¹.

İlgililerin hakemlerin nezdine usulüne uygun olarak çıkması ve temsil edilebilmesi, savunma hakkı kavramı bağlamında, birçok hukuk sisteminde olduğu gibi hukukumuz bakımından da kamu düzeninden kabul edilmektedir⁵⁴². Savunma hakkı tanımadan verilen hakem kararlarının Türk toplumunun adalet hissini ve kamu vicdanını rencide edici nitelikte olduğu kabul edilmekte ve “tabii adalet kuralı” olarak nitelendirilen savunma hakkının zedelenmesi hem hakem kararının tanınması ve tenfizini engelleyici rol oynamakta hem de bir iptal sebebi oluşturmaktadır⁵⁴³.

Belirtilmelidir ki, hukukumuzda yalnızca bazı delil türleriyle ispat edilebilen hususların yabancı bir hukuk uyarınca başka tür delillerle ispatlanması, savunma hakkına aykırı hareket edilmesi sonucu kamu düzeninin zedelendiği anlamına gelmeyecektir⁵⁴⁴. Kamu düzenine aykırılık düzeyinde bir durumun söz konusu olması için, hakem kararına dayanak oluşturan delil çeşitlerinin Türk Hukukunda delil dahi kabul edilmeyecek nitelikte (örneğin; davacının iddialarını yeminle teyit etmesi ve hükmün buna dayanılarak kurulması, davacının beyanlarının tanık ifadesi

⁵³⁹ Söz konusu hüküm, 18.06.1927 tarihli ve 1060 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesinde yer almaktaydı.

⁵⁴⁰ Akıncı, Tahkim, s. 212; Gökyayla, s. 130.

⁵⁴¹ Erdoğan, s. 129.

⁵⁴² Ökçün, s. 126.

⁵⁴³ Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 176; Ökçün, s. 127.

⁵⁴⁴ Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 106.

olarak esas alınması, tanıkla ispatın tanık tarafından imzalanmış bir belgenin hakeme sunumu ile gerçekleştirilmesi... gibi) olması gerekmektedir⁵⁴⁵.

Usule ilişkin kamu düzeni bakımından avukatla temsile cevaz vermeyen tahkim kurallarının kabul edilmesi durumu tartışmalıdır. Bu durumda bir yandan, tahkim sözleşmesi yapılırken tarafların söz konusu tahkim kuralından haberdar olduğu ve ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*) uyarınca itirazda bulunamaması gerektiği düşünülürken, diğer yandan standart tahkim kurallarına atıf yapılması halinde tahkim sözleşmesinin tarafı olan kişilerin bu kuralların içeriğini tam olarak bilemediği ve tahkim yargılamasının yapılacağı dili ve kuralları bilmeyen kişilerin savunma haklarının zedelendiği söylenebilir⁵⁴⁶. Bu nedenle söz konusu durum her olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmeli ve böyle bir durumun usuli kamu düzenine aykırılık düzeyinde tarafın ya da tarafların savunma hakkını zedelemiş olup olmadığı müstakilen değerlendirilmelidir⁵⁴⁷.

Usule ilişkin kamu düzeni de temel manevi değerleri ve ahlaki prensipleri koruduğundan, kararın esası ile ilgilenilmeksizin tek başına iptal sebebi teşkil edebileceği gibi, esasa ilişkin kamu düzenine aykırılık halleri ile bir arada bulunması da mümkündür⁵⁴⁸.

Malumları olduğu üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinde sayılan iptal sebepleri genel olarak şekli-usuli sebeplerdir. Bu durumda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2 hükmündeki kamu düzeninin bir çeşidi olan usuli kamu düzeni kavramı ile diğer iptal sebepleri arasındaki bağlantı nasıl olacaktır? Şüphesiz ki 15. maddede sayılan iptal sebepleri söz konusu olduğunda 15. maddenin ilgili bentlerine dayanılacak, 15. maddede sayılanların dışında ve kamu düzenine aykırılık ölçüsüne varan usuli aykırılıklar mevcut olduğunda ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/2 hükmü gündeme gelecektir⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ Tanrıver, Kamu Düzeni, s. 106.

⁵⁴⁶ Akıncı, Tahkim, s. 212-213.

⁵⁴⁷ Akıncı, Tahkim, s. 213.

⁵⁴⁸ Gökyayla, s. 141-142.

⁵⁴⁹ Kalpsüz, Tahkim, s. 120; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 176.

Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı devlet mahkemeleri yerine hakemlere götürmek üzere vardıkları mutabakat sonucu hakemlerce bağlayıcı ve nihai bir karara varılması sürecidir. Dolayısıyla, tahkim devlet yargılamasına nazaran ikame bir sistemdir⁵⁵⁰. Bu nedenle hakemler de mahkemeler kadar sıkı olmasa da, ülkede ve dünyada geçerli olan temel hukuk, ahlak ve adalet ilkelerine, milletlerarası hukuka ve milletlerarası ticaretin gereklerine uygun olarak hareket etmek durumundadır⁵⁵¹. Burada esas olan, iç hukuktaki değil, milletlerarası hukuktaki kamu düzeni anlayışıdır.

Milletlerarası Tahkim bakımından esasa ilişkin kamu düzenine aykırılık halleri oldukça sınırlı olarak ele alınmaktadır⁵⁵². Esasa ilişkin kamu düzeni araştırılırken, seçilen hukukun başlı başına Türk kamu düzenine aykırılığı değerlendirilmemektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere, kararın sonuçlarının Türk kamu düzeni bakımından söz konusu etkisi dikkate alınmaktadır. Bu bakımdan, özellikle esasa uygulanacak hukukun tarafların iradesiyle seçilip seçilmediği ve kararın somut sonuçları kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde esas alınmalıdır⁵⁵³. Örneğin, hukukumuzdaki “zenginleşme yasağı” prensibine aykırı olan fakat Common Law sisteminde kabul gören caydırıcı ve cezai tazminatlar (*punative damages*) ile ibret tazminatına (*exemplary damages*) ilişkin hakem kararları bakımından öncelikle uyuşmazlığın ülkemizle olan bağlantısı ve ortaya çıkardığı somut sonuçlar ele alınmalıdır⁵⁵⁴. Common Law sistemine dahil olan ülkelerde verilebilecek olan bu kararlar, New York Sözleşmesi’nin V. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “kamu düzeni” kapsamında Civil Law sistemini benimsemiş ülkelerde tenfiz edilemeyecektir⁵⁵⁵.

Her ne kadar tahkim yargılamasını sürdüren hakemlerin resmi bir sıfatlarının bulunmadığı, birçok ülkenin hukuk sistemi ile irtibatlı oldukları, farklı vatandaşlıktan

⁵⁵⁰ Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s. 482.

⁵⁵¹ Tanrıver, Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni, s. 478.

⁵⁵² Akıncı, Tahkim, s. 211.

⁵⁵³ Akıncı, Tahkim, s. 211, 212.

⁵⁵⁴ Akıncı, Tahkim, s. 211; Dayınlarlı, Kamu Düzeni, s. 73, 78; Özsunay, Tahkim, s. 17. Örneğin, Amerikan hukukunun uygulandığı *Laminoirs, etc. v. Southwire Co.* davasında hükmedilmiş olan faiz oranı Fransız mahkemesi tarafından cezai nitelikte görülmüş ve tenfiz talebi kamu düzenine aykırılık bağlamında reddedilmiştir (Şit, s. 170, dipn. 618).

⁵⁵⁵ Özsunay, Tahkim, s. 17.

kişiler oldukları ve bu nedenle bir *lex fori*lerinin bulunmadığı söylenebilirse de, milletlerarası hukukta ve milletlerarası ticarete genel kabul gören tabii hukuk ilkelerinin (*lex mercatoria*) ve *jus cogens*in karar verilirken gözetilmesi gerekmektedir⁵⁵⁶. Farklı şekilde niteleniyor görünmesine rağmen hakem kararının kumar veya rüşvet alacağına dayanması, ithali veya ihracı yasak bir malın teslimi gibi Türk kanunlarına göre yerine getirilmesi yasak bir edimi içermesi, uyuşturucu ve beyaz kadın ticareti, esir ticareti, kölelik, korsanlık, terörizm, soykırım, din, ırk ve cinsiyet ayrımcılığı yapmak ve bu amaçların tahakkukuna yönelik akitler gibi genel ahlaka mugayir sözleşmelerden kaynaklanan edimlere ilişkin olması, yolsuzluk, hile ve yargılama sürecinde bütünlük olmaması halinde kamu düzenine aykırılık bulunmakla birlikte, içerik ve hüküm fıkrasından anlaşılamayan ve yalnızca soyut iddia olarak kalan durumlar kamu düzenine aykırılığın dar yorumlanması çerçevesinde dikkate alınmamalıdır⁵⁵⁷.

Tarafların savunma haklarının esaslı bir biçimde ihlal edilmesi, kararda yargılamanın yeniden yapılması sebeplerinden birinin mevcut olması, Türk usul hükümlerine ilişkin temel ilkelere aykırılık bulunması, hakemin tarafsız ve bağımsız olmaması gibi usuli kamu düzenine aykırılık hallerinde, hakem kararının hukuki sonuçları değil; bizzat kendisi ve varlığı Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir⁵⁵⁸.

Hakem kararı verildikten sonra tanıma ve tenfiz sonucu mahkeme kararı gibi icra edilebilir nitelik kazanacaktır. Bu nedenle, hakem kararının kesinleşmiş bir Türk mahkemesi kararı ile bağdaşmayan hükümler içermesi halinde, birbirine aykırı ve icra edilebilir iki hükmün varlığı hukuki güvenlik ile toplumsal barış ve istikrarı zedeleyecek ve kamu düzenine aykırılık söz konusu olacaktır⁵⁵⁹. Yine, taraflarca belirli bir uyuşmazlığın hakemler ve hakimler arasında kısım kısım paylaştırılarak

⁵⁵⁶ Erdem, *Lex Mercatoria*, s. 369-371; Erdoğan, s. 127; Şanlı, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 350.

⁵⁵⁷ Koral, *Hakemlik*, s. 24; Moses, s. 196; Erdoğan, s. 127, dipn. 415 (Aktarılan: Şanlı); Şanlı, *Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 351; Şit, s. 170; Tanrıver, *Kamu Düzeni*, s. 98.

⁵⁵⁸ Gökyayla, s. 130-131, Tanrıver, *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni*, s. 480-488.

⁵⁵⁹ Erdoğan, s. 132; Tanrıver, *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni*, s. 481.

yargılamanın bölünmesine dair karar almaları mümkün değildir⁵⁶⁰. Tahkim anlaşmasında taraflara iptal ya da tenfiz dışında hakem kararının denetimi için imkan tanınması da aynı nedenle mümkün değildir⁵⁶¹. Böyle bir durumda, tarafların tahkime başvurmayı değil, uyuşmazlığın belli bir makam tarafından sulh yoluyla çözülmesini istedikleri kabul edilecektir⁵⁶².

V. İPTAL DAVASININ HAKEM KARARININ İCRASINA ETKİSİ

Milletlerarası andlaşmalar ve Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca hakem kararları nihai olup, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesi uyarınca bu kararlara karşı yalnızca iptal davası açılabilmektedir. Hakem kararlarının -mahkeme kararlarında olduğu gibi- tenfizden önce haiz olduğu kesin hüküm etkisi, milletlerarası uygulamada iptal davasının açılmasına karşın ortadan kalkmamakta, mahkeme kararlarında olduğu gibi kanun yoluna başvuru yollarının tüketilmesi gerekmemektedir⁵⁶³. New York Sözleşmesi’nin 5/1-e maddesi uyarınca kararın tenfiz edilmemesi için iptal davasının açılması yeterli olmayıp, kararın verildiği ya da tahkimin tabi kılındığı ülke mahkemesi tarafından hükmün “iptal edilmiş” veya “icrailiğinin geri bırakılmış” olması gerekmektedir. Oysa, Milletlerarası Tahkim Kanunu bundan farklı bir yol benimsemiş, 15/a hükmünde iptal davası açılmasının hakem kararlarının icrailiğini kendiliğinden durduracağı belirtilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun bu usulü kabul etmesindeki temel sebep, icra edilmiş bir hakem kararının iptaline dair hüküm verilmesi durumunda ortaya çıkabilecek telafisi güç veya imkansız sonuçlardır⁵⁶⁴. Kanun yolu olmanın bütün özelliklerini taşıyan “iptale dair kararın tabi olacağı temyiz incelemesi” süresince de iptal davasının açılması ile zaten kendiliğinden durmuş olan hakem kararının icra edilebilirliği durmaya devam edecektir⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ Deren Yıldırım, s. 36-37.

⁵⁶¹ Deren Yıldırım, s. 36.

⁵⁶² Deren Yıldırım, s. 36.

⁵⁶³ Deren Yıldırım, s. 25; Şit, s. 86, 158.

⁵⁶⁴ Akıncı, Tahkim, s. 195.

⁵⁶⁵ Kalpsüz, Tahkim, s. 128.

Bununla birlikte, New York Sözleşmesi'nin V/1/e hükmü uyarınca hakem kararının yabancı bir ülkede tenfiz edilebilmesi için nihai ve bağlayıcı olması yeterli olduğundan, yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dışında bulunan tarafların, kararın Türkiye'de icra edilebilir olduğuna dair belge almaksızın kararı Türkiye dışında bir ülkede tenfiz ettirmeleri halinde madde 15/A/2'deki mahkemece re'sen gözetilecek nedenler bakımından bir denetim yapılması söz konusu olmayabilecektir⁵⁶⁶. Zira, bir hakem kararının esası hakkında karar verilmek üzere ikinci bir hakem ya da devlet mahkemesi nezdinde incelenme (*çifte exequatur*) imkanı ortadan kalktığı anda, söz konusu karar taraflar açısından bağlayıcılık kazanmakta ve tenfiz edilebilir hale gelmektedir⁵⁶⁷. Yani hakem kararının iptal davasına konu edilebilmesi, kararın verildiği anda bağlayıcı olma özelliğini zedelememektedir. Nitekim, ICC Tahkim Kuralları'nın 28. maddesinin 6. paragrafına göre hakem kararları verildiği anda taraflar için bağlayıcı olacaktır. Öte yandan, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 2. fıkrasında bir tenfiz engeli olarak kabul edilen tahkime elverişlilik ve kamu düzeni, tenfize yetkili makam tarafından re'sen gözetilecek nedenlerdir. Bu noktada, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 1. paragrafının (e) bendinde “kararın iptal edilmiş olması”ndan bahsedilmekteyse de, iptal sebepleri bakımından Avrupa-Cenevre Anlaşması'na atıfta bulunulması ve Anlaşma'da tahkime elverişliliğin ve kamu düzeninin bir iptal sebebi olarak kabul edilmemiş olması gözden kaçırılmamalıdır. Bu iki sebep, iptal kararı verilmesi bağlamında değil, kararın tenfiz edilmesi aşamasında milletlerarası sözleşmeler bağlamında hükmün yerine getirilmesini engelleyici etkide bulunmaktadır. Dolayısıyla, icra edilebilirlik belgesi alınmasa da tenfiz aşamasında tüm bu hususlar gözetilecektir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken nokta, tahkime

⁵⁶⁶ Akıncı, Tahkim, s. 199.

⁵⁶⁷ Yarg. 19. HD., T: 08.07.1998, E: 98/3599, K: 98/4770, Yarg. 19. HD., T: 09.11.2000, E: 2000/7171, K: 2000/7602 ve Yarg. HGK. T: 09.06.1999, E: 1999/19-467, K: 1999/489 sayılı kararda da bu kabule uygun olarak New York Sözleşmesi'nin V. maddesi uyarınca hakem mahkemesince verilen kararın verildiği anda bağlayıcı olduğu ve tenfiz edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Aksini iddia eden, bu iddiasını ispatla mükellef sayılmaktadır. Birsal, Tenfiz, s. 32-33; Erdoğan, s. 114; Koral, Rabi; Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1959 Tarihli Anlaşma, İstanbul, 1961, İsmail Akgün Matbaası, s. 51(New York Konferansı); Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 336-338; Şanlı, Tanıma ve Tenfiz, s. 403; Şit, s. 157-158; Ünal, s. 56. Ayrıca, İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde de hakem kararının taraflar için bağlayıcı olması, hakem kararının verilmesi ile gerçekleşmekte, bu kararın ayrı bir süreçten geçerek tekrar onaylanması aranmamaktadır (Kaplan, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, s. 64, dipn. 183).

elverişliliğin ve kamu düzeninin artık tahkim yeri hukukuna göre değil, tenfiz yeri hukukuna göre değerlendirileceğidir.

New York Sözleşmesi hakem kararının iptal edilmiş olması halinde hükmün tenfiz edilip edilmemesini tenfiz hakiminin takdirine bırakmış, kesin bir tenfiz engeli öngörmemiştir⁵⁶⁸. Bununla birlikte, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinde, hakem kararının yalnızca verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş olmasını kesin bir tenfizin reddi sebebi olarak öngörmekte ve hakime bu konuda takdir hakkı tanımamaktadır. Bu durumda, ülkemizin koymuş olduğu çekinceler bağlamında New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren durumlarda, Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde milletlerarası sözleşmeye üstünlük tanınacağı cihetle Sözleşme'nin esas alınması gerekmektedir. New York Sözleşmesi kapsamında olmayan hallerde ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 45. maddesi uyarınca tenfiz talebi reddedilmek zorundadır. Dolayısıyla, tenfiz ülkesi hukukunda iptal hükmünün verildiği ülke hukukundaki iptal sebeplerinin kabul görmemesi halinde, verildiği yerde iptal edilmiş olmasına rağmen New York Sözleşmesi uyarınca tenfizi kabil bir karardan söz edilebilecektir.

Fertilizer Corp of India v. IDI Mgmt ve General National Maritime Transport Company Societe v. Götevarken Arendal AB ile Aksa v. Norsolar davalarında, Paris İstinaf Mahkemesi tarafından hakem kararının iptali sürecinin başlatılmış olması, New York sözleşmesinin amacı doğrultusunda hakem kararının bağlayıcı niteliğini etkileyen bir unsur olarak kabul edilmemiştir⁵⁶⁹. Amerikan New Jersey Mahkemesi de, *Gesco Ltd. v. Hang Yang Corp.* davasında Viyana'da verilen bir tahkim hükmü için Viyana İstinaf Mahkemesi'nde iptal davası açılmış olmasını hükmün icrailiğini etkileyen bir vakıa olarak kabul etmemiş, olayın özelliklerini dikkate alarak teminat

⁵⁶⁸ New York Sözleşmesi'nin V. maddesi “*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party whom it is invoked...*” hükmüyle bağlayıcı bir düzenleme öngörmemektedir.

⁵⁶⁹ Akıncı, İptal Edilen Hakem Kararları, s. 15; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 147, 170; Şanlı, Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi, s. 24-25; Şit, s. 86, dipn. 300, s. 158; dipn. 567 ve s. 160-162.

alınması karşılığında tenfiz kararını ertelemiştir⁵⁷⁰. Benzer şekilde, Alman Federal Mahkemesi, *Spa Ghezzi v. Jacob Boss. Söhne* davasında⁵⁷¹, iptal davası açılmış olması kararın bağlayıcı niteliğini etkilemeyeceğinden tenfiz talebinin reddine hükmedilemeyeceğini; bununla birlikte, New York Sözleşmesi'nin VI. maddesi uyarınca açılmış olan iptal davası nedeniyle tenfiz davasının ertelenmesine karar verilebileceğini kabul etmiştir. Karara konu olayda, ICC Tahkim Kuralları'nın yanı sıra Belçika hukukuna atıf yapılmıştır. Mahkeme, hakem kararlarının nihai olmasını kabul eden ICC Kuralları'nı esas almış, New York Sözleşmesi'nin V. maddesini nazara alarak Belçika hukukuna göre kararın kanun yollarına tabi kılınamayacağına ve tahkim yeri hukukuna göre tenfiz belgesi alınmasının kararın bağlayıcılığı için gerekli olmadığına karar vermiştir.

Öte yandan, New York Sözleşmesi'nde iptal ve icranın ertelenmesi sebeplerinin belirlenmemiş olduğu ve bu hususun mahalli hukuklara bırakıldığı görülmektedir. Bu durum, milletlerarası tahkimin maiyetine uymayan sebeplerle hükmün iptali sonucunu doğurabildiğinden, bu şekilde hakkında iptal ya da icranın ertelenmesi kararı verilmiş olan hakem kararları diğer bir ülkede tenfiz edilebilmektedir⁵⁷². Nitekim, doktrin ve uygulamada, tenfiz hakiminin bu durumu gözetmesinin gerekeceği, mahalli endişelerle verilmiş olan iptal ya da icranın ertelenmesi kararlarına riayet edilmemesi gerektiği ve tenfiz hakiminin bu bakımdan kendi hukukuna göre bir değerlendirme yapmasının ve iptal incelemesinde belirli bir mahalli hukuk sistemine uygunluğun değil, çoğunluk hukuk sisteminde kabul edilen standartlara uygunluğun gözetilmesinin gerekeceği kabul edilmektedir⁵⁷³. Örneğin, Türk şirketi *Palbak Tic. Ltd.* ile Fransız şirketi *Nosolor* arasındaki dava⁵⁷⁴, ICC Kurallarına göre Viyana'da tarafların anlaşmasına uygun olarak *amiable compositeur* yoluyla hak ve nesafete (*ex equato et bono*) göre çözümlenmiştir. Bu karar, milletlerarası ticari örf-adete (*Lex Mercatoria Universalis*) dayandığı gerekçesiyle

⁵⁷⁰ Akıncı, İptal Edilen Hakem Kararları, s. 12.

⁵⁷¹ Ayrıca, Fransız mahkemesi tarafından, İsviçre mahkemesinin hukuken varlığını kabul etmediği gayrimillî bir karar olan *SEEE v. Yugoslavia* kararı tenfiz edilmiştir (Akıncı, Tenfiz, s. 136; Şit, s. 158; dipn. 567 ve s. 160-162).

⁵⁷² Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 344; Şit, s. 83, 161.

⁵⁷³ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 344; Şit, s. 87, 161.

⁵⁷⁴ Akıncı, İptal Edilen Hakem Kararları, s. 14-15; Erdem, Ercüment; Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayınevi, s. 343-344 (Lex Mercatoria); Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 344-345; Şit, s. 162.

Viyana İstinaf Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Palbalk, hakem kararının tenfizi için Paris ilk derece mahkemesine başvurmuş, Norsolar ise kararın iptal edilmiş olduğundan bahisle tenfiz istemine itiraz etmiştir. Konu, Fransız Yüksek Mahkemesine taşınmış ve tahkim yeri ülkesinde hakem kararı iptal edilmiş olsa dahi Fransız hukuku bakımından *lex mercatoria* uyarınca verilmiş olan bir hakem kararının tenfiz edilebileceği sonucuna varılmıştır. Fransız Yüksek Mahkemesi tarafından hakem kararı, iptal sebepleri Milletlerarası Tahkimin maiyetine ve gelişimine uygun olmadığı cihetle tenfiz edilmiştir. Bu gibi durumların önüne geçilebilmesi bakımından taraflarca tahkim yerinin ve tahkime uygulanacak hukukun titizlikle belirlenmesi uygun olacaktır⁵⁷⁵. Ayrıca, milletlerarası doktrinde ve uygulamada hakem kararının iptal edilmiş olmasına rağmen, New York Sözleşmesi'nin tenfize ilişkin V. maddesinde iptal edilmiş bir kararın tenfizine ilişkin olarak – bilhassa anasyonel tahkim kararları bakımından ve kamu düzenine aykırılık ile tahkime elverişlilik dışındaki sebepler yönünden - tenfiz hakimine takdir yetkisi tanınmış olmasından yola çıkılarak, iptal edilmiş hakem kararlarının da tenfiz edilebileceği kabul edilmektedir⁵⁷⁶. Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi'nin *Société Hilmarton v. Société OTV (Omnium de Traitement et de Valorisation)* davasında⁵⁷⁷, Cenevre'de ICC Kuralları uyarınca *Hilmarton* aleyhine verilen hakem kararı, *OTV* tarafından Fransa'da tenfiz edilmek istenmiştir. *Hilmarton*, karar aleyhine tahkim yeri olan Cenevre'de iptal davası açmıştır. İptal hükmüne rağmen kararın tenfiz edilmesi karşısında *Hilmarton*, Paris İstinaf Mahkemesine başvurmuşsa da, bu talep New York Sözleşmesi'nin VII. maddesi uyarınca Sözleşme hükümlerinden daha elverişli hükümler içeren sözleşmelerin ya da mahalli mevzuatın uygulanacağı ve New York Sözleşmesi'nin temel amacının hakem kararlarının tenfizi olduğundan hareketle reddedilmiştir. Benzer şekilde *Chromalloy Aeroservices v. The Arab Republic of Egypt* davasında⁵⁷⁸ Amerikan mahkemesi, New York Sözleşmesi'nin V. ve VII. maddelerine dayanarak, iptal edilmiş bir kararın tenfizine hükmetmiştir. Amerikan mahkemesi bu kararında ayrıca taraflar arasındaki anlaşmada hakem kararının nihai olacağının kararlaştırılmış olduğunu, ancak böyle bir durumun

⁵⁷⁵ Şanlı, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 345.

⁵⁷⁶ Şit, s. 162-164, dipn. 584-588.

⁵⁷⁷ Şit, s. 162-164, dipn. 584-588.

⁵⁷⁸ Şit, s. 162-164, dipn. 584-588.

mevcut olmaması halinde iptal edilmiş hakem kararlarının tenfiz edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce, tarafların anlaşmasında böyle bir hüküm olsa da olmasa da hakem hükmü niteliği gereği nihai ve bağlayıcı olacağından, New York Sözleşmesi'nin V. ve VII. maddeleri açısından yapılan bu yorum tüm hakem kararları için geçerli sayılabilecektir. Buna karşılık, böyle bir değerlendirmenin istisnai nitelikte sayılması ve iptal sebeplerinin milletlerarası uygulama ile ne ölçüde örtüştüğünün gözetilmesi gerekmektedir.

Yine, kurumsal tahkim kurallarına atıfta bulunulması halinde kararın verildiği ülke hukukuna göre iptal kararı verilmesi bir tenfiz engeli olarak kabul edilmemiştir⁵⁷⁹. Örneğin, *General National Maritime Transport Company Societe v. Götevarken Arendal AB* ve *Aksa v. Norsolar* davalarında, Paris İstinaf Mahkemesi, tahkimin bağımsız bir kurum olan ve kendi müstakil kuralları bulunan ICC bünyesinde cereyan etmiş olmasını öne sürerek hakem kararının Fransız hukukuna göre iptal edilmesi talebini reddetmiştir⁵⁸⁰. Bu davalarda, Paris İstinaf Mahkemesi tarafından kurumsal tahkim bağlamında verilen kararlarda mahalli hukuklara atıfta bulunulsa bile ilgili kurumun kurallarının esas alınacağı ve kararın bağlayıcılığının buna göre belirleneceği esası benimsenmiştir⁵⁸¹. Benzer şekilde *Dalmia Diary Industries v. National Bank of Pakistan* davasında⁵⁸², taraflarca uyuşmazlıkların ICC Tahkim Kuralları'na göre çözümlenmesi kararlaştırılmış ve Hint hukukunun tamamlayıcı olacağı belirlenmiştir. İsviçre'de yürütülen tahkim süreci sonunda alınan kararın İngiltere'de tenfizi esnasında davacı, tahkim sözleşmesinin Hint hukuku uyarınca geçersiz olduğunu ileri sürmüştü de, İngiliz Mahkemesi tarafından ICC Kuralları'nın öncelikli olduğu ve milli hukuk kurallarının tali niteliği vurgulanarak, uyuşmazlığın ICC Kuralları'na göre ele alınması gerektiği kabul edilmiştir.

⁵⁷⁹ Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 170-171.

⁵⁸⁰ Akıncı, Tenfiz, s. 130; Erdoğan, s. 121; Nomer/Ekşi/Gelgel, s. 171; Şanlı, Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi, s. 23-26.

⁵⁸¹ Şit, s. 158, dipn. 567, 160.

⁵⁸² Akıncı, Tenfiz, s. 131.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Tahkim, tarafların bu yola başvurmak hususunda irade mutabakatı sağlaması sonucu, kanunen tahkimle halline cevaz verilen konularda meselenin yargı sistemine dahil edilmeksizin, özel kişilere uyuşmazlığın çözümüne dair yetki verilmesi ve kural olarak kesin, icrai ve bağlayıcı bir karara varılması olarak tanımlanan alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Tahkimde taraf iradelerinin ön planda olmasının bir sonucu olarak, taraflarca tahkim kuralları, tahkim dili, hakemler ve tahkim yeri gibi hususlar tahkim anlaşması ile ya da daha sonra serbestçe belirlenebilmektedir. Tahkim süreci ele alındığında, üç tip sözleşmenin mevcut olduğu görülecektir. İlk sözleşme, taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve usuli bir sözleşme olarak kabul edilen “tahkim sözleşmesi”dir. Bu sözleşme, uyuşmazlık konusu temel ilişkiyi düzenleyen sözleşmeden ayrı olarak akdedilebileceği gibi, bu sözleşmenin içinde yer alan bir hüküm olarak da var olabilir. Tahkimde mevcut olan ikinci sözleşme, taraflarla hakemler arasındaki ilişkiyi düzenleyen ve yazılı ya da sözlü olarak akdedilebilen “hakem sözleşmesi”dir. Üçüncü sözleşme ise, tahkim konusu ihtilafı doğuran “esasa dair sözleşme”dir. Bu sözleşme ile tahkim sözleşmesi münhasır sözleşmeler olup, her biri geçerlilik bakımından tabi olduğu hukuka göre ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu bağlamda, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin uyuşmazlıklar da tahkim yolu ile hükme bağlanacak ve asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının sıhhat durumları hem esas hem de şekil bakımından birbirinin geçerliliğine etki etmeyecektir.

Türk hukuku bakımından milletlerarası tahkim, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenmiş; bu hususta ülkemizce Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesi, Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Cenevre – Avrupa Sözleşmesi ve Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında ICSID Sözleşmesi gibi birçok milletlerarası sözleşmeye taraf olunmuştur. Anayasamızın 90. maddesinde, usulünce yürürlüğe girmiş olan milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu düzenlenmektedir. Yani, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1. maddesinin son

paragrafı ile de saklı tutulmuş olan milletlerarası andlaşmalar, Anayasanın 90. maddesine de uygun olarak, normlar hiyerarşisi bakımından Milletlerarası Tahkim Kanunu ile eş düzeyde kabul edilecektir. Öte yandan, milletlerarası bir sözleşmeye taraf olunması ile iç hukuktan kaynaklanan sebeplere dayanılarak milletlerarası yükümlülüklerin bertaraf edilmesi mümkün olamayacağından, milletlerarası sözleşmelerin Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, söz konusu Kanun, “yabancılik unsuru taşıyan” ve “tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiğı” veya “bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiğı” uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. Tahkim yerinin Türkiye olarak seçildiğı durumlarda, Milletlerarası Tahkim Kanunu, taraflarca aksi açıkça veya zımnen ortaya konulmuş olmadıkça “zorunlu olarak uygulanacak bir otorite kanunu” dur.

Milletlerarası tahkim sürecinin işletilmesi sonucunda verilecek olan hakem kararı mutlaka yabancı hakem kararı olmayıp, yerli ya da milletlerarası bir hakem kararı niteliğini de haiz olabilir. Zira, “yabancı hakem kararı”, belirli bir mahalli hukuk sistemi ile irtibatlandırılabilen hakem kararı olup, “milletlerarası tahkim sonucu verilen karar”dan farklıdır. Milletlerarası tahkim, birden fazla hukuk sistemi ile irtibatlandırılabilen uyuşmazlık konusunun bulunduğu, usuli meselelerin halinde en az bir yabancı hukuk sisteminin müdahil olabileceğı ve belirli bir hukuk sistemine bağlanamayan tahkimdir. Milletlerarası tahkim yargılaması sonucu verilecek olan kararın niteliğinin tespiti ise müstakil bir meseledir. Hakem kararının nitelendirilmesinde kararın tabi olduğı hukuki rejimden hareket edilecek ve tahkim usulüne uygulanan hukukun *lex fori* olması durumunda “yerli” hakem kararı, *lex fori* dışında bir hukuk olması halinde ise “yabancı” ya da “milletlerarası” hakem kararı söz konusu olacak ve tanıma ve tenfiz yapılması gerekecektir. Dolayısıyla, milletlerarası tahkim sonucu alınacak bir hakem kararı “yerli hakem kararı” niteliğı de taşıyabilecek, milletlerarası tahkimin mevcudiyeti doğrudan “yabancı” ya da “milletlerarası” hakem kararı verilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Nitekim,

Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca verilecek bir hakem kararı da milletlerarası tahkim sonucu verilmiş bir yerli hakem kararı olup, tanıma ve tenfize tabi olmayacaktır.

Yargıtay, hakem kararının niteliğinin belirlenmesinde, doktrinde “otorite kanunu kararı” olarak anılan kararı ile bir hakem kararının yerli mi yoksa yabancı bir hakem kararı mı olduğu hususunun “otoritesi altında verilen kanun”a göre belirlemekte ve usule uygulanan kanunun yabancı bir kanun olması durumunda hakem kararı yabancı bir hakem kararı olarak kabul edilmektedir.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi’nin 1. maddesi bakımından tenfiz devletinden başka herhangi bir devlette verilen tüm hakem kararları “yabancı hakem kararı” olarak kabul görmekte ve Sözleşme kapsamında tenfize tabi tutulmaktadır. Ayrıca, tahkimin gerçekleştiği ülke hukukuna göre yabancı bir usul hukuku uygulanmakta ise, bu hakem kararı da yabancı hakem kararı olarak muamele görmekte ve tenfize tabi tutulmaktadır. İşte, bu hüküm sayesinde New York Sözleşmesi ile Milletlerarası Tahkim Kanunu arasında irtibat kurulabilmekte, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun “yabancılık unsuru”nu tanımlayan 2. maddesinde sayılan özellikleri taşıyan hakem kararları New York Sözleşmesi bünyesinde değerlendirilebilmektedir.

Tahkimin uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözülmesine nazaran istisnai bir yol olması bakımından, tarafların tahkime gidileceğine dair beyan edecekleri rızalarının son derece açık ve kesin bir biçimde anlaşılır olması aranmaktadır. Bu çerçevede, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinde tahkim anlaşmasının şekli belirlenmiş olup, bu usule uygun olarak akdedilen tahkim anlaşmalarında tarafların tahkime gitme konusundaki rızalarının şekli bakımdan açıkça beyan edilmiş olacağı varsayılmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4/2 maddesi uyarınca tahkim anlaşması için yazılılık, bir geçerlilik şartı olup, buna aykırı hareket edilmesi tahkim anlaşmasını geçersiz kılacaktır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki yazılılık unsuru; Borçlar Kanunu’ndaki kadar sıkı olmayıp, elektronik ortamdaki irade uyuşmaları da yazılı irade uyuşması kapsamında kabul görmektedir.

Buna göre, yazılılık unsuru “ *taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracı veya elektronik ortama geçirilmiş olması*” şeklinde tanımlanmakta ve “imza” şartı yalnızca yazılı belgeler için, “teati” şartı ise mektup, telgraf, teleks ve faks için aranmaktadır. Ayrıca, dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması da yazılılık şartının sağlanması için yeterli kabul edilmektedir.

Milletlerarası tahkimin niteliği gereği hakem kararının esasını inceleme yasağı bulunduğundan oldukça sınırlı ve şekli sebeplere binaen hükmün iptali istenebilecektir. İptal davası yoluna başvurulabilecek haller Kanun’da sınırlı şekilde sayılmıştır. Bu haller kendi içerisinde bir tasnife tabi tutulmuş ve tenfiz edildiğinde daha ağır sonuçlar doğurabilecek olan “tahkime konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” ile “kararın kamu düzenine aykırı olması” mahkemece re’sen gözetilecek iptal sebepleri olarak kabul edilmiştir. İptal davası açan tarafın ispat etmesine bağlı olarak ise, taraflardan birinin ehliyetsiz olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması, hakemlerin seçiminde usule uyulmaması, kararın tahkim süresi içinde verilmemiş olması, hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi, tahkim anlaşması dışında kalan bir konu hakkında karar verilmiş olması, istemin tamamı hakkında karar verilmemesi ya da hakemlerin yetkisini aşması, tahkim yargılamasında usule aykırılık yapılması ve bu durumun kararın esasına etki etmesi, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi halleri kararın iptali sonucunu doğurabilecektir.

Bu çerçevede, doktrinde “yargılamanın usulüne uygun yürütülüp yürütülmediği ve bunun kararın esasına etkili olup olmadığı” incelemesinin iptal davasında esasa ilişkin sebepler yönünden inceleme yapılması sonucunu doğurduğu öne sürülmekte ise de, kanaatimizce buradaki inceleme aslında yine usuli olup, usuldeki bu hatanın kararın esasını ne ölçüde etkilediğine bakılmakta ve somut uyuşmazlık bakımından esasa dair varılan maddi sonuç irdelenmemektedir. Böylece, her tür usuli hatanın iptal sebebi teşkil etmesinin önüne geçilerek, hakem kararının

icrailiği desteklenmektedir. Dolayısıyla, iptal davası bakımından yapılacak olan bu incelemenin bir temyiz incelemesi boyutuna vardığı da söylenemeyecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15/B maddesi uyarınca süresi içinde iptal davası açılmaması, iptal davasının reddine ilişkin kararın süresi içinde temyiz edilmemesi veya temyiz talebinin reddedilmesi sonucu hakem kararının kesinleşmesinden sonra Asliye Hukuk Mahkemesi istemde bulunan tarafa hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge verebilir. Görüleceği üzere, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda hakem kararının icrailiği bakımından kolaylık sağlanmış, hakem kararlarının icrailiği Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a ya da New York Sözleşmesi’ne tabi tutulmamış, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilecek icra edilebilirlik belgesi yeterli kabul edilmiştir. Zira bu karar, milletlerarası hukuk bağlamında gerçek anlamada bir tenfiz kararı olmayıp, kararın nihai olduğunun tespitine dair bir şerh niteliğindedir.

İptal davası neticesinde bir hakem kararının iptaline karar verilmesi, tam anlamıyla bir kanun yolu olan temyiz ile verilen onama-bozma kararından farklı olarak hakem kararının ortadan kalkması sonucunu doğuracak, kararın hakem heyetine iadesi söz konusu olmayacak ve hakem heyetinin yetkisi sona erecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesi uyarınca iptal davası hakkında verilen kararlara karşı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre yine Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesindeki iptal sebepleriyle sınırlı olarak temyize başvurulabilmektedir. Temyiz incelemesi, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesindeki sebeplerle sınırlı olarak öncelikle ve ivedilikle karara bağlanacaktır. İptal davası sonucu varılacak hüküm istinaf ve karar düzeltme incelemesine tabi tutulmayacaktır.

İptal davası sonucu verilen kararların temyize tabi tutulması ile sistem tutarsızlaşmıştır. Doktrinde, “iptal” ve “temyiz”in iki müstakil sistem olduğu, tahkimin bir an önce sonuçlanmasını amaçlayan iptal davası sonucu verilen kararın tekrar incelenmesi ile sürecin uzatıldığı ve bu iki sistemin birlikte kabulünün her bir

sistemin sağlayacağı faydaları bertaraf ederek hakem kararının uzun yoldan temyiz incelemesine tabi tutulması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir.

İptal kararı, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması, tahkim anlaşmasının kendisinin geçersiz olması, kararın tahkim süresi içinde verilmemesi veya uyuşmazlığın Türk Hukuku'na göre tahkime elverişli olmaması sebeplerinden birine dayanıyorsa, artık bir tahkim anlaşmasının mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği için uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlendirilmesi mümkün olmayacak ve devlet mahkemeleri nezdinde çözülmesi gerekecektir.

Tahkim sonucu verilen karar aleyhine olan taraf iptal davası açmaz ya da iptal davasını kazanamazsa, artık tek yol hükmün tenfizine karşı koymaktır. Yani, kaybeden tarafın ilki iptal davası bakımından yetkili mahkeme, diğeri tenfiz yeri mahkemesi olmak üzere iki merci nezdinde hakem kararına karşı koyma imkanı vardır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15/A/5 hükmü incelendiğinde, ilk cümlede herhangi bir ayırım yapılmaksızın tarafların kısmen veya tamamen iptal davası açma hakkından feragat edebileceği, ikinci cümlesinde ise yerleşim yeri veya oturma yeri Türkiye dışında bulunan tarafların tahkim anlaşmasında ya da daha sonra yapacakları anlaşma ile feragat beyanında bulunma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Hüküm, doktrinde farklı yorumlara sebebiyet vermektedir. Bir görüşe göre, iptal davası açma hakkından feragat edebilecek tarafların yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin mutlaka Türkiye dışında olması gerekmektedir. Ayrıca, bu hakkın yalnızca tek bir tarafça kullanılmayacağı ve tek bir tarafın yapacağı feragat beyanının geçerli olmayacağı savunulmaktadır. Oysa, kanaatimizce, hükümde yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye'de olan tarafların da kısmen veya tamamen feragatte bulunabilecekleri, fakat bu feragatin ayrıca belirtilmediği cihetle hukuk sistemimizdeki genel kabule uygun olarak ancak iptal davası açma hakkının doğumundan sonra gerçekleşebileceği belirtilmek istenmektedir. Söz konusu cümlede feragatin yapılış şekline ve zamanına dair bir düzenleme bulunmadığından, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca Hukuk

Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Her iki tarafın da yerleşim yerlerinin veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında bulunması halinde ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki açık düzenleme uyarınca, hakem kararının verilmesinden önce dahi iptal davası açma hakkından feragat edilmesi mümkün olacaktır. Bu şart, feragate ilişkin irade beyanında bulunulduğu anda mevcut olmalıdır. Hakkın doğumundan önce o haktan feragat edilmesi istisnai bir durum olduğundan, istisnaların dar yorumlanması ilkesi çerçevesinde gerekli şartların her iki taraf için de sağlanması aranmaktadır.

Akitler hukuku sistemimizin temel ilkesi olan nispilik ilkesi, tahkim anlaşmaları bakımından da şüphesiz ki geçerli. Öte yandan, nadiren ana şirket – yavru şirket bağlantısı ya da farklı şekillerde bağlantılı olan şirketler söz konusu olduğunda, ardıl şirket veya imalatçı ya da devlet kontrollü bir şirket bu bağlantı nedeniyle tahkim anlaşmasına taraf olmasa da anlaşma ile bağlı tutulabilmektedir. Ayrı tüzel kişiliklere sahip görünse de, bazı hallerde “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” yoluna gidilmesi ve tahkim anlaşmasına taraf olmayan kişilerin anlaşma ile bağlı kabul edilmesi mümkün olabilmektedir.

Tahkim şartını içeren bir sözleşmenin alacağın temlikine konu edilmesi durumunda, temlik edilen kişinin de tahkim sözleşmesi ile bağlı olup olmayacağı tartışılmıştır. Kanaatimizce, tahkim şartının alacağın bir fer’isi sayılması, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Nitekim, tahkim şartının asıl alacağın fer’isi sayılması durumunda asıl alacağın geçersiz kılındığı hallerde bunun fer’isi olan tahkim anlaşmasının da geçersiz sayılması gerekecektir. Oysa, çalışmamızda da açıklandığı üzere, asıl sözleşmenin geçersizliği hususu dahi geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı halinde hakemler önünde çözülmesi gereken bir mesele olup, asıl sözleşmenin geçersizliği tahkim anlaşmasının sıhhatine herhangi bir etkiye bulunmamaktadır. Ayrıca, tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisinde bir şart şeklinde yer almayıp ayrı bir sözleşme olarak akdedilmesi durumunda alacağın temlik ile bu sözleşmenin de temlik edilmesi gerekecektir. Zira, açıklandığı üzere, tahkim anlaşmasının asıl sözleşme içerisinde yer alması ile ayrı bir metin olarak hazırlanması arasında herhangi bir

farklılık bulunmamaktadır. Bu gibi sebeplerle, alacağın temlikinin tahkim anlaşmasının da temlikine sebebiyet vereceğinin kabulü kanaatimizce sakıncalıdır. Zaten Borçlar Kanunumuz uyarınca “alacak” temlik edilmekte olup, tahkim anlaşmasının bir alacak olarak nitelenebilmesi mümkün görülmemektedir.

Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar” ile “iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar” tahkime elverişli sayılmamaktadır. Tahkime elverişlilik bakımından getirilmiş olan bu sınırlamalar ülkelerin sosyo-ekonomik özelliklerine göre değişiklik göstermekte ve temelde kamu düzeni kaygısı taşımaktadır.

Re’sen gözetilecek bir iptal sebebi olan kamu düzeni, niteliği gereği zamana ve yere göre değişken olan ve içeriği net olarak belirlenemeyen bir kavram olduğundan, tam bir tanımı da verilememektedir. Genel olarak takdiri ve izafi olduğu söylenebilecek olan bu kavram, her olay için ayrı ayrı değerlendirilecek olup; karar anında egemen olan anlayışı yansıtmaması bakımından günceldir. Kamu düzeni mekana göre de değişebilen bir kavramdır. Yalnızca “soyut” bir kamu düzeninin ihlali riski bu yönde hüküm kurulması için yeterli kabul edilmemekte, “somut” olay ve belirtilerin varlığı aranmaktadır. Kamu düzeni kavramı geniş yorumlanmamalı, iç hukukun tahkim kararına olan müdahalesi asgari düzeyde tutulmaya çalışılmalı ve “kamu düzenine açık aykırılık” kavramının çeşitli hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların ötesinde bir kavram olduğu göz ardı edilmemelidir. Milletlerarası tahkim bakımından kamu düzeninin, “milletlerarası kamu düzeni”nden dahi dar şekilde yorumlanması ve son çare olarak (*ultima ratio*) başvurulması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.

New York Sözleşmesi’nin V. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde hakem kararlarının tanınması ve tenfizinin reddi sebebi olarak, hakem kararının iptal edilmiş ya da hükmün icrailiğinin geri bırakılmış olmasını düzenlemiş, fakat iptal nedenlerinin neler olduğu New York Sözleşmesi’nde belirtilmemiştir. İşte Avrupa Sözleşmesi bu açıdan New York Sözleşmesi’ni tamamlayıcı işlev görmekte ve iptal sebepleri için Avrupa Sözleşmesi’nin IX. maddesi gündeme gelmektedir. Avrupa

Sözleşmesi’nde, iptal kararının, IX. maddedeki sebeplerden birine dayanılarak verilmemesi halinde, bir akit devlet ülkesinde tenfizi engellemeyeceği belirtilmektedir. Hükümde, kamu düzeni bir iptal sebebi olarak öngörülmediğinden, bir ülkede bu nedenle iptal edilen hakem hükmü, kamu düzenine aykırılığı iptal sebebi olarak kabul etmeyen bir başka ülkede tenfiz edilebilecektir. New York Sözleşmesi’nde ise kamu düzenine aykırılık bir tenfizin reddi sebebi teşkil etmektedir. Bu bağlamda, milletlerarası düzenlemeler uyarınca tahkim sonucu varılan kararın kamu düzenine aykırı olması bir iptal sebebi değil, bir tenfiz engeli olarak kabul görmektedir. Öte yandan, New York Sözleşmesi’nin 5. maddesinde iptal sebeplerinin neler olduğu belirtilmediğinden, Avrupa Sözleşmesi’ne de taraf olan ülkemiz bakımından yine Avrupa Sözleşmesi’ndeki iptal sebepleri bağlayıcı olmaktadır.

“*Lex Arbitri*” denilen tahkim yeri hukuku, açıklandığı üzere genel olarak emredici hükümler içermeyen ve taraflarca kararlaştırılmayan konularda devreye giren kurallardır. Taraflarca tahkim usulüne uygulanmak için benimsenen kuralların, *lex arbitri*’nin emredici hükümleri ile çelişmesi halinde sorun ortaya çıkmaktadır. Zira, hakemlerin taraflarca kararlaştırılan kuralları değil de *lex arbitri*’nin emredici hükümlerini uygulamış olması New York Sözleşmesi’nin V. maddesinin (d) bendi uyarınca bir tenfiz engeli oluşturacaktır. *Lex arbitri*’nin emredici kurallarına aykırı bir hakem kararı ise Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesi uyarınca bir iptal edilebilecektir.

Tahkim yargılaması sonucu varılan hüküm, devlet mahkemelerinin yargılaması sonucu varılan hüküm gibi bağlayıcı ve icrai olduğundan, kural olan hakem kararlarının daha üst bir mahkemede tekrar incelenmemesidir. Hatta, mahkeme kararlarından farklı olarak, hakem kararlarının “kesinleşmesi” değil, “bağlayıcılığı” kabul edilmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 44. maddesinde, 38. maddenin (a) bendine atıfta bulunularak hakem kararlarının tenfizinde de, mahkeme kararlarının tenfizine kıyasen, karşılıklılığın aranacağı ifade

edilmektedir. Milletlerarası hakem kararlarının tenfizi bilhassa bu yönü ile mahkeme kararlarının tenfizine nazaran kolaylık teşkil etmekte, 135 ülkenin taraf olduğu New York Sözleşmesi uyarınca karşılıklılığın bir türü olan akdi karşılıklılık sağlanmakta ve ayrıca Sözleşme'deki tenfizin reddi nedenleri de taraf devletlerce kabul edilmiş bulunmaktadır.

New York Sözleşmesi'nin 5/1-e maddesi uyarınca kararın tenfiz edilmemesi için iptal davasının açılması yeterli olmayıp, kararın verildiği ya da tahkimin tabi kılındığı ülke hukuku mahkemesi tarafından hükmün “iptal edilmiş” veya “icrailiğinin geri bırakılmış” olması gerekmektedir. Oysa, Milletlerarası Tahkim Kanunu bundan farklı bir yol benimsemiş, 15/a hükmünde iptal davası açılmasının hakem kararlarının icrailiğini kendiliğinden durduracağı belirtilmiştir. New York Sözleşmesi'nin V/1/e hükmü uyarınca hakem kararının yabancı bir ülkede tenfiz edilebilmesi için nihai ve bağlayıcı olması yeterli olduğundan, yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dışında bulunan tarafların, kararın Türkiye'de icra edilebilir olduğuna dair belge almaksızın kararı Türkiye dışında bir ülkede tenfiz ettirmeleri halinde madde 15/A/2'deki re'sen gözetilen nedenler bakımından bir denetleme yapılması söz konusu olmayabilecektir. Öte yandan, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinin 2. fıkrasında bir tenfiz engeli olarak kabul edilen tahkime elverişlilik ve kamu düzeni, tenfize yetkili makam tarafından re'sen gözetilecek nedenlerdir. Bu nedenle, bu iki sebep, iptal kararı verilmesi bağlamında değil, kararın tenfiz edilmesi aşamasında milletlerarası sözleşmeler bağlamında hükmün yerine getirilmesini engelleyici etkiye bulunmaktadır. Dolayısıyla, icra edilebilirlik belgesi alınmasa da tenfiz aşamasında tüm bu hususlar gözetilecektir. Fakat burada dikkat edilmesi gereken nokta, tahkime elverişliliğin ve kamu düzeninin artık tahkim yeri hukukuna göre değil, tenfiz yeri hukukuna göre değerlendirileceğidir.

New York Sözleşmesi hakem kararının iptal edilmiş olması halinde hükmün tenfiz edilip edilmemesini hakimın takdirine bırakmış, kesin bir tenfiz engeli öngörmemiştir. Bununla birlikte, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendinde, hakem kararının

verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş olması kesin bir tenfiz reddi sebebi olarak öngörölmekte ve hakime takdir hakkı tanınmamaktadır. Bu durumda, ölkemizin koymuş olduğu çekinceler bağlamında New York Sözleşmesi'nin uygulama alanına giren durumlarda, Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde milletlerarası sözleşmeye üstünlük tanınacağı cihetle, Sözleşme'nin esas alınması gerekmektedir. New York Sözleşmesi kapsamında olmayan hallerde ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 45. maddesi uyarınca tenfiz talebi reddedilmek zorundadır. Doktrinde ve uygulamada, tenfiz hakiminin bu durumu gözetmesinin gerekeceği, mahalli endişelerle verilmiş olan iptal ya da icranın ertelenmesi kararlarına riayet edilmemesi gerektiği ve bu nitelikteki kararların iptal edilmiş olsa dahi tenfiz edilebileceği kabul edilmektedir.

KAYNAKLAR

Akıncı, Ziya; Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1994, Sayı: 2, s. 9-21 (İptal Edilen Hakem Kararları).

Akıncı, Ziya; Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, 2. Baskı (Tahkim).

Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, 1994, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Tenfiz).

Akıncı, Ziya; Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 4, Aralık, 1996, Ankara, s. 93-109 (Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları).

Akıncı, Ziya; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 99-104 (Sempozyum).

Arkan, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2000, Sözkese Matbaacılık, 9. Tıpkı Basım Kalpsüz, Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli.

Akyol, Şener; Milletlerarası Tahkim (Sorunlar-Çözümler-Öneriler), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 51-69.

Antalya, Gökhan; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Milletlerarası Hukuk Sempozyumu “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2 Şubat 2008, İstanbul, s. 143-152.

Atabarut, İpek Sağlam; İngiliz ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması Teorisi ve Uygulama Alanlarından Dava Örnekleri, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Armağan, Cilt 1, Beta Yayınevi, s. 481-498.

Aydoğan, Aykut; Milletlerarası Tahkim Kanunu Kapsamında Cereyan Eden Tahkim Usulü, İstanbul, 2003, Beta Yayınları.

Bilgiç, Haluk; Ticari Tahkimde Yabancılık Unsuru, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell'e Armağan İzmir, 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 31-48.

Birsell, Mahmut Tevfik.; Milletlerarası Tahkim ve Türkiye, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl : 1 (1980), Sayı: 1, İzmir, 1981, s. 97-128 (Milletlerarası Tahkim ve Türkiye).

Birsell, Mahmut Tevfik; Türkiye'de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, İzmir, 2005, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 1-37 (Tenfiz).

Birsell, Mahmut T.; Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Conventions) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 499-534 (Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri).

Birsell, Mahmut T./**Budak**, Ali Cem; Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, 11 Nisan 1997, s. 171-223.

Dayınlarlı, Kemal; Hakem Kararlarının Bozulması Sebepleri, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 775-809 (Hakem Kararları).

Dayınlarlı, Kemal; Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994, Adalet Matbaası (Kamu Düzeni).

Deren Yıldırım, Nevhis; UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, 1. Basım, 2004, Alkım Yayınları.

Ekşi, Nuray; İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi, Argumentum, Temmuz 1992, Yıl: 2, Sayı: 24, s. 371-377 (İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi).

Ekşi, Nuray; Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003, s. 295-338 (Milletlerarası Tahkim Kanunu).

Erdem, Ercüment; International Arbitration in Turkey With Special Emphasis on the International Arbitration Act, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul, 2008, Beta Yayınevi, s. 403-419 (International Arbitration).

Erdem, Ercüment; Lex Mercatoria ve ICC Tahkimi, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, Beta Yayınevi, s. 321-371 (Lex Mercatoria).

Erdoğan, Feyiz; Milletlerarası Hukuk ve Tahkim, Ankara, 2004, 1. Basım, Seçkin Yayınevi.

Esen, Emre; Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003, Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 377-403 (Hakem Kararlarının Tenfizi veya İptali).

Esen, Emre; Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmalarının Şekli, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 28, Sayı: 1-2, 2008, s. 67-114 (Tahkim Anlaşması).

Gelgel, Günseli Öztekin; New York Konvansiyonu'na Göre Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay'ın Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı:2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 1137-1158.

Gélinas, Paul A.; Dispute Settlements According to ICC ADR (Amicable Dispute Resolution) Rules, Milletlerarası Tahkim Semineri, 5 Kasım 2001, Ankara, s. 21-33.

Gharavi, Hamid G.; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 76-79.

Gökyayla, Cemile Demir; Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara, 2001, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı.

Hannesian, Grant; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 80-83.

Kalpsüz, Turgut; Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara, 1989 (Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli).

Kalpsüz, Turgut; Tahkim Anlaşması, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul, 2003, Beta Yayınevi, s. 1027-1053 (Tahkim Anlaşması).

Kalpsüz, Turgut; Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1997, Cilt XIX, Sayı 1, s. 5-41 (Temyiz).

Kalpsüz, Turgut; Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, Sözkese Matbaacılık (Tahkim).

Kaplan, Yavuz; İsviçre Federal Mahkemesi'nin Milletlerarası Tahkime İlişkin 1 Mart 2001 Tarihli Kararı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, 2002, s. 1171-1178 (İsviçre Federal Mahkemesi).

Kaplan, Yavuz; Milletlerarası Tahkimde Hakemin ve Tenfiz Reddi Sebebi Olması Açısından Bağımsızlık ve Tarafsızlık İlkesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 21, Sayı: 1-2, 2001, s. 43-73 (Bağımsızlık).

Kaplan, Yavuz; Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002, Seçkin Yayınları, 1. Baskı (Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık).

Karan, Hakan; Milletlerarası Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Bırsel'e Armağan, İzmir, 2001, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, s. 201-229 (Karan, Hakan).

Karan, Nur;, II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 54-58 (Karan, Nur).

Keser Berber, Leyla; Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz), Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2002 (Kompetenz).

Keser Berber, Leyla; Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999 (ICC).

Koral, Rabi; Hakem Kararlarının Milliyeti ve Milletlerarası Hakem Kararı Teriminin Yeni Anlamı, II. Tahkim Haftası, Bildirilerden Ayrı Bası, Ankara, 1984, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Hakem Kararlarının Milliyeti).

Koral, Rabi; Hakemliği Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı izlenimler, Hakemliği Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan

Kriterler ve Türk Ekonomik Hukuk Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1983, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt XLVIII-XLIX, Sayı 1-4'ten Ayrı Bası, s. 75-98 (Hukuki Mahiyet).

Koral, Rabi; Milletlerarası Hakemlik Alanında Yargıtay XI. Hukuk Dairemizin Devrim Yaratan Son Kararları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:8, 1998, Sayı:1, s. 43-49 (Yargıtay XI. Dairesinin Kararı).

Koral, Rabi; Türk Devletler Hususi Hukukunda Hakemlik, İstanbul, 1956, İsmail Akgün Matbaası (Hakemlik).

Koral, Rabi; Yabancı Hakem Kararlarının İcrası Hakkında Birleşmiş Milletler New York Konferansı ve 10 Haziran 1959 Tarihli Anlaşma, İstanbul, 1961, İsmail Akgün Matbaası (New York Konferansı).

Moses, L. Margaret; The Principles and Practise of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, United States of America, 2008.

Nomer, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Öztekin**, Günseli; Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Beta Yayınları.

Nomer, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Gelgel**, Günseli; Milletlerarası Tahkim, Mart, 2000, 1. Bası, Beta Yayımevi.

Nomer, Ergin; Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 1-2, Yıl: 10, 1990, Doç Dr. Özer Eskiuyurt'un Anısına Özel Sayı, s. 129-131 (Kamu Düzeni).

Nomer, Ergin; Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 4,

Sayı: 1, 1984, s. 29-31 (Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı).

Nomer, Ergin; 10.6.1958 Tarihli Hakem Kararlarının Tanıma ve Tenfizi Konusundaki New York Andlaşmasına İlişkin Dr. Şeref Ünal'ın Tebliği ile İlgili Yorum, Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, 10 Mayıs 1990, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 79-86 (Sempozyum).

Ökçün, A. Gündüz; Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1967, Sevinç Matbaası.

Özsunay, Ergun; Tahkim Yargılamasında Mahremiyet, İstanbul Barosu Dergisi Sayı:2004/2'den Ayrı Bası, s. 3-22 (Mahremiyet).

Özsunay, Ergun; Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararı, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 2004/1'den Ayrı Bası, s. 3-32 (Tahkim).

Öztek, Selçuk; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 99-104.

Pekcanıtez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammed; Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006, 5. Bası, Yetkin Yayınları.

Romero, Eduardo Silva; MTO Tahkimi ve Devletin Taraf Olduğu Sözleşmeler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 27, Sayı: 1/2, 2007, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, s. 113-156.

Sağlam, İpek; Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Milletlerarası Hukuk Sempozyumu “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2 Şubat 2008, İstanbul, s. 153-161.

Sayman, Yücel; Fransa’da Devletin Tahkim Yoluna Gitme Olanağı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 2, 1982, s. 26-34.

Seviğ, Vedat Raşit; Milli Tahkim ve Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 643-648.

Şanlı, Cemal; Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk-Tarafların Tahkim Usulünü Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi-Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 3, Sayı: 1, 1983, s. 23-26 (Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi).

Şanlı, Cemal; Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, 3. Bası (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları).

Şanlı, Cemal; Milletlerarası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO’nun ADR Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 22, Sayı 1, 2002, s. 57-67 (ADR).

Şanlı, Cemal; Türkiye’de Yargıtay Kararlarına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, Yıl 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998, s. 393-409 (Tanıma ve Tenfiz).

Şanlı, Cemal; 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu,

10 Mayıs 1990, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 3-12 (Sempozyum).

Şit, Banu; Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara, 2005, İmaj Yayınevi.

Tanrıbilir, Feriha Bilge/**Şit**, Banu; Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı:2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, s. 819-837.

Tanrıver, Süha; Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Milletlerarası Tahkim ve Kamu Düzeni, Ankara, 2001, Liberte Yayınları, 1. Basım, s. 83-112 (Kamu Düzeni).

Tanrıver, Süha; Yabancı Hakem Kararlarını Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998, s. 467-491 (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni).

Tarman, Zeynep Derya; Tahkim ve Gizlilik, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/1, İstanbul, s. 305-328.

Taşkın, Alim; Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Vermesi, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1998, Cilt :II, Sayı: 1-2, s. 115-125.

Tekinalp, Gülören/**Tekinalp**, Ünal; Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s. 387-404.

Turhan, Turgut; İsviçre Devletler Hususi Hukuku Federal Yasa Tasarısı ve Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 4, Sayı: 1, 1984, s. 32-39.

Ulusoy, Erol; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 45-48.

Ünal, Şeref; Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara, 10 Mayıs 1990, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 53-78.

Yavuz, Cevdet; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 38-41.

Yeşilova, Bilgehan; Milletlerarası Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir, 2008, Güncel Yayınevi.

Yet, Orhun; II. Milletlerarası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler, 14 Şubat 2009, s. 49-53.

Yılmaz, Ejder; Milletlerarası Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim Hukuku Hakkında Bazı Düşünceler, Avrupa (Cenevre) – New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 10 Mayıs 1990, Ankara, s. 13-24 (Yılmaz, Ejder).

Yılmaz, İlhan; Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ISCID –Yargılama Yetkisi-, Beta Yayınları (Yılmaz, İlhan).

Yüksel, Kemalettin; Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması Lifting the Corporate Veil, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Milletlerarası Hukuk Sempozyumu “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, 2 Şubat 2008, İstanbul, s. 261-275.

İLGİLİ İNTERNET SİTELERİ VE LİNKLER

1. Milletlerarası Daimi Tahkim Mahkemesi (*Permanent Court of Arbitration*)
www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1067
2. ICC Rules of Arbitration,
<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4424/index.html>
3. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>
4. Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com
5. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Sözleşmesi
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
6. LCIA (London Court of International Arbitration) Arbitration Rules,
http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx
7. ICSID Tahkim Kuralları
http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_en-archive/9.htm
8. ICSID Sözleşmesi'ne koymuş olduğumuz çekince,
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>
9. ABA Model Rules for Fee Arbitration,
http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/client_protection/farule3.html

10. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration,
http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest
11. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration,
<http://www.int-bar.org/images/downloads/iba%20rules%20on%20the%20taking%20of%20evidence.pdf>
12. IBA Rules of Ethics for International Arbitrators,
http://www.int-bar.org/images/downloads/pubs/Ethics_arbitrators.pdf
13. UNCITRAL Notes on Organising Arbitral Proceedings,
<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf>
14. ICC Tahkim Tüzüğü <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html>
15. New York Sözleşmesi'ne koymuş olduğumuz çekinceler için bkz.
Reservation (a),
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.
Reservation (b),
http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.