

————— TÜRK TAHKİM AKADEMİSİ —————

TAHKİMDE
GÜNCEL SORUNLAR
(V-VI)

TÜRK TAHKİM AKADEMİSİ

**TAHKİMDE
GÜNCEL SORUNLAR
(V-VI)**

Ankara 2023

Cumhurbaşkanlığı Yayınları; 134

Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Yayınları; 4

Ankara, 2023

ISBN: 978-625-7368-10-0

EDİTÖRLER

Dr. Metin KIRATLI, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı

Hakkı SUSMAZ, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürü

Prof. Dr. Ali Yeşilırmak, İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Doç Dr. A. Eda MANAV ÖZDEMİR, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Daire Başkanı

Doç. Dr. Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

TASARIM VE MİZANPAJ

Seda DEMİR

CİLT

Yusuf AYDIN

Baskı Sertifika No: 17187

Bu kitapta yer alan görüşler yazarlarına ait olup Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının görüşlerini yansıtmamaktadır.

© Bütün hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir parçası Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığının yazılı izni olmadan elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri yollarla çoğaltılamaz, aktarılamaz, yayımlanamaz.

ÖNSÖZ

Ülkemizde tahkim kurumunun geliştirilmesine katkı sağlanması amacıyla Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, İbn Haldun Üniversitesi ve İstanbul Ticaret Üniversitesi iş birliğiyle Nisan 2021 tarihinde Türk Tahkim Akademisi kurulmuştur. Akademi bünyesinde; tahkim alanında nitelikli araştırmalar yapabilecek ve uygulamaya katkı sağlayacak araştırmacı ve uygulayıcılar yetiştirilmesi, araştırmalar yapılması, alanda yapılan araştırmaların niteliğinin artırılması için ihtisas kütüphanelerinin kurulması, yayınların ücretsiz elektronik erişime açılarak ilgililerin hizmetine sunulması, güncel konulara ilişkin yazılan makalelerin yayımlanması, temel ve ileri düzeyde tahkim eğitimlerinin verilmesi, yüksek lisans ve doktora çalışmalarının desteklenmesi, ulusal ve uluslararası düzeyde sempozyum, konferans ve çalıştay gibi akademik etkinlikler gerçekleştirilip yayımlanması, ulusal ve uluslararası diğer kurum ve kuruluşlarla işbirlikleri geliştirme vb. faaliyetlerde bulunulması planlanmıştır.

Halihazırda İstanbul Ticaret Odası Arabuluculuk ve Tahkim Merkezi (İTOTAM), İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC), Enerji Uyuşmazlıkları Tahkim Merkezi (EDAC), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) ve Türkiye Adalet Akademisi ile iş birliği protokolleri imzalanmış ve tahkim alanındaki güncel problemlerin ele alındığı Tahkimde Güncel Sorunlar başlığı altında TOBB, ISTAC, EDAC, İTOTAM iş birliği ile çevrimiçi etkinlikler düzenlenmiştir. Ayrıca Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'nde, AYBÜ Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi ve TOBBUYUM Arabuluculuk ve Uyuşmazlık Çözüm Merkezi iş birliği ile “Tahkimde Güncel Sorunlar” başlıklı seminerler gerçekleştirilmiştir. Akademisyenlerin ve tahkim uygulamacılarının katılımı ile gerçekleşen bu etkinliklerin amacı uyuşmazlıkların çözümünde tahkimi ve tahkim alanındaki güncel sorunları değerlendirmek ve ilgililerin erişimine sunmaktır. Şu ana kadar gerçekleştirdiğimiz 3 uluslararası ve 5 ulusal webinarımız Türk Tahkim Akademisi Youtube sayfasında erişime açık bulunmaktadır.

Geçtiğimiz yıl “Tahkimde Güncel Sorunlar” ana başlığı altında gerçekleştirilen ilk dört çevrimiçi toplantıda yapılan sunumlar kitap haline getirilerek kamuoyu ile paylaşılmıştır. Bu kitapta da Tahkimde Güncel Sorunlar V ve VI başlığı altındaki etkinliklerde yapılan sunumlardan yalnızca metin olarak iletilenlere yer verilmiştir. İlerleyen süreçte Tahkimde Güncel Sorunlar serisi kapsamında Türk Tahkim Akademisi ve ilgili paydaşların iş birliği ile gerçekleştirilen diğer etkinliklerin de kitap haline getirilmesi planlanmaktadır.

Öncelikle bu yayının hayata geçirilmesini sağlayan değerli hocalarımıza ve tüm konuşmacılarımıza katkıları ve kıymetli destekleri için müteşekkirimiz. Ayrıca kitabın hazırlanma sürecinde desteği için Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Raportörü Açelya Şahin'e, webinarlarımızın düzenlenmesinde emeği geçen Ar. Gör. Ömer Faruk Kafalı'ya ve Abdülmecit Güldağı'na, bu kitabın basılarak okuyucuya ulaşmasını sağlayan Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı yetkililerine teşekkürlerimizi sunarız.

Türk Tahkim Akademisi
Koordinasyon Kurulu Adına

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	iii
TAHKİMDE GÜNCEL SORUNLAR V	1
YABANCI TACİR ADINA ACENTENİN YAPTIĞI SÖZLEŞMELERDEKİ TAHKİM ŞARTININ GEÇERLİLİĞİ	3
<i>Prof. Dr. Musa AYGÜL</i>	
TAHKİM ANLAŞMASI, YORUMU VE İCRASI	17
<i>Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN</i>	
MİLLETLERARASI TAHKİM'DE ADHOC TAHKİM USULÜ VE TAHKİM MAHKEMESİ TARAFINDAN YAPILAN YARGILAMADA VERİLECEK KARARLARIN TENFİZ EDİLEBİLMESİ İÇİN DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN SINIRLAMALAR (UNCITRAL MODEL KANUN md. 36)	32
<i>Av. Dr. Hakan KİTAPÇI</i>	
OLMAK YA DA OLMAMAK? – DİJİTALLEŞME EKSENİNDE ULUSLARARASI TAHKİMDE GÜNCEL GELİŞMELER	49
<i>Dr. Samet TATAR</i>	
MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR..	51
<i>Dr. Öğr. Üyesi Belkıs Vural ÇELENK</i>	
ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE VATANDAŞLIK MESELESİNE (YENİDEN) BAKIŞ	65
<i>Dr. Aysun BOLACA</i>	

TAHKİMDE GÜNCEL SORUNLAR VI.....	67
ŞİRKETLER HUKUKUNDA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ	69
<i>Prof. Dr. Erdem BÜYÜKSAGİŞ</i>	
TAHKİM SÖZLEŞMESİ.....	83
<i>Nevzat BOZTAŞ</i>	
TAHKİME ELVERİŞLİLİK.....	95
<i>Doğan AĞIRMAN</i>	
HAKEM KARARLARINA KARŞI AÇILAN İPTAL DAVALARI.....	125
<i>Tülin KURTOĞLU</i>	
TAHKİMDE İÇERİK DENETİMİ.....	155
<i>Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK</i>	
HAKEM KARARLARINA KARŞI İPTAL SEBEPLERİNDEN KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK	163
<i>Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ</i>	

TAHKİMDE GÜNCEL SORUNLAR V

YABANCI TACİR ADINA ACENTENİN YAPTIĞI SÖZLEŞMELERDEKİ TAHKİM ŞARTININ GEÇERLİLİĞİ**

Prof. Dr. Musa AYGÜL*

I. GENEL OLARAK

Türk Ticaret Kanunu m. 102/1’de acente, “*Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen*” kimse olarak tanımlanmıştır.

Acente, bağımsız tacir yardımcısıdır ve acentelik sıfatı bir sözleşmeye dayalı olarak kazanılmaktadır. Acentelik sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, kendine özgü sürekli bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Acente kanun gereği bazı temsil yetkilerini haizdir ve bunların bir kısmı emredicidir. Kanuna göre acentenin, sözleşme akdetme (TTK m. 107), hakkı koruyucu beyanları kabul ve bunları müvekkili adına yerine getirme (TTK m. 105/1), müvekkilini davada temsil etme (TTK m. 105/2) ve satılanı teslim alma ya da bedelini tahsil etme (TTK m. 106) gibi yetkileri bulunmaktadır.

Kanunun 103. maddesine göre, TTK m. 105 sadece acentelere değil, sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar (TTK m. 103/1-a) (komisyoncu-acente) ile Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlara (TTK m. 103/1-b) da uygulanacaktır.

Bu tebliğin konusu, acentenin TTK m. 105/2’deki davadaki temsil yetkisi ve bunun tahkim sözleşmelerine muhtemel etkisi üzerinedir. Özellikle Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin TTK m. 105/2’yi münhasır yetki olarak vasıflandırması, konuyu önemli hâle getirmiştir. Yargıtay önce yabancı mahkeme lehine yapılmış yetki sözleşmelerini (MÖHUK m. 47), TTK m. 105/2’de kabul edilen münhasır yetkiye aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile geçersiz saymıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin örnek bir kararı şu şekildedir:

** Türk Tahkim Akademisi tarafından 27 Mayıs 2022 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar V” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

“Davaya konu taşıma işleminde yabancılık unsuru mevcut olmakla MÖHUK’un tatbiki gerekmekte olup, bu çerçevede taraflar arasında düzenlenen konişmentolardaki yetki şartının MÖHUK ve TTK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından taraflar yetki sözleşmesi yapabilirlerse de, MÖHUK 47/1 maddesi uyarınca, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldıran sözleşme yapılması mümkün değildir. Kanun koyucu MÖHUK 54/1-b maddesi ile, Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine giren bir konuda verilen yabancı mahkemece karar verilmesini tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. **6102 sayılı TTK’nın 105/2 maddesi uyarınca, yabancı tacirlerin Türkiye’deki acentelerinin aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar yönünden acente, müvekkiline izafeten onun nam ve hesabına dava açabileceği gibi, müvekkiline izafeten acente aleyhine de dava açılabilir. Kanun’da açıkça, sözleşmelerde, bu hükme aykırı sonuç doğuracak şartların geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı düzenlemeye mülga 6762 sayılı TTK’nın 119. maddesinde de rastlanmaktadır. Gerek Kanun’da yer alan düzenlemelerden gerekse de Kanun gerekçelerinden, kanun koyucu tarafından, yabancı tacirlerin Türkiye’deki acenteleri aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak ihtilaflar yönünden dava ister izafeten acente aleyhine açılsın, isterse sözleşmenin tarafı aleyhine açılsın, bu tarz uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerine milletlerarası münhasır yetki tanındığı anlaşılmaktadır.**

Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı şirketin Türkiye’deki acentesi Maersk Denizcilik A.Ş aracılığıyla yapılan taşıma sözleşmesine ilişkin olup, konişmentonun da acente tarafından düzenlendiği dikkate alındığında, dava yerleşim yeri yurt dışında olan davalıya karşı açılmış olsa dahi Türkiye’deki acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmesine istinaden düzenlenen konişmentoya konulan uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesine dair yetki şartının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldırır nitelikte olması nedeniyle geçersiz olduğundan mahkemece eksik ve hatalı değerlendirme sonucu yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış ve kararın bu sebeple davacı yararına bozulması gerekmiştir.” 11. HD., E. 2019/3799 K. 2020/3051 T. 22.6.2020¹.

¹ Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.10.2022.

Yargıtay, kanunun gerekçesinden hareketle TTK m. 105/2'yi münhasır yetki kuralı olarak kabul etmiştir.

II. TARİHİ GELİŞİM

TTK m. 105/2 yeni bir düzenleme değildir ve 1926 tarihli ve 865 sayılı Kanundan beridir hukukumuzda bulunmaktadır. 1926 tarihli 865 Sayılı Ticaret Kanununun 95 ve 96. maddeleri aşağıdaki gibidir:

“DOKSAN BEŞİNCİ MADDE — Memur kendisine tevdi edilen ticaretin icrası için ifa etmiş olduğu muamelâtın mütevellit borçlardan dolayı âmiri namına mehakimde ikamei davaya salâhiyettar ve aleyhine dava ikamesi de caizdir.”

“DOKSAN ALTINCI MADDE — İşbu fasıl ahkâmı ecnebi ticarethane ve şirketlerinin Türkiye Cumhuriyeti dahilinde anlar nam ve hesabına icrayı muamele eden mümessillerine de tatbik olunur.”

Yukarıdaki hükümlerin mehası, 1882 tarihli İtalyan Ticaret Kanununun 375. maddesidir. Yukarıdaki hükümlerde açıkça acenteden bahsedilmemektedir. Çünkü hukukumuzda acente ilk defa 1956 tarihli 6762 sayılı TTK ile girmiştir. 865 sayılı Kanunda, yabancı tacir adına Türkiye’de işlem yapan (icrayı muamele) mümessillerden bahsedilmiş ve Türkiye’deki temsilciye karşı dava açma imkânı getirilmiştir.

Aslında 865 sayılı Kanundan önce de yabancı şirketlere karşı Türkiye’de dava açma imkânı getiren bazı düzenlemeler bulunmakta idi. 30 Teşrinisani 1330 tarihli (13 Aralık 1914) Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat m. 1’de yabancı ülkelerde kurulduğu hâlde Türkiye’de şube, acente kurarak işlem yapacak şirketlerin, şirketi mahkemede temsil yetkisini haiz vekil tayini zorunlu kılınmıştır. Madde metninin ilgili kısımları şu şekildedir:

“Madde 1 – Memaliki ecnebiyede teşekkül ederek Memaliki Osmaniye de şube veya acentehane tesis ve küşadiyle icrayı muamele edecek olan her nevi anonim ve sermayesi eshama münkasım şirketler...saniyen şirketin nizamnamei dahilinde gösterilmiş olan muamelatı aktetmeye ve muamelatı vakiadan mütevellit **hernevi deaviden şirket nam ve hesabına olarak gerek müddei ve gerek müddealehy sıfatıyla gerek diğer bir sıfatla derecatı mehakimde hazır bulunmağa mezun ve murahhas bir vekilin tayinini** mübayyin...”

Bu maddeye göre yabancı anonim şirketi temsilen görevlendirilen vekiller kanunî temsilcidir². Bu kişiler temsilci olarak hem şirket adına ve hesabına dava açabilmekte hem de bunlara karşı aynı sıfatla dava ikame edilebilecektir. Aynı muvakkat Kanunun 10. maddesinde ise, yabancı şirketlere karşı şube veya acentenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılacağı kabul edilmiştir:

“Madde 10 – İşbu kanuna tevfikân şube veya acentehane tesis olunan mahaller mensup oldukları her ecnebi anonim veya sermayesi eshama münkasım şirketler için ikametgahı kanuni olup mahalli mezkûredeki mehakim şirketin ihtilafatının mercii rü'yetidir.”

Mülga 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunda acentenin müvekkilini davada temsil yetkisi 119. maddede düzenlenmiştir. Kanun metni aşağıdadır:

“Madde 119 – Acente, aracılıkta bulunduğu veya akdettiği mukavelelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili namına yapmaya ve bunları kabule salahiyetlidir.

Bu gibi mukavelelerden çıkacak ihtilaflardan dolayı acente müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir.

Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir.”

Kanunun gerekçesine göre, genel işlem koşulları ile yabancı mahkemeleri yetkili kılan kayıtlara mâni olmak amacıyla bu şekilde bir düzenleme getirilmiştir. Gerekçede ilginç olan husus, genel işlem koşulu ile yabancı mahkemenin yetkili kılınması “suiistimal” olarak değerlendirilmiştir. Kanunun gerekçesi aynen şu şekildedir:

“Tasarının (119 - 122) nci maddelerinde acentenin yetkileri hususiyle müvekkilin namına ait olduğu temsil yetkisi teferruata varıncaya kadar tasrih edilmiştir. Bu hususta şu nokta belirtilmelidir ki acentenin müvekkili nam ve hesabına yaptığı muamelelerden çıkacak ihtilâflardan dolayı acente dâva açabileceği gibi kendisine karşı da dâva açılabilir. Bunun aksinin kararlaştırılması muteber değildir; **çünkü tecrübe göstermiştir ki basılmış olan genel şartnamelere dayanarak ecnebi müesseseler namına muamele yapan (umumi vekiller), bazan ecnebi bir mahkemenin salahiyetli olduğunu ileri sürerler. Bu suiistimali önlemek maksadiyle tasarının 119 ncu maddesi - ki bu hüküm bu bakımdan Ticaret Kanununun 95 nci maddesine tekabül eder - teklif edilmiştir.**”

² Çağa, Tahir, Acenteler Aleyhine Müvekkillerine İzaften Açılan Davalarda Sadır Olan İlamların İcrası, I. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar, 1. Baskı, Ankara 1984, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 20.

TTK m. 105'in gerekçesi de 6762 sayılı Kanunun 119. maddesinin gerekçesine benzemektedir. Özellikle önceki kanundaki “*Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir*” hükmünün sadece yabancı tacirlere uygulanmak üzere kabul edilmesinin sebebi, yabancı tacirlere karşı Türkiye’de dava açılmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. TTK m. 105’in gerekçesi aynen şu şekildedir:

“6762 sayılı Kanunun 119 uncu maddesi, 105 inci maddede bir değişiklik dışında Tasarıda korunmuştur. Maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "Bu hükümlere aykırı olan şartlar muteber değildir" hükmü "yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir" şekline dönüştürülüp ikinci fıkraya eklenmiştir. Çünkü, maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlere aykırı şartları hükümsüz saymak yerli tacirlerin acenteleri yönünden hiçbir anlam taşımamaktadır. Yerli tacirlerin yerleşme ve iş yerleri Türkiye’de bulunduğu için yetkili bir veya birkaç mahkeme bulmak ve onları mahkemeye getirmek güç değildir. **Maddenin öngörülme amacı yabancı tacirlere Türkiye’de dava açılması olanağını yaratmaktadır.**”

TTK m. 105’in amacı (*ratio legis*), Türkiye’deki acenteleri aracılığı ile sözleşme yapan yabancı tacirlere karşı Türkiye’de dava açılabilmesine imkân sağlamak ve yetki sözleşmeleri ile yabancı mahkemelerin yetkili olduğunun ileri sürülmesini önlemektir. Türkiye’deki tacirler bakımından yetkili bir mahkeme her zaman bulunabileceği için Türkiye’deki tacirler adına işlem yapan acentelerin davada temsil yetkisinin sözleşme ile kaldırılabilmesi kabul edilmiştir.

III. TTK MADDE 105/2’NİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Öğretide, TTK m. 105/2’nin hukukî niteliği hakkında farklı görüşler bulunmaktadır.

Ticaret hukuku öğretisinde³ acentenin davada temsil yetkisi (TTK m. 105/2), umumiyetle avukatlara tekel hakkı veren Avukatlık Kanunun 35. maddesinin bir istisnası olarak kabul edilmektedir. Davaya vekalet, kanundan kaynaklanmaktadır ve acentenin vekalet ehliyeti, TTK m. 105/2 şartlarına göre tespit edilir. Bu görüşü savunanlar, düzenlemenin davanın Türk mahkemelerinde görülmesine imkân tanımak olduğunu vurgulamakta ve düzenlemenin yer itibarı ile yetki kuralı olduğu noktasında açık bir ifadede bulunmamakla

³ KALPSÜZ, Turgut, Müvekkillerine İlafeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XII (1), Haziran 1983, s.8; ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2019, s. 235, dñn. 3; KAYIHAN, Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Kocaeli 2018, s.215, KAYA, Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticarî İşletme, Yedinci Kısım Acentelik, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.56-57; ALTAY, Sıtkı Anlam, Acentenin Müvekkilini Davada Temsil Etmesi, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010, s. 229.

birlikte «*ihtilâf vukuunda yabancı bir mahkemenin yetkili olduğunu ileri sürmelerini önlemek*» olduğu yönünde değerlendirmeler yapmaktadır. Ayrıca acentenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin mutlak olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Öğretide azınlıkta kalan ikinci bir görüş⁴ kanunun amacının Türk mahkemelerinde dava açılmasını sağlamak olduğundan hareketle söz konusu hükmün yetki kuralı olduğunu değerlendirilmektedir. Bu görüş, TTK m. 105/2 ile ilgili olarak “*aracılıkta bulunduğu ya da yaptığı sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acentenin müvekkili adına açacağı davalarda ya da kendisine karşı aynı sıfatla açılacak davalarda acentenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir*” görüşüyle TTK md 105/2’nin yer itibariyle yetki kuralı olduğuna işaret etmektedir. Yargıtay da yukarıdaki kararında, TTK m. 105/2’yi bir yetki kuralı; üstelik münhasır yetki kuralı olarak kabul etmiş ve yabancı mahkeme lehine yapılan yetki sözleşmesini geçersiz saymıştır.

TTK m. 105/2’nin yetki kuralı olmadığını düşünmekteyiz; çünkü madde metninde belirli bir yere işaret eden, ikametgâh, iş yeri gibi bir coğrafi kriter bulunmamaktadır. Bu hâlde yetkili mahkeme, acenteye bağlı olarak diğer yetki kurallarına (HMK m. 6, 9 ve 10...gibi) istinaden belirlenmektedir.

Söz konusu hükmün davayı takip yetkisi (HMK m. 53) olarak da nitelendirilemeyeceğini değerlendirmekteyiz. Çünkü davayı takip yetkisinde, dava yetkini davanın tarafıdır; hâlbuki acente hiçbir şekilde davanın tarafı hâline gelmemektedir. Öğreti de ağırlıklı olarak TTK m. 105/2, dava takip yetkisine ilişkin bir düzenleme olarak kabul edilmemektedir.

Kanaatimizce, TTK m. 105/2 ne bir yetki kuralı ne de Avukatlık Kanunu m. 35 istisna getiren davaya vekalet ehliyetine ilişkin bir kuraldır; kanunî temsile⁵ ilişkin bir düzenlemedir⁶.

⁴ Nomer, Ergin, Devletler Hukusu, İstanbul 2015, s. 457.

⁵ Dar anlamdan kanunî temsil, sadece fiil ehliyetini haiz olmayanların temsilini ifade eder. Geniş anlamda kanunî temsil ise fiil ehliyetine sahip olmayanlar yanında kanundan doğan temsil yetkisini de ifade etmektedir. Çalışmamızda kanunî temsilin geniş anlamı esas alınmıştır.

“Kanunî temsil yetkisinde ise ilgilinin (temsil edilen kişinin) iradesine bakılmaz; bu yetki ya kendiliğinden, ya bir mahkeme kararıyla, ya da **hukukî bir işlemin kanunî bir sonucu** olarak gerçekleşir.

...

⁶ Aynı yönde bkz: Çağa, s. 6. “Mahkeme huzurunda kanunî temsilin -TK 119/2 dışında- öngörüldüğü diğer hâllerde de durum böyledir. Ezcümle:

Ticaret Kanunumuzun 995 inci maddesinin 1 inci fıkrasında (mehaz HGB § 493 fk II) *gemi müdürünün* – temsil yetkisinin (TK 955/1) hudutları dahilinde -*donatma iştirakinin*- (müşterek donatanları) mahkemede de temsil edeceğini söylemektedir. Yani gemi müdürü donatma iştiraki adına dava açabileceği gibi iştirak namına aleyhine de dava ikame olunabilir...

Ticaret Kanunumuzun 987 inci maddesi (mehaz HGB § 527) *kaptanın* gemi bağlama limanı dışında iken donatanın temsil yetkisini düzenlerken 2 inci fıkrasında “...kendi vazifeleri çerçevesine dahil hususlarda dava açmak ta kaptanın salâhiyetleri cümlesindendir” denilmektedir. Burada da kaptan sadece bir temsil fonksiyonu ifa etmektedir: Bu temsil yetkisine müsteniden açtığı davada taraf kendisi değil, donatandır.”: Çağa, s. 6.

Acentenin müvekkilini davada temsil yetkisi, kanundan doğmaktadır. Üstelik TTK m. 105/2'ye göre, yabancı tacirler bakımından kanunî temsil zorunludur/emredicidir. Her ne kadar kanun koyucu, TTK m. 105 kapsamında kalan uyuşmazlıklarda davanın yabancı mahkeme yerine Türk mahkemelerinde görülmesini sağlamak amacıyla söz konusu düzenlemeyi kabul etse de bu amaca bir yetki kuralı ile ulaşmak yerine kanunî temsile ilişkin emredici bir düzenleme ile ulaşmayı yeğlemiştir.

IV. TTK m. 105/2'DEN KAYNAKLANAN HUKUKÎ MESELELER

Öncelikle tebliğ konusuna giren uyuşmazlık yabancı unsurludur; sözleşmenin taraflarından birisi yabancıdır. Bu sebeple öncelikle mevcut uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk probleminin çözülmesi gerekir.

TTK m. 105/2'deki kuralın vasıflandırılması, uygulanacak hukukun tespitinde önemlidir. Eğer TTK m. 105/2, yetki ya da davaya vekalet gibi usûl kuralı olarak vasıflandırılırsa, milletlerarası usûl hukukunda kabul edilen *lex fori* ilkesi gereğince, uyuşmazlık Türk hukukuna tâbi olur. Eğer TTK m. 105/2, kanunî temsil görüşünde olduğu gibi bir maddî hukuk kuralı olarak vasıflandırılırsa bu hâlde kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukukun uygulanması gerekecektir.

Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen davaya vekalet görüşü üzerinde de durulmalıdır. Davaya vekalet ehliyetinin (iradî temsil, HMK m. 70) usul hukukuna ait olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Avukatlık Kanunun 35. maddesi, Türk mahkemeleri önünde avukatlık tekeli düzenlemesi itibarı ile usûlî bir kuraldır. Bu konuda yabancı bir hukukun uygulanması düşünülemez. Özellikle kimlerin bir davada temsilci olarak yer alabileceği, yargılamanın ileri aşamalarında temsil yetkisinin yenilenmesinin gerekip gerekmeyeceği, temsil yetkisi verenin ölümü ya da iflâsı hâlinde yetkinin sona erip ermeyeceği, temsil yetkisinin geçerliliği ve etkileri, usûl hukukunda kabul edilen *lex fori* ilkesi gereğince hâkimin hukukuna tâbidir. TTK m. 105/2'in, Avukatlık Kanunun bir istisnası olarak da değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Çünkü Avukatlık Kanunu m. 35 Türk mahkemelerinde, profesyonel bir meslek olarak icra edilen avukatlık işinin kimler tarafından icra edilebileceğini düzenlemektedir. Acentenin davada müvekkilini temsil etmesi ise Avukatlık Kanunu kapsamında bir temsil değildir. Örneğin ticarî davalarda avukat ile temsil zorunluluğu getirilmiş olsa idi, nasıl TTK m. 105/2 bu zorunluluğun istisnası olamayacak idiyse aynı şekilde Avukatlık Kanununun 35. maddesinin istisnası olamayacağını değerlendirmekteyiz. Hatta öğreti aksi görüşte olsa bile Yargıtay uygulamasında, avukatın davada özel yetki (HMK m. 74) ile yapabileceği feragat, davayı kabul, sulh ve ibra gibi işleri acente özel yetkiyi haiz olmadan yapabilmektedir.

Bir önceki başlıkta ifade ettiğimiz ve katıldığımız görüşe göre, TTK m. 105/2, kanunî temsile ilişkin bir düzenlemedir. Eş söyleyişle, söz konusu düzenleme usûle değil maddî hukuka aittir. Kanunî temsile uygulanacak hukuk, MÖHUK'ta ayrıca düzenlenmemiştir⁷. Kanunî temsile ilişkin MÖHUK'ta bir hüküm bulunmaması eksiklik de değildir. Çünkü kanunî temsilin doğduğu hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuk, temsil dâhil bütün meselelere uygulanır. Acentelik sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda acentenin müvekkilini davada temsil yetkisi de acentelik sözleşmesine tâbidir. Acentenin davada müvekkilini temsil yetkisini haiz olup olmadığı, temsil yetkisini haiz ise niteliği ve kapsamı acente sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbidir. Örneğin acente sözleşmesi Alman hukukuna tâbi ise, Alman hukukunda acentenin müvekkilini davada temsil yetkisi olmadığı için acente müvekkilini davada temsil edemeyecektir. Ancak TTK m. 105/2'deki “*Yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer alan, bu hükme aykırı şartlar geçersizdir.*” hükmü üzerinde durulmalıdır. Kanun koyucu söz konusu hükmü, hangi hukuka tâbi olursa olsun yabancı tacir adına Türkiye’de sözleşme yapan ya da aracılık eden tüm acentelere uygulanmasını öngörmüştür. Bu bağlamda söz konusu hükmün MÖHUK m. 6 anlamında doğrudan uygulanan kural olduğunu düşünmekteyiz⁸. Bunun anlamı, hangi hukuka tâbi olursa olsun TTK m. 105/2, uygulama alanına giren bütün sözleşmelere kabili tatbiktir.

Acentenin müvekkilini davada temsil yetkisi, hukukî dinlenilme hakkı bakımından bazı problemlere sebebiyet verebileceği ifade edilmektedir. Örneğin davanın acenteye açılması ihtimalinde, müvekkilin davadan hiç haberdar edilmemesi sebebiyle hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi söz konusu olabilir. Öğretide bu gibi problemler sebebiyle yabancı tacir aleyhine verilmiş kararların tenfizinde problem yaşanabileceği haklı olarak ifade edilmektedir. Yabancı tacirin Türkiye’de mal varlığının olmadığı durumlarda yabancı ülkede yeni bir dava açma zorunluluğu söz konusu olabilecektir.

V. TÜRKİYE’DEKİ ACENTENİN YAPTIĞI YA DA ARACILIK ETTİĞİ SÖZLEŞMELERDEKİ TAHKİM KAYDININ GEÇERLİLİĞİ

TBK m. 504/3’ye göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekir; aksi hâlde sözleşmesi geçersiz olur. Bu bağlamda acentenin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için müvekkil tarafından özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir:

⁷ Burada MÖHUK m. 30’un uygulanması ihtimali düşünülebilirse de söz konusu hüküm iradî temsile ilişkindir.

⁸ Söz konusu hükmün maddî milletlerarası kural olduğu yönündeki görüş için bkz: Güner, Cemil, Türk Ticaret Kanununun “Yabancı Tacirlerin Acentelerinin Davada Temsil Yetkisi”ne İlişkin Hükmünün Milletlerarası Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, S. 10 (2), s. 534.

“Yine TTK.nun 121. maddesi hükmü uyarınca hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahi yetli değildir. Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/2. maddesi ile HUMK.63. maddelerinde belirtilmiştir. **Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir.** Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir.”¹¹ HD., E. 2008/5901 K. 2010/3203 T. 23.03.2010⁹.

Ancak Yargıtay’ın TTK m. 105/2’yi münhasır yetki kuralı olarak nitelendirilmesinin, tahkim anlaşmalarına etkisine değinmek gerekir. MTK m. 1 ve HMK m. 408’de tarafların iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmiştir.

Yine yabancı mahkemelerinin yetkili kılınmasına dair yetki sözleşmesi ancak yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde yapılabilir (MÖHUK m. 47). Yargıtay da TTK m. 105/2’yi münhasır yetki kuralı kabul etmiş ve bu madde kapsamında yabancı mahkemeleri yetkili kılan yetki klozlarını geçersiz saymıştır.

Münhasır yetki kuralı, yetkinin kapsamında kalan uyuşmazlığı tahkime elverişsiz hâle getirebilir¹⁰. Münhasır yetki kuralı kapsamında kalan uyuşmazlıklar bakımından, en azından tahkim yeri yabancı ülke olan bir tahkim anlaşmasının yapılamaması gerekir. Çünkü söz konusu uyuşmazlıkların münhasıran Türk mahkemelerinde görülmesi amaçlanmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararında olduğu gibi TTK m. 105/2 hükmünün münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmesi hâlinde, bu uyuşmazlıkların ülke içinde görülmesini engelleyen yetki sözleşmeleri yanında tahkim anlaşmaları da geçersiz sayılabilir. Nitekim Yargıtay çok yeni bir kararında TTK m. 105/2 kapsamında acentenin akdettiği sözleşmedeki tahkim şartını aynı gerekçelerle geçersiz saymıştır.

“... sunulan cevap dilekçesi ile yetki ve tahkim itirazında bulunulduğu, davacı vekilinin süresi içerisinde yetki ve tahkim itirazında bulunulmadığı yönündeki istinaf sebebi yerinde görülmediği, mahkemece davalının yetki itirazından önce dava şartı olan tahkim itirazının incelenmesinde de usul ve yasaya aykırı bir durum bulunmadığı, ...somut olayda; davacı firma ile davalı CoscoShipping Co Ltd. şirketi arasında imzalanan anlaşmanın 30. maddesinde “... **Tahkim yeri**

⁹ Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 01.10.2022.

¹⁰ Münhasır yetkinin tahkime elverişliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Huysal, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 249 vd.

Londra'dır ve İngiliz kanunları uygulanacaktır." hükmü bulunduğu, dava konusu uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı, mahkemenin yetkisinin münhasır yetki esasına göre düzenlenmemiş olduğu ve uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğduğu ve sözleşmede yetki ve uygulanacak hukuka ilişkin konulan yazılı şartın geçerli ve bağlayıcı olduğu, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 4/3. md. MÖHUK 62/1 maddesinde belirtilen şekilde düzenlenmiş olduğu, dava konusu uyuşmazlıkta tarafların açıkça Londra Mahkemeleri'nin yetkili olduğunu kabul ettiklerinin anlaşıldığı, ilk derece mahkemesince davanın usulden reddine dair kararının doğru olduğu, davacı tarafın istinaf sebeplerinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davaya konu taşıma işleminde yabancılık unsuru mevcut olmakla MÖHUK'un tatbiki gerekmekte olup, bu çerçevede taraflar arasında düzenlenen konişmentolardaki yetki şartının MÖHUK ve TTK kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından taraflar yetki sözleşmesi yapabilirlerse de, MÖHUK 47/1 maddesi uyarınca, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldıran sözleşme yapılması mümkün değildir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin geçerli olduğu haller kanunla belirlenir. MÖHUK 47/2. maddesinin atfıyla iş, tüketici ve sigorta sözleşmesinden kaynaklı yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk mahkemeleri münhasır yetkili mahkeme olarak belirlenmiştir. Ancak, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi başka kanunlarca da belirlenmiş olabilir. Kanun koyucu MÖHUK 54/1-b maddesi ile Türk mahkemelerinin milletlerarası münhasır yetkisine giren bir konuda verilen yabancı mahkemece karar verilmesini tenfiz engeli olarak kabul etmiştir. Kanun koyucunun mutlaka Türk mahkemelerinde görülmesini istediği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu söylemek de mümkün değildir.

6102 sayılı TTK'nın 105/2 maddesi uyarınca, yabancı tacirlerin Türkiye'deki acentelerinin aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklar yönünden acente, müvekkiline izafeten onun nam ve hesabına dava açabileceği gibi, müvekkiline izafeten acente aleyhine de dava açılabilir. Kanun'da açıkça, bu hükme aykırı sonuç doğuracak sözleşme şartlarının geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı düzenlemeye mülga 6762 sayılı TTK'nın 119. maddesinde de rastlanmaktadır.

Gerek Kanun'da yer alan düzenlemelerden, gerekse de Kanun'un gerekçelerinden, kanun koyucu tarafından, yabancı tacirlerin Türkiye'deki acenteleri aracılığıyla yapılan sözleşmelerden doğacak ihtilaflar yönünden dava ister izafeten acente aleyhine açılsın, isterse sözleşmenin tarafı aleyhine açılsın, bu tarz uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerine milletlerarası münhasır yetki tanındığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık davalı şirketin Türkiye'deki acentesi Cosco Denizcilik ve Dış Tic. A.Ş. aracılığıyla yapılan taşıma sözleşmesine ilişkin olup, dava yerleşim yeri yurt dışında olan davalıya karşı açılmış olsa dahi Türkiye'deki acentenin aracılık ettiği taşıma sözleşmesine istinaden uyuşmazlığın yabancı mahkemede görülmesine dair yetki şartının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini ortadan kaldırır nitelikte olması ve **tahkime elverişsiz bulunması nedeniyle** geçersiz olduğundan mahkemece eksik ve hatalı değerlendirme sonucu yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış ve kararın bu sebeple davacı yararına bozulması gerekmiştir.” 11. HD., E. 2020/8347 K. 2022/3672 T. 9.5.2022¹¹.

Kanaatimizce bu şekilde bir değerlendirme, Kanunun gerekçesine uygun olsa bile kanunun lafzına ve uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına aykırıdır.

İlk olarak TTK m. 105/2 hükmü bir yetki kuralı değildir; kanunî temsile ilişkindir. Yabancı tacire izafeten acenteye karşı açılan davalarda Türk mahkemelerinin yetkisinin, acente esas alınarak tesis edilmesinde bir sorun olmayacağını değerlendirmekteyiz. Haddi zatında acente esas alınarak yetkisi tesisine ilişkin bir düzenleme hukukumuzda mevcuttur. MÖHUK m. 46'ya göre sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da **acentesinin** Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Kaldı ki 30 Teşrinisani 1330 tarihli (13 Aralık 1914) Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasım Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat döneminde olduğu gibi temsil ve yetki iki ayrı maddede düzenlenmelidir.

İkinci olarak, temsil olunan ile bizzat yapılan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta münhasır yetki söz konusu değilken, aynı sözleşmenin kanunî temsilci aracılığı ile yapılmasında münhasır yetkinin söz konusu olması, münhasır yetkinin amaçları bakımından savunulması zor görünmektedir. Tüketiciyi korumak gibi bir saikin olmadığı ve her iki tarafın da tacir olduğu bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır olması gerektirecek bir sebebin olmadığını düşünmekteyiz.

¹¹ Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 13.03.2023.

Üçüncü olarak, TTK m. 105/2'nin münhasır yetki kuralı olarak kabulü, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına da uygun düşmemektedir. Yargıtay'ın bu yorumundan sonra, yabancı tacirler Türk acenteler aracılığı ile sözleşme yapmaktan kaçınabileceklerdir. Türkiye'deki acente aracılığı ile yabancı tacirler ile sözleşme akdeden Türk tacirlerinin günümüzde bu şekilde korunmaya ihtiyacı olmadığını düşünmekteyiz.

Dördüncü olarak acentenin bulunduğu yer mahkemelerinin münhasır yetkisine istinaden yetki sözleşmelerinin ve tahkim anlaşmalarının geçersiz sayılması ihtimalinde Türk mahkemelerinden verilen kararların yabancı ülkedeki tacire karşı tenfiz kabiliyetinin düşük olabileceğini değerlendirmekteyiz. Özellikle yetki ve tahkim anlaşmalarının geçersiz sayılarak yetki tesis edilmesi, tenfiz talebinin reddi olarak değerlendirilebilir. Çünkü Türk mahkemesinden verilen kararın, *aşırı yetki* kapsamında verilen bir karar olarak değerlendirilmesi ihtimal dâhilindedir. Bu hâlde yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen ya da tahkim anlaşmasına istinaden yabancı ülkede yeniden dava açılması zorunluluğu ortaya çıkabilecektir.

Son olarak doktrinde¹² TTK m. 105/2'nin bir yetki kuralı olarak değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce de sorun, kanun koyucunun davanın Türk mahkemelerinde görülebilmesini kanunî temsile ilişkin bir düzenleme ile yapmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple söz konusu hükmün, münhasır nitelikte olamayan bir yetki kuralı olarak yeniden tanzim edilmesinin milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına daha uygun olacağını ve pek çok problemin ortadan kalkabileceğini düşünmekteyiz.

VI. SONUÇ

Acente, TTK m. 105/2'ye göre müvekkili adına (müvekkiline izafeten) dava açabilir ve yine müvekkili adına kendisine karşı Türkiye'de dava açılabilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, acentenin yaptığı sözleşmede yabancı mahkeme lehine yapılan yetki sözleşmesini TTK m. 105/2'deki münhasır yetki kuralına aykırı olduğu gerekçesi ile geçersiz saymıştır. Gerçekten de söz konusu hükmün tarihî gelişime bakıldığında Kanun Koyucunun amacının tam da Yargıtay'a konu olayda olduğu gibi yabancı mahkemeleri yetkili kılan yetki sözleşmelerinin geçersizliği ile davanın Türkiye'de görülmesini sağlamaktır.

¹² Emre Esen, Acentenin müvekkilini Mahkemede Temsil Yetkisi (İzafeten Dava Hakkı): Türk Ticaret Kanununun Milletlerarası Usul Hukuku Açısından İncelenmesi, Public and Private International Law Bulletin, 41 (2), 2021, s. 597 vd.

Türk Ticaret Hukuku öğretisinde genellikle TTK m. 105/2, davaya vekalet ehliyeti kapsamında Avukatlık Kanunu m. 35'in bir istisnası olarak kabul edilmektedir. Azınlıkta olmakla birlikte öğretilde söz konusu hükmün yetki kuralı olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Kanaatimizce TTK m. 105/2 kapsamında acente, kanunî temsilcisidir. Kanun koyucu acentenin yaptığı ya da aracılık ettiği sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların Türkiye'de görülmesini amacına bir yetki kuralı ile değil, kanunî temsil hükmü ile varmaya çalışmıştır.

Öncelikle sorun yabancı unsurludur ve uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. TTK m. 105/2, yetki kuralı ya da davaya vekalet ehliyeti görüşünde olduğu gibi usûl kuralı olarak vasıflandırılırsa *lex fori* ilkesi gereğince Türk hukuku, maddî hukuk kuralı olarak vasıflandırılırsa *lex casuae* uygulanır. Katıldığımız görüş uyarınca TTK m. 105/2 maddî hukuk kuralıdır ve temsil yetkisi acente sözleşmesine tâbidir. Ancak TTK m. 105/2 cümle 2'deki emredici düzenlemenin MÖHUK m. 6 anlamında doğrudan uygulanan kural olması sebebiyle, uygulama alanına giren bütün uyuşmazlıklara uygulanacağını düşünmekteyiz.

Yargıtay'ın TTK m. 105/2'nin münhasır yetki olduğu ve Türkiye'deki acentenin yaptığı ya da aracılık ettiği sözleşmelerdeki tahkim kaydının geçersiz olduğu yönündeki kararı yerinde değildir. Katılmadığımız ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olmayan Yargıtay'ın bu kararı, pek çok açıdan eleştirilmektedir.

TAHKİM ANLAŞMASI, YORUMU VE İCRASI***Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN******Giriş**

Yargılama temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkim, dayanağını, tarafların bu konuda yapmış oldukları “tahkim anlaşması”ndan almaktadır. Anayasa’nın 9’uncu maddesi uyarınca Türk milleti adına tarafsız ve bağımsız mahkemelerce yargı yetkisi kullanılır. Esasen tahkim yargılamasında hakem veya hakem kurulu, meşruiyetini tahkim anlaşmasından alır. Bu sebeple, geçerli bir tahkim anlaşmasının akdedilebilmesi, sağlıklı bir tahkim yargılaması için olmazsa olmaz niteliktedir. Bu tebliğde, tahkim anlaşmasının tanımı, hukuki niteliği ve geçerli olarak kurulabilmesine ilişkin şartlar, yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

I. Tahkim Anlaşması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu anlamında tahkim, özel hukuktan kaynaklanan ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir uyuşmazlığın, tarafların iradesiyle, devlet mahkemeleri yerine bir veya daha fazla hakemden oluşan bir yapı eliyle ve bağlayıcı bir kararla çözülmesini ifade eder.

Tahkim anlaşmasının kurulması, geçerliliği ve tahkim itirazı, esasen tahkimin tabi olduğu hukuka (*lex arbitri*) göre belirlenir. Tahkimin tabi olduğu hukuk ise esasen her ülke hukukunun milli düzenlemeleri ile belirlenir. Ancak, bugün için yüz altmıştan fazla ülkenin taraf olduğu 1957 tarihli New York Konvansiyonu açısından, tahkimin tabi olduğu hukuku belirlemek açısından ölçüt, bütün taraf ülkeler açısından bağlayıcı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, “tahkim yeri” tahkimin tabi olduğu hukukun belirlenmesi açısından geçerli ölçüttür. Bu kapsamda, ülkemizin de New York Konvansiyonu’na taraf olduğu hususu dikkate alındığında, bir tahkim yargılamasının ne zaman yabancı olduğu sorusu, tahkim yerinin neresi olduğu sorusuna göre cevaplanacaktır.

Türk milli düzenlemeleri (Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu) New York Konvansiyonu ile uyumludur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 27 Mayıs 2022 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar V” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

millî hakem kararının söz konusu olabilmesi açısından, Kanun'un 407'nci maddesi dikkate alınmalıdır. Buna göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri – dolayısıyla hakem kararına ilişkin hükümleri de– yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklara uygulanır. Şu hâlde Hukuk Muhakemeleri Kanunu da “tahkim yeri” ölçütünü benimsemiştir.

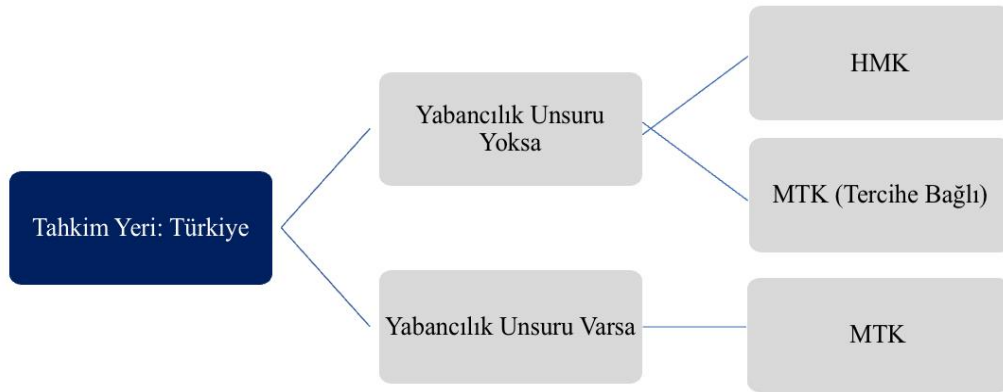
Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre verilen hakem karardan söz edilebilmesi için, öncelikle Kanun'un uygulama alanının belirlenmesi gerekir. Kanun'un kapsamı, 1'inci maddenin ikinci fıkrasında şu şekilde düzenlenmektedir: Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Buna göre, Kanun'un 2'nci maddesi çerçevesinde Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın öncelikle yabancılık unsuru içermesi gerekir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2'nci maddesinde, bu kanun anlamında yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği tanımlanmıştır. Buna göre,

“1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması. 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi”

hâllerinde uyuşmazlık yabancılık unsuru içerir. İkinci olarak yabancılık unsuru içeren uyuşmazlık açısından, tahkim yeri Türkiye olarak belirlenmiş ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanır. Dolayısıyla, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği bir uyuşmazlık, yabancılık unsuru içermesine rağmen “millî” hakem kararı olarak nitelendirilerek Türkiye’de icra edilebilir ve kesin hüküm etkisi gösterir. Söz konusu bu hüküm ile tahkim yeri ölçütü benimsenerek milletlerarası eğilime uyum sağlanmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1’nci maddesinin ikinci fıkrasında ayrıca, tahkim yeri Türkiye olmasa bile Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanarak verilen hakem kararlarının da “millî” hakem kararı vasfını haiz olacağı ve tahkim anlaşmasının da bu kapsamda Milletlerarası Tahkim Kanunu’na tabi olacağı kabul edilmiştir.

Tahkimin Tabi Olduğu Hukuk – *Lex Arbitri*



II. Tahkim Anlaşmasının Hukuki Niteliği

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu kapsamda kimi yazarlar tahkim anlaşmasını bir maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirirken kimi yazarlarca bir usul hukuku işlemi olduğu belirtilmiş; keza karma nitelikte olduğu görüşü de savunulmuştur.

Kanaatimizce tahkimin bir maddi hukuk kurumu olduğu konusundaki görüş ve gerekçeler isabetsizdir. Bir dönem ileri sürülen hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar veremeyecek olması, tahkimin maddî hukuka ait olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmaz. Kaldı ki bugün için Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 422’nci maddesinde hakemlerin kendi yetkisi hakkında da karar verebileceğini açıkça düzenledikten sonra, söz konusu argüman geçerliliğini yitirmiştir.

Tahkim sözleşmesinin maddî hukuka ait olmasının bir gerekçesi olarak da, hakem kararının kesin hüküm etkisine sahip olabilmesi için, devlet mahkemesinden icra edilebilirlik

şerhi alınması ihtiyacı gösterilmiştir. Kanaatimizce, bu gerekçe de ikna edicilikten uzaktır. Hakem kararının ancak devlet mahkemesinden alınan şerh ile icra edilebilecek olması, yalnızca devletin cebrî icra tekeline elinde tutmak istediği sonucunu doğurur. İkincisi, bu argüman da bugün için geçerliliğini yitirmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hakem kararları açısından icra edilebilirlik şerhi alınmasına ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Hatta hakem kararlarına karşı iptal dâvâsı açılmasının, hakem kararının icrasını kural olarak durdurmayacağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 439’uncu maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. İptal dâvâsında, kanunda sayılı sınırlı sebeplerle inceleme yapılacağı dikkate alındığında, hakem kararının söz konusu vasfı, tahkim sözleşmesinin usûl hukuku kurumu olarak nitelendirilmesi sonucuna götürür.

Tahkim sözleşmesinin maddî hukuk kurumu olarak kabul edilmesine bir mâni de neticede ortaya çıkan hakem kararlarına ilişkin yapılan vasıflandırmadır. Aşağıda da inceleneceği üzere, hakem kararları millî ve yabancı hakem kararları olarak ayrılmaktadır. Taraflar maddî hukuk sözleşmelerini, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 24 ve devamı maddeleri uyarınca, yaptıkları hukuk seçimi ile pekâlâ yabancı bir hukuka tabi kılabilir. Ancak bir sözleşme, yabancı hukuka tabi kılınması sebebiyle “yabancı” olarak vasıflandırılmaz. Örneğin, “yabancı” bir satım sözleşmesinden söz edilmez. Oysa tahkim yargılaması ve hakem kararı açısından yabancı nitelendirilmesi yapılmaktadır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 60 ila 63’üncü maddeleri arasında, açıkça “yabancı” hakem kararlarının tanınması ve tenfizinden söz edilmektedir. Keza yaygın uygulama alanı olan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, “yabancılıktan” söz etmektedir. Şu hâlde tahkim sözleşmesini maddî hukuk karakterli olarak izah etmek, mevcut gerekçelerle uygun görünmemektedir.

Kanaatimizce, sözleşmenin kurulması açısından 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun uygulanacak olması, hukukî niteliğin tespiti açısından önem arz etmez. Esasen sözleşmeden maksat, tarafların belli bir sonuca yönelmiş karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmasıdır. Söz konusu sözleşme tanımı dikkate alındığında, bir işlemin “sözleşme” olarak nitelendirilmesi, onun içeriğinden bağımsızdır. Sözleşme ile temellendirilen yükümlülükler ise, yalnızca bir sözleşme akdedilmesinin sonucudur. Başka bir anlatımla, sözleşme kavramı, genel olarak tüm hukuk alanlarında geçerli bir kategoriyi ifade etmektedir. Hiçbir hukuk alanında sözleşmeler, borçlar hukuku alanında olduğu gibi detaylı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle kamu hukukuna ilişkin sözleşmeler de dâhil, diğer alanlara ait sözleşmelerin kurulması açısından, Türk Borçlar Kanunu’nun hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Kaldı ki Türk Borçlar

Kanunu hükümleri de doğrudan değil, açık düzenleme bulunmayan konularda niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu 412'nci maddesinin üçüncü fıkrası tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını öngörmekte; fakat buradaki yazılılığın gerçekleştiğini kabul için, borçlar hukuku anlamında adî yazılı şekilden farklı olarak, bir elektronik posta teatisini yahut dâvâ dilekçesine karşı sessiz kalmayı dahi yeterli saymaktadır. Ayrıca, maddî hukuk itibariyle bir sözleşmeden söz edilmesi durumunda, ayrıca mahkeme önünde dâvâ edilebilir bir yükümlülük yaratılmış olması icap eder. Oysa tahkim sözleşmesiyle böyle bir yükümlülük getirilmemekte, yalnızca devlet mahkemesinin yetkisi, bir ilk itiraz olarak ileri sürülmesi şartıyla, ortadan kaldırılmaktadır.

Tahkim sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin yukarıda aktarılan tartışma, esas itibariyle iki hukuk alanının birbirinden ayrılmasına dayanmaktadır. Şayet maddî hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı arasında bir ayırım yapılmasına imkân tanıyacak ölçüt veya ölçütler tespit edilirse, tahkim sözleşmesini de getirilen ölçütler çerçevesinde iki başlıktan birisi içerisinde mütalaa etmek mümkün olur.

Maddî hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralının ayırt edilmesine ilişkin olarak şu ölçütlerin kullanılması önerilmiştir:

1. Normun amacı
2. Normun unsurları
3. Normun hukukî neticeleri
4. Normun kararın içeriğini etkilemesi veya kararın teknik olarak verilmesini düzenlemesi
5. Normun hak veya yükümlülük tanınması yahut hukukî korumayı düzenlemesi
6. Normun ilk ve asli etkisinin bulunduğu yer

İki kavramın birbirinden ayrılabilmesi için en azından bunlardan birinin; eğer ikiden fazla kavram mevcutsa, biri hariç diğerlerinin ne olduğunun bilinmesi gerekir. Bir olgunun tanımının verilmesi ise, onu kendisi yapan bütün özelliklerinin mümkün olan en özel hâli ile zikredilmesi, ona yabancı olan hususların ondan ayrılması suretiyle mümkündür. Maddî hukukun gerçekleştirilmesine hizmet etmeyi amaçlayan usûl hukuku kuralını, bu amaç çerçevesinde şu şekilde tanımlamak mümkündür: Maddî hukuktan kaynaklanan bir hakkın ihlâl yahut inkâr edildiği veya tehlikeye düşürüldüğü, istisnaen mevcut olmadığı iddiası ile mahkemeye başvurulması ile başlayan ve mahkemenin nihaî kararı ile sona eren süreci düzenleyen kural. Maddî hukuk kuralları, herhangi bir çekişme olmaksızın yaşam ilişkilerini

düzenlemeyi, usûl hukukuysa, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra, taraflarca ileri sürülen farklı iddiaların, maddî hukuk kurallarının hazırladığı resme göre, kendi aracı olan yargılama içerisinde değerlendirilmesini ve tekrar ilişkilerin istikrar kazanmasını hedefler. Netice itibariyle, maddî hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayrılırken, tartışma konusu kuralın düzenlemeyi hedeflediği alana ve aşamaya bakılmalı, şayet bir çekişmenin giderilmesine ilişkin olarak taraflara veya mahkemeye yönelik bir hüküm ise usûl hukuku kuralı olarak kabul edilmeli, aksine herhangi bir çekişme durumunu öngörmeksizin, yaşam ilişkilerini düzenliyorsa maddî hukuk kuralı olarak nitelendirilmelidir.

Tahkim sözleşmesinin düzenlemeyi hedef aldığı alan, bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, söz konusu uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin yöntemdir. Bu şekilde tahkim sözleşmesi, özel kişilerce –hakem– tarafların maddî hukuk kaynaklı iddiaları açısından bir karar verilmesini mümkün kılmayı hedeflemektedir. Kaynağını devletin egemenlik yetkisinden almadığı için Anayasa’nın 9’uncu maddesine de aykırılık teşkil etmeyen tahkim sözleşmesi, objektif hukuk kuralının tarafsız ve bağımsız hakemler eliyle ve belli bir yargısal usûlle uygulanmasını sağlaması sebebiyle bir özel yargılamayı ortaya çıkarmaktadır. Şu hâlde tahkim sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi olduğunu kabul etmek tutarlı ve isabetli olur.

Nitekim Yargıtay 13.04.2018 tarih ve 2016/2 Esas, 2018/4 Karar sayılı “İçtihadı Birleştirme Kararı” ile tahkim anlaşmasının bir “usul hukuku sözleşmesi” olduğuna karar vermiştir.

III. Tahkim Anlaşmasının Kurucu Unsurları

Tahkim anlaşmasının geçerli şekilde kurulması, birtakım koşulların birlikte gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Buna göre, geçerli bir tahkim anlaşması için, tahkim iradesi, ehliyet, şekil, belirli bir hukuki ilişki bulunma ve elverişlilik koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

Tahkim Sözleşmesinin Kurucu Unsurları

Tahkim İradesi

Ehliyet

Yazılı Şekil

Belirli Bir Hukuki İlişki

Tahkime Elverişlilik

A. Tahkim İradesi

1. Tahkim İradesinin Açıklığı

Tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulduğunun kabul edilebilmesi için tarafların tahkim iradelerinin şüphe ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir.

Tahkimi ve devlet yargısını birlikte yetkilendiren veya tahkimin bağlayıcı olmadığı gibi yorumlara yol açabilecek tahkim anlaşmaları geçersiz olacaktır. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında bu hususa işaret etmektedir. Örneğin;

«Anılan Sözleşmenin 5. sayfasında yazılı olduğu üzere taraflar işbu sözleşmeyle ilgili herhangi bir konuda ihtilaf çıktığında mahkemeden önce biri bilirkişi ve hakeme müracaat etmeyi kabul ederler kuralı benimsenmiştir. Davanın hakemde görülmesi istisnai bir dava yoludur. Bu nedenle tahkim şartının kesin olması gerekir. Tarafların kabul ettiği ve yukarıda anılan hakem şartı kesin nitelikte değildir.» Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 1992/3004, K. 1992/3710.

«Tarafların ihtilafın hakemde görülmesi iradesinin kesin ve kararlı olması gerekir Somut olayda taraflar arasındaki sipariş belgelerinde yer alan genel şartların 13 4 maddesinde tahkim şartının yanı sıra davalının dilediği takdirde alıcıya karşı herhangi bir yetkili mahkemede de dava açabileceği belirtilmiş olup bu durumda kesin

bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden mahkemece tahkim ilk itirazının reddi»
19 Hukuk Dairesi E. 2016/10552, K. 2018/256.

Bunun yanında, Yüksek Mahkeme içtihatları incelendiğinde,

«[t]araflar aralarındaki anlaşmazlıkları evvela kendi aralarında anlaşip çözmeye çalışacaklardır. Anlaşmazlıkları aralarında çözemediklerinde; tarafların üzerinde anlaşip belirleyecekleri üç kişilik bilirkişi heyeti ile hakem kurulu sağlanacaktır. Taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde konutların bulunduğu Karaburun Mahkemelerinin veya İzmir Mahkemelerinin icra dairelerinin yetkili olduğu taraflarca kabul edilmiştir»

«...hakem heyetince 30 gün içerisinde çözüm sağlanamazsa, Sivas mahkemeleri yetkilidir»

«Uyuşmazlık davacının seçimine göre TOBB tahkimde veya İstanbul mahkemelerinde çözülecektir»

«Her bir tarafın davacının bulunduğu ülkenin hukukunu uygulama ve mahkemelerine başvurma haklı saklı olmak üzere, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmayacak şekilde işbu Sözleşme'ye her bakımdan hakim hukuk Kaliforniya Eyaleti hukukudur. İşbu Sözleşme'den ya da işbu Sözleşme'ye ya da konusuna ilişkin olarak ortaya çıkan tüm uyuşmazlıklar münhasıran Amerikan Tahkim Birliğinin Ticari Tahkim Kuralları uyarınca bağlayıcı tahkim yolu ile çözülecektir. »

şeklindeki kayıtların geçersiz bir tahkim anlaşması olarak kabul edildiği görülmektedir.

Ayrıca, tahkime ilişkin klotda yalnızca “tahkim yolu ile çözülebilir” şeklindeki bir ifadenin dahi zaman zaman yeterli kabul edilmediği görülmektedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 43. Hukuk Dairesi bir kararında,

«Geçerli bir irade açıklaması, tahkim sözleşmesinin kurucu unsurudur. ... Genel Satış Hüküm ve Şartları'nın 21. Maddesinde, tahkim yeri Kopenhag olarak belirlenmiş olmasına rağmen, 25.05.2015 tarihli bayilik sözleşmesinde tahkim yerinin ...'un takdirine bağlı olarak İstanbul veya Ankara olacak şekilde belirlenmiştir. Taraflar arasında imzalanan sözleşme ve eklerinde farklı tahkim yerlerinin belirlenmiş olması ve ayrıca bayilik sözleşmesinde tahkim yerinin ...'un takdirine bağlı tutulması davalının aleyhine yapılacak tahkim müracaatında tahkim yerinin belirsiz kalacak olması nedeniyle tahkim şartının geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, davalı bir Türk şirketi olup tahkim itirazında bulunması da dürüstlük kuralına aykırıdır.»

gerekçesiyle tahkim kaydının geçersizliğini karar vermiştir. Kanaatimizce tahkim yerinin belirsizliğine ilişkin çekince dolayısıyla tahkim kaydının geçersizliğine karar verilmesi isabetsizdir. Zira tahkim yerinin belirtilmesi tahkim anlaşmasının zorunlu unsuru değildir ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 425'nci maddesinde ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 9'uncu maddesinde tahkim yerinin belirlenememesi halinde hakem kurulunca gerçekleştirilecek işlemler ve tahkim yerinin nasıl belirleneceği düzenlenmektedir.

Bunun yanında, tahkim anlaşmasının yanında, hakemlerin seçilmesi yahut anlaşma kapsamı dışında kalan konularda yetkili mahkemenin tayin edilmesinin, tahkim iradesini sakatlamadığı kabul edilmektedir.

Örneğin, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında,

«Taraflarca imzalanan sözleşmenin 32. maddesinde de “Anlaşmazlıkların çözümü” düzenlemesine yer verilerek “4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1. nolu bendinde sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda bu sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde Ankara Mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı” vurgulanmıştır. Devamla 32.2 maddede 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1.nolu bendinde belirtilen hallerin varlığında ... ihtilafın 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerince uyuşmazlığın çözümleneceği belirtilmiştir. Maddenin devamında hakemlerin seçim usulü açıklanmış, anlaşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları Türk hukukuna tabi olacaktır, dil Türkçe, tahkim yeri Ankara ve yetkili Mahkeme Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi olacak denilmiştir. Bu maddedeki mahkeme belirlemesi 4686 sayılı kanunun 3. maddesindeki açıklamalara uygun şekilde yapılmış bir tespittir.»

Daire yakın tarihli bir kararında da aynen (15. HD, 12.12.2019, 2824/5139),

«Gerçekten de Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçeli kararında belirtildiği gibi tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için tarafların tahkim iradelerinin şüpheye ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir. Uyuşmazlıkların öncelikli olarak hakemlerce, olmazsa mahkemelerce çözüme bağlanacağı kararlaştırılan tahkim sözleşmeleri veya şartları açık ve kesin tahkim iradesini içermediğinden geçerli sayılamaz. Somut olayda 20.08.2007 tarihli asıl sözleşmede 12.maddede; “..... uyuşmazlıkların hallinde iş bu sözleşmeden doğan veya sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar ... Ticaret Odasının tahkim kuralları uyarınca tahkim yoluyla çözüme

bağlamayı taraflar kabul ederler" hükmü kabul edilmiş, 14.10.2010 tarihli düzenleme şeklinde ek sözleşmede ise XIV. Maddesin de tahkime ilişkin hüküm " çözümlenemeyen uyuşmazlıkların hallinde ... Ticaret Odası Tahkim kuralları çerçevesinde ... Ticaret Odasının Tahkim Kurullarının görevli ve yetkili oldukları, ... tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olamadığı halde, ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğunu, taraflar gayri kabili rücu kabul, beyan ve taahhüt ederler" şeklinde düzenlenmiştir. Görüleceği gibi ek sözleşmedeki düzenleme de tahkim iradesinden açıkça vazgeçilmemiş, istisnai olarak F1 tahkim kurullarının bu görevi yapmasının mümkün olamaması halinde ... Mahkeme ve İcra Müdürlüklerinin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle taraflar arasındaki tahkim anlaşmasının geçerli olduğunun kabulü gerekeceğinden...»

gerekçesiyle tahkim kurumunun görev yapamaması halinde mahkemelerin yetkili kılınmış olmasına ilişkin bir tahkim kaydını geçerli kabul etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında da alternatifli olarak tahkim kurumlarının düzenlenmiş olmasının tahkim iradesini sakatlamayacağı kabul edilmiştir (HGK, 09.06.1999, 467/489):

«Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkansız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç'deki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11.9.1992 tarihinde yapılan ilave ile "Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyeti gibi, taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.»

Tahkim iradesini ayakta tutan, tahkim dostu (arbitration friendly) yorum tarzının, ülkemizin bir "tahkim ülkesi" olması idealine de katkı sağlayacağı değerlendirilmelidir.

2. *Asimetrik Tahkim Anlaşmaları*

Tahkim anlaşmalarında kural tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmasıdır. Bu nedenle, kural olarak tahkime müracaat bakımından taraflar arasında bir ayrım yapılamaz. Asimetrik tahkim anlaşmalarında ise bu eşitlik/simetri, bir kanun hükmü ya da taraf iradeleriyle kaldırılmaktadır. Örneğin,

- Tahkime müracaat hakkının/yükümlülüğünün sadece bir tarafa tanınmış olması,
- Taraflardan birine seçme hakkı verirken diğer tarafa bu seçim hakkının tanınmaması ya da
- Farklı şartlarda tahkime müracaat imkanının tanınması gibi

durumlarda, asimetrik tahkim anlaşmasından söz edilir. Finans hukukunda kredi veren lehine veya inşaat sektöründe bu tür tahkim kayıtlarına rastlanmaktadır.

Asimetrik tahkim anlaşmaları açısından klasik yaklaşım, bu tür anlaşmaların geçersiz olması gerektiği yönündedir. Ancak yeni yaklaşımlar, kamu düzeni ve dürüstlük kuralına aykırı olmamak kaydıyla bu tür anlaşmaların da geçerli olması gerektiği yönündedir. İngiliz mahkemeleri de son zamanlarda asimetrik tahkim anlaşmalarının geçerliliği yönünde kararlar (*Pittalis v. Sherefettin* ; *NB Three Shipping Ltd. v. Harebell Shipping Ltd.*) vermiştir. Yargıtay'ın ise bu konuda “kesin bir tahkim iradesinden” söz edilemeyeceği ve dolayısıyla asimetrik tahkim anlaşmalarının geçersizliği yönünde karar verdiği görülmektedir. Örneğin;

«... tahkim şartının yanı sıra davalının dilediği takdirde alıcıya karşı herhangi bir yetkili mahkemede de dava açabileceği belirtilmiş olup bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden...» (19. HD, 30.01.2018, 10552/256)

3. *Genel İşlem Şartlarında Tahkim İradesi*

Birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere taraflardan birisi tarafından hazırlanmış, genel ve soyut nitelikte, ileride yapılacak bir sözleşme için hazırlanmış ve müzakere edilmemiş şartlar, genel işlem şartı olarak nitelendirilmektedir. Tahkim kaydına genel işlem şartları arasında yer verilmesi, özellikle milletlerarası sözleşmelerde az görülen bir durum değildir. Örneğin konşimentolarda sıklıkla tahkim ya da yetki kaydı yer alabilmektedir.

Taraflar bazı hallerde tahkim anlaşmasını, içerisinde tahkim kaydı bulunan bir genel işlem şartına atıf yapmak suretiyle gerçekleştirmek istemesi mümkündür.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. Bu noktada, acaba atıf yapılan genel işlem şartları içerisindeki tahkim kaydına ayrıca atıf yapılmasının gerekip gerekmediği konusu karşılaştırmalı hukukta tartışmalıdır. Ancak Yargıtay'ın genel bir atfı dahi yeterli kabul ettiği görülmektedir. Örneğin;

«asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de tahkim sözleşmesinin yapılmış sayılacağı kabul edildiğinden, olayda da elektronik ortamda gerçekleşen 07.09.2009 tarihli sözleşme sırasında Deniz taşımacılığı için dünyada en yaygın şekilde kullanılan standart yol charter sözleşmesi olan Gencon 94 kurallarına yollamada bulunulmakla, Gencon 94'ün 19 uncu maddesinde tahkim kaydının bulunduğu gözetildiğinde geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilerek dava konusu uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı ve taraflar arasında geçerli kabul edilen tahkim sözleşmesi çerçevesinde, Gencon 94 kuralları gereği Londra Deniz Hakemleri Birliği tarafından İngiliz Hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle, davalılar vekilinin tahkim itirazının kabulüyle, mahkemenin görevsizliği nedeniyle 4686 sayılı Yasanın 5 inci maddesi gereğince davanın reddine karar verilmiştir.» (11. HD., Tarih: 18.4.2013, Esas No: 2012/6961, Karar No: 2013/7612)

B. Yazılı Şekil

Tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulması, esas itibarıyla “yazılı şekilde” yapılmasını bağlar (MTK m. 4/2; HMK m. 412/3, New York Konvansiyonu madde 2). İçerik itibarıyla örtüşmesi dolayısıyla, HMK m. 412/3 hükmüne yer vermekle iktifa ediyoruz:

(3) Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.

Zikredilen hüküm(ler) çerçevesinde tahkim anlaşması açısından yazılı şekil;

- Taraflarca imzalanmış yazılı bir belgede yer alması

«Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi geçersizdir. Davalının dayandığı **paket-tur sözleşmesinde davacılardan H....'nın imzası bulunmadığına göre**, bu davacı açısından geçerli bir tahkim sözleşmesinden söz etmek olanaksızdır» 13. HD., Tarih: 25.9.2006, Esas No: 2006/7789 Karar No: 2006/12275.

- Taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracında bulunması

“somut uyuşmazlıkta sözleşmenin yazılı olduğu hususunda ihtilaf olmadığı, bu sözleşmenin tarafların brokerları aracılığıyla teati edilen elektronik posta iletileri sonucu kurulduğu” 11. HD., Tarih: 11.3.2015, Esas No: 2014/17964 Karar No: 2015/3319.

hallerinde gerçekleşmiş olur. Ayrıca taraflar arasında teati edilen bir belgenin elektronik ortama geçirilmiş olması halinde tahkim anlaşması akdedilmiş olur. Ancak, bir “teati”nin söz konusu olmadığı hallerde, geçerli bir tahkim anlaşmasından söz edilemez. Örneğin,

«Davacı tahkim iradesini bildirmiş olup, davalı taraf ise aynı iradeyi gösterdiğine ilişkin açık veya örtülü bir beyanda bulunmamış ya da davacının ileri sürdüğü sözleşme koşullarını aynen ifa ederek fiili bir kabul içine girmemiştir. Bu durumda tarafların tahkim sözleşmesi konusunda birbirine uygun irade beyanında bulundukları kabul edilemez.» 19. H.D., Tarih: 24.05.2012, Esas No: 2012/3057 Karar No: 2012/8736.

C. Belirli Bir Hukuki İlişki

Tahkim anlaşmasının geçerli olabilmesi için, ilişkin olduğu hukuki ilişkinin belirlenebilir olması icap eder. Tarafların sözleşmelerinden kaynaklansın veya kaynaklanmasın aralarındaki mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkları, hukuki ilişki sözleşmeden, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklansa bile tahkime konu kılmaları mümkündür. Ancak doğmamış hukuki ilişki için (ileride aramızda çıkacak bütün uyuşmazlıklar için vb.) tahkim anlaşması yapılamaz.

Bu noktada, tahkim anlaşmasının kapsamının belirlenmesi açısından, kaleme alınan ifadeler ayrıca önem taşır. Örneğin, «İşbu sözleşmeden doğacak ihtilâflar....» denildiğinde sözleşmeden kaynaklı bütün ihtilâflar tahkimde görülür. Ancak «sözleşmenin yorumlanması, ifası...» gibi bir ifade varsa bu takdirde sayılanlar dışında kalan konular tahkimin kapsamı

dışındadır. «İşbu sözleşmeden doğacak veya sözleşmeyle bağlantılı/ilişkili bütün ihtilâflar...» gibi bir ifade söz konusu olduğunda sözleşme ile bağlantılı haksız uygulamaların da tahkim anlaşması kapsamında kalabileceği ifade edilmektedir. Örneğin sözleşmeyle ilgili haksız rekabet ihlallerinin tahkime dahil edilebileceği kabul edilmektedir.

D. Ehliyet ve Temsil

Tahkim anlaşmasını akdedecek kimsenin, bu sözleşmeyi akdetme ehliyet ve yetkisine sahip olması icap eder. Bu noktada tam ehliyetlilerin geçerli bir şekilde tahkim anlaşması akdedebilecekleri hususu çekişmesizdir.

Temsil açısından ise HMK m. 74 ve TBK m. 504/III hükümlerinin dikkate alınması icap eder. Buna göre vekil, “özel olarak yetkilendirilmediği sürece” hakeme başvuramaz. Yargıtay eski kararlarında tahkim sözleşmesi yapan temsilcinin özel yetkiyi haiz olup olmadığı hususunu kamu düzeninden saymakta ve re’sen dikkate alınması gerektiğine karar vermekte idi. Ancak Yargıtay, bu görüşünü değiştirmiş, icazet verilmesi veya tahkim anlaşmasına karşı çıkılmaması halinde tahkim anlaşmasını geçerli kabul etmektedir. Hatta Yargıtay bazı kararlarında, yetkisiz temsilci tarafından yapılan tahkim anlaşmasına sonradan itiraz edilmesini dürüstlük kuralına aykırı kabul etmiştir.

E. Tahkime Elverişlilik

Tahkim anlaşmasını geçerli olarak kurulabilmesi için ilgili tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın tahkime elverişli (objektif elverişlilik) olması icap eder.

- MTK m. 1 «*Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz*»
- HMK 408 «*Taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.*»

Zikredilen hükümlere göre, boşanma davaları, iflas davalarının, çekişmesiz yargı işlerinin, tarafların tacir olmadığı kira sözleşmelerinin, iş ve tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığının kabul edildiği görülmektedir. Kanaatimizce hem iflas davaları hem de kira ve tüketici uyuşmazlıkları ile iş uyuşmazlıkları açısından elverişlilik konusunda yeniden bir değerlendirme yapılması uygun olur.

« Tahkim sözleşmesi tarafların iradesine tabi olan uyuşmazlıklar için mümkündür 6100 sayılı HMK m 408 / Başka bir deyişle tarafların dava konusu üzerinde

kabul veya sulh yolu ile serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim mümkün değildir Örneğin boşanma ve ayrılık davaları iflas davaları ve çekişmesiz yargı işleri için tahkim sözleşmesi yapılamaz Aynı şekilde taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkimin konusu olamaz.

(HMKm.408/I).» 15. H.D. Tarih: 29.06.2020, Esas No: 2019/3450, Karar No:2020/1932

Ayrıca Yüksek Mahkeme, anonim şirket genel kurul kararlarının iptali davaları açısından tahkim anlaşması yapılamayacağını belirtmektedir. Örneğin,

«genel kurul kararının iptali hususunda tahkim yoluna başvurulamayacağı hakem kararında davalının talebinin genel kurul kararının iptalini gerektiren kar payı istemine ilişkin olup şirketin ana sözleşmesinde yer alan tahkim şartının bu tür uyuşmazlık açısından geçersiz olduğu 6100 sayılı HMK' nın 439 2 a maddesi uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne hakem kararının iptaline karar verilmiştir » 11. H.D. Tarih: 10.07.2019 Esas No: 2019/2226 Karar No: 2019/5000

Sonuç

Tahkim anlaşmaları ve bunlara geçerlilik tanınması, anlaşmaların yorumunda geçerli olan ilkeler arasında tahkim dostu (*arbitration friendly*) yorum ilkesinin eklenmesinin, hem mahkemelerin iş yükü bağlamında fayda sağlayacağı hem de ülkemizde tahkimin gelişmesi suretiyle Türkiye'nin konumu itibariyle hak ettiği “tahkim merkezi” olma amacının gerçekleşeceği değerlendirilmektedir. Özellikle son dönemde yer verilen Yüksek Mahkeme kararlarının, bu gayeye hizmet eder nitelikte olduklarının memnuniyetle ifade edilmesi uygun olur kanaatindeyim.

**MİLLETLERARASI TAHKİM'DE ADHOC TAHKİM USULÜ VE TAHKİM
MAHKEMESİ TARAFINDAN YAPILAN YARGILAMADA VERİLECEK
KARARLARIN TENFİZ EDİLEBİLMESİ İÇİN DİKKAT EDİLMESİ
GEREKEN SINIRLAMALAR (UNCITRAL MODEL KANUN md. 36) ***

Av. Dr. Hakan KİTAPÇI**

ÖZET

UNCITRAL Model Kanunu “*ad hoc*” tahkim usulünü benimseyerek, çözüm sürecinde tarafları serbest bırakmış, sürece olan devlet müdahalesini en aza indirmeye çalışmış, tartışmalı konularda açıklayıcı hükümler getirerek tahkim kararlarının tenfizini kolaylaştırmış, ülkeler tarafından kendi içlerinde yapacakları tahkim düzenlemelerine örnek bir model teşkil etmeyi amaçlamıştır.

Taraflar tahkim yargılamasında uygulanacak hukuku seçerken, tahkim mahkemesi tarafından verilecek kararın iptal edilmemesi ve kolaylıkla tenfiz edilebilmesi için tahkim sözleşmesinin şekli ve maddi kriterleri, yargılamanın yapıldığı ve tenfiz ülkesi emredici hukuk kurallarına öncelik tanınması, bağımsız ve tarafsız hakemlerce yargılama yapılması, savunma hakkı, kamu düzeni ve taraflarca belirlenen usul kurallarına uyulması gibi kriterleri göz önüne almak zorundadırlar. Aksi takdirde taraflar büyük emek ve para harcayarak aldıkları tahkim kararını uygulatamazlar.

ABSTRACT

UNCITRAL Model Law aims that simplifying the recognition and enforcement of the arbitral tribunal decisions and setting an example/model to the legal arbitral regulations of the countries through decreasing the government interventionism and clarifying controversial points.

The parties must take into consideration some criteria while determination of rule of proceedings such as criteria of definition and form of the arbitration agreement, giving the priority to the compulsory legal rules of the place of arbitration and the county of the recognition, hearing by impartial and self-contained judges, right of defense, public order,

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 27 Mayıs 2022 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar V” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** Ankara Barosu

following the rules adopted by the parties not to setting aside the tribunal decision and to getting recognition and enforcement from the courts. Otherwise, they cannot be enforced the tribunal decision to which were wasted so much many and time so far.

1. KONUNUN ÖNEMİ VE İNCELEME AMACI

Ülkemizin milletlerarası ticaretteki rolünün artması ve enerji ana hatlarında düğüm noktası olarak yer alması nedeniyle, milletlerarası tahkim prosedürlerinin ve tahkim yargılamasına uygulanan hukukun önemi hiç şüphe yok ki gün geçtikçe artmaktadır. Milletlerarası ticaret ve yatırım anlaşmalarına bakıldığında bazı tahkim müesseseleri ön plana çıkmaktadır. ICC Tahkim Komisyonu, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) bünyesinde Paris/FRANSA'da, UNCITRAL Birleşmiş Milletler çatısı altında Viyana/AVUSTURYA'da, ICSID ise Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları için Çözüm Merkezi adıyla Dünya Bankası bünyesinde Washington D.C./ABD'de yer almaktadır. Milletlerarası tahkimin bu üç önemli aktörünün yanı sıra Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün (WIPO), Avrupa Birliği'nin ve örneğin İstanbul Ticaret Odası gibi daha farklı kuruluşların da tahkim müesseseleri mevcut olmakla beraber dünyada yaygın olarak kullanılan tahkim müesseseleri yukarıda adı geçen üç tahkim kurumudur.

UNCITRAL Model Kanunu'nun 1985 yılında Birleşmiş Milletler çatısı altında oluşturulmasını müteakip, dünyadaki ticari gelişmelere paralel olarak sürekli güncellenen, her geçen gün dünyada kullanım alanı yaygınlaşan ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuza ve son olarak ise Hukuk Muhakemeleri Kanununun tahkim hükümlerine mehz teşkil eden¹³ bir model kanundur.

2. UNCITRAL MODEL KANUNU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

UNCITRAL (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu) tarafından hazırlanan UNCITRAL Model Tahkim Kanunu, milletlerarası alanda mümkün olduğunca fazla hukuk sisteminde kullanılabilecek şekilde bir model kanun olarak düzenlenmiş ve dünyada birçok ülke tarafından benimsenmiş, bu ülkelerin kanun çalışmalarında mehz olarak alınmıştır. Çalışmalarda, dünyada yaygın olarak kullanılan kurumsal tahkim kuruluşlarının kuralları ve çalışmaya katılan ülkelerin tahkim mevzuatından faydalanılmıştır¹⁴.

¹ Bkz. HMK'nın Genel Gerekçesi.

² www.UNCITRAL.org, E.T: 12 Tem 2014.

UNCITRAL Tahkim Kanunu, her sene biri New York ve diğeri Viyana’da olmak üzere iki kere toplanan komisyon tarafından ele alınmakta, güncel gelişmeler ve değişen koşullara göre ihtiyaç duyulan noktalarda revize edilmektedir.

UNCITRAL’in yapmış olduğu çalışmalarda hedeflediği noktalar; yeknesaklık, esneklik, modernizasyon ve açıklıktır¹⁵. UNCITRAL Tahkim Kuralları, tahkim yargılamasında en fazla tekamül etmiş usul kurallarından derlenerek hazırlanıp, milletlerarası ticarî ihtilafların çözümünde siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuk yapıları birbirinden çok farklı ülkelerin kullanımına sunulmuştur.

Nitekim bazı ülkeler¹⁶ UNCITRAL Tahkim Kurallarını kabul etmek suretiyle millî tahkim kurallarını UNCITRAL Tahkim Kurallarına uyarlamışlardır. 01 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe giren ve Avusturya Medenî Usul Kanunu’nun 577-618 maddeleri arasında yer alan Avusturya Tahkim Kanunu (*The Austrian Arbitration Act*) da UNCITRAL Model Kanunundan alınıp uyarlanmıştır¹⁷. Yine, İngiltere ve Almanya’da bu Model Kanun gerek millî gerekse milletlerarası tahkim alanında model alınmıştır¹⁸.

UNCITRAL Model Tahkim Kanunu, *ad hoc* tahkim usulünü benimsemiş, çözüm sürecinde tarafları tahkimin usul ve maddi hukuk kurallarını seçmekte özgür bırakmıştır. UNCITRAL Model Tahkim Kanunu, tartışmalı konularda açıklayıcı hükümler getirilerek, sürece olan devlet müdahalesinin en aza indirilmesi, tahkim kararlarının tenfizinin kolaylaştırılması, ülkeler tarafından kendi içlerinde yapacakları tahkim düzenlemelerine model teşkil etmeyi amaçlamıştır.

¹⁵ UNCITRAL çalışma programında; malların milletlerarası satışı, fikrî mülkiyet, milletlerarası ticarî tahkim, taşımacılık, sigorta, milletlerarası ödemeler, milletlerarası ticareti etkileyen kanunlardaki ayrımcılığın önlenmesi, acente ve belgelerin tasdiki olmak üzere dokuz adet temel alan tespit edilmiştir. Elektronik ticaret üzerine bir model kanun oluşturulması, özel teşebbüs tarafından finanse edilen inşaat projeleri gibi yeni projeler hakkında çalışmalar devam etmektedir. Milletlerarası ticaret hukukunun modernizasyonunda ve yeknesaklığın sağlanmasında UNCITRAL’in takip ettiği teknikler; yasa hazırlama, sözleşme hazırlama ve açıklama yapma şeklindedir. UNCITRAL, Guide, s.8-9, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/06-50941_Ebook.pdf, E.T.:15 may 2012.

¹⁶ Avusturya, Bahreyn, Bermuda, Kanada, İngiltere, Almanya, Hong Kong, Hindistan, Meksika ve Rusya, Bkz. BORN, G.B., *International Arbitration: Cases & Materials*, Harward 2010, s.101.

¹⁷ POWER, J., *Austrian Arbitration Act*, Vienna 2006, s.111.

¹⁸ BİRSEL, M. T., *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?*, s.86.

3. AD HOC (ARIZİ) TAHKİMİN NİTELİĞİ, KURUMSAL TAHKİMDEN FARKLARI, KURUMSAL TAHKİME GÖRE ÜSTÜN ve ZAYIF TARAFLARI

Ad hoc tahkim, tüm diğer alternatif çözüm yolları ve devlet yargısına karşı tahkimin tüm avantajlarına sahiptir. En büyük özelliği de kurumsal tahkim ile kıyaslandığında oldukça esnek bir yapıya sahip olmasıdır¹⁹. Taraflar, beklentilerini karşılamaya ve uyuşmazlığı sonuçlandırmaya yönelik olarak tahkimi şekillendirebilirler.

Ad hoc tahkim, tarafların serbest iradeleri ile oluşturdukları ve bizzat kaleme aldıkları veya atıf yaptıkları tahkim usulleri ile icra edilen tahkimi ifade eder. Taraflar eğer tahkimin kendi denetimlerinde gerçekleşmesini istiyorlarsa, hakemleri, tahkim yerini, tahkimin maddi hukukunu ve tahkim usulünü kendileri tayin eder veya hakemlere bu konuda yetki verirler.

Kurumsal tahkimde, tahkimin cereyan edeceği kurumun kendi içerisinde önceden hazırlanmış kuralları vardır ve bu usul kuralları tahkime tatbik edilir. Dolayısı ile tahkim sözleşmesinde tarafların iradelerince düzenlenmemiş hususlar bu kurumun kurallarına göre yönetilecektir²⁰. *Ad hoc* tahkim ise, taraf iradelerinin tahkim usulüne etkin bir biçimde hakim olduğu, tarafların serbest iradeleri ile yaptığı düzenlemelere tabi olan, herhangi bir tahkim kurumuna veya onun kurallarına bağlı olmayan, bir olaya mahsus olarak geçici olarak teşekkül eden tahkim türü ve yapısını ifade etmektedir²¹.

Dünyada milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözümü için kurulmuş ve milletlerarası kabul görmüş tahkim kurumları mevcuttur, yukarıda bunların en fazla uygulama alanına girmiş olanlarına değinilmiştir. Kurumsal tahkimde, tahkim kurumunun önceden hazırlandığı kurallar mevcuttur ve taraflarca düzenlenmemiş hususlar bu kurallara göre yönetilir. İşte böyle bir kurumun kurallarına tabi olarak bu kurumun organizasyonu içerisinde gerçekleştirilecek tahkim kurumsal tahkim olarak adlandırılmaktadır²².

Kurumsal tahkim kuruluşları arasında en çok tanınmış olanları; Birleşmiş Milletler çatısı altında faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (The United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL), Dünya Bankası çatısı altında faaliyet gösteren Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıkları için Çözüm Merkezi (ICSID), Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı (International Chamber of Commerce-ICC),

¹⁹ REDFERN, A./HUNTER, M./BLACKABY, N./PARTASIDES, C., Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, 2004, s. 47.

²⁰ ŞANLI, C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara Hukuk Fakültesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 72.

²¹ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 96.

²² KALPSÜZ, T., Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Halli, Ankara 1989, s. 3.

Amerika Tahkim Odası (American Arbitration Association-AAA), Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (London Chamber of International Arbitration-LCIA), Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Stockholm Institute), Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (ICAC)'dir.

Ad hoc tahkimde aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için o uyuşmazlığa has olarak tarafların oluşturdukları usul kuralları, devletin genel olarak o tip uyuşmazlıklar için düzenlediği hukuk kurallarından, emredici hukuk kuralları hariç olmak üzere, üstün sayılmaktadır²³. *Ad hoc* tahkimde taraflar, kimlerin hakem olarak atanacağı, seçimde ihtilaf olur ise uygulanacak usulleri, tahkim yerini, tahkimin tabi olacağı usul ve esasa ilişkin kuralları serbest iradeleri ile bir tahkim kurumunun kurallarına bağlı kalınmaksızın belirleyebilmektedir. *Ad hoc* tahkimde, tahkimi idare eden ve sekretarya hizmetleri sunan, kendi kurallarına sahip bir tahkim kurumuna tabi olmak söz konusu değildir²⁴. Ancak taraflarca bu tip tahkim kurumlarının yerleşik bazı usul kurallarının da tahkim yargılanmasında kullanılmasına karar verilebilir.

Ad hoc tahkimin bu özelliği sebebiyle taraflar, hem uyuşmazlığın çözümünde kullanılacak usul kurallarını belirlerken, hem de yargılama esnasında bu kurallar uygulanırken yakın bir iletişim ve iş birliği içerisinde olmalıdırlar. Taraflar *ad hoc* tahkim kurallarını kendileri hazırlayabileceği gibi, bir tahkim kurumunun kurallarına veya bir kanuna atıfta bulunabilirler. Tarafların kendi serbest iradeleri ile hazırlayacakları kuralların kullanılması esnasında karşılaşılabilecek sorunları aşabilmeleri için, uyuşmazlığın her aşamasında tahkim sürecinin problemsiz olarak işleyebilmesi için karşılıklı olarak iletişim içerisinde olmaları gerekmektedir, aksi takdirde *ad hoc* tahkimde sürecin sağlıklı olarak işlemesi riske girer²⁵. Aslında bu sebepler göz önüne alındığında, en azından bazı usul kuralları belirlenirken, mevcut usul kurallarının kabulünün zaman ve masraftan tasarruf sağlayabileceği göz ardı edilmemelidir²⁶.

Ad hoc tahkimde, hakem mahkemesi ve tahkim yargılamasının tabi olacağı usul kuralları, sadece taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusu olan somut olay için geçici olarak oluşturulmaktadır²⁷. *Ad hoc* tahkimde taraflarca oluşturulan kurallar bütünü kişisel olarak

²³ KÖSELECİ H., Milletlerarası Tahkim Kanunu, Bursa 2002, s. 139.

²⁴ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 96.

²⁵ COLLIER, J./ LOWE, V., The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures, Oxford University Press, Oxford 1999, s. 46.

²⁶ AKSEN, G., "Ad hoc versus Institutional Arbitration," 2(1) ICC Bull. 8, Newyork 1991, s. 8.

²⁷ ŞANLI, C., Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2013, s. 241-242.

sadece hakem ve tarafları, olay olarak sadece uyuşmazlık konusu olan somut olayı bağlar, tahkim yargılaması bitince işlevi sona erer²⁸. *Ad hoc* tahkim geçici olduğundan ve sadece bir defalığına belirli bir olaya uygulanmak üzere oluşturulan kurallar ile yürütüldüğünden uyuşmazlık konusu olayın daha önceden bilinmesi ve tahkim anlaşmasında açıkça belirlenmiş olmasını gerektirmektedir²⁹.

Kurumsal tahkime uygulanacak kurallar yargılamayı yönetecek tahkim kurumu tarafından daha önceden belirlenmiştir³⁰. *Ad hoc* tahkimde, belli bir tahkim kurumunun kurallarına, idaresine ve bürokrasisine tabi olmak söz konusu değildir³¹. *Ad hoc* tahkimde tarafların bu serbestisi aynı zamanda *Ad hoc* tahkimin tercih sebeplerinden birisidir.

Ad hoc tahkimde taraflar, hakemlerin seçilmesi, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak usul kurallarının seçimi, tahkim yerinin ve dilinin tespiti gibi pek çok konuda kendi kurallarını belirleme bakımından irade serbestisine sahiptirler. Ayrıca *Ad hoc* tahkim taraflara kurumsal tahkimin sağlayamadığı; uyuşmazlığın çözümünde geniş bir kontrol imkânı vermekte ve ticari sırların korunmasını sağlamaktadır³². Kurumsal tahkimde, tahkimin uygulanacağı, önceden hazırlanmış kurallar mevcuttur. Kurumsal tahkimde de taraflar bazı konularda kendi kurallarını belirleyebilirler, bu durumda kurumsal tahkimde tarafların iradelerince düzenlenmemiş hususlar, ilgili kurumun kurallarına göre yönetilir.

Kurumsal tahkimde, tahkim usulüne uygulanacak kuralların önceden belli olması ve tahkim kurumunda bu konuda yetişmiş kişilerin ve donanımın olması avantaj gibi görülmekle birlikte, tüm bu sistemin idame edilmesi ve işletilebilmesi için yapılan harcamalar taraflara yansıtılacağından, bu nedenle kimi zaman kurumsal tahkim pahalı bir tahkim yöntemi olabilmektedir³³.

Tahkimin her aşaması tarafların kontrolü altındadır ve kurumsal tahkimde ödemek zorunda kaldıkları kurumsal tahkim kurumlarına ait masraflar mevcut değildir³⁴. Kurumsal tahkimde, idari masraflar uyuşmazlık konusunun meblağına göre belli bir oranda belirlendiğinden, bu masraflar uyuşmazlığın türüne göre kimi zaman beklenenden yüksek çıkabilmektedir. Bu gibi durumlarda, kurumsal tahkim yerine çoğunlukla *ad hoc* tahkim tercih

²⁸ COLLIER/ LOWE, s. 48; AKSEN, s. 8.

²⁹ COLLIER/ LOWE, s. 49.

³⁰ ŞANLI, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 72.

³¹ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 46; ŞANLI, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 242.

³² ŞANLI, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 71.

³³ KALPSÜZ T., Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Halli, Ankara 1989, s. 3.

³⁴ ZYLVA/R.HARRISON, International Commercial Arbitration, Bristol 2000, s. 59.

edilebilmektedir³⁵. Özellikle doğu ülkeleri ile batı ülkeleri gibi aralarında kültür farkı fazla olan ticari aktörler arasında, taahhüdün yerine getirilmesi uzun süren inşaat ve yatırım sözleşmelerinde, taraflardan birinin devlet veya devlet kuruluşu olduğu milletlerarası sözleşmelerde *ad hoc tahkim* tarafların beklentilerini daha fazla karşılayabilmektedir. *Ad hoc* tahkim, tahkimin daha çok kendi denetimleri altında gerçekleşmesini isteyen tarafların tercih ettiği bir tahkim yolu olup, kalkınmakta olan ülkelere yatırım yapan yabancı şirketler, bu ülkelerin devlet mahkemeleri veya buralarda kurulu bulunan kurumsal tahkim kuruluşlarının kurallarına güvenmemekte ve bunların tabi olduğu kuralları kabul etmekten çekinmektedirler³⁶. Bu nedenle uyuşmazlığın *Ad hoc* tahkim usulü çerçevesinde kendi belirledikleri usul kuralları ile tahkim yargısına tabi olması kendilerini daha güvende hissetmelerini sağlamaktadır.

Ad hoc tahkimde, tüm usuli uyuşmazlıkları önceden tahmin ederek bunlar hakkında detaylı düzenleme yapmak imkânsızdır, ancak *Ad hoc* tahkimde, tamamen taraflarca belirlenen veya bir kısmı bu maksatla önceden belirlenmiş olan birtakım kurallara atıf yapmak suretiyle benimsenen kurallar çerçevesinde yapılacak bir tahkim söz konusudur. Kimi zaman Tahkime uygulanacak hukuk, süreler, tahkim yeri ve diğer tüm önemli hususlarda detaylı düzenlemenin taraflarca yapılması yoluna gidildiğinde, öngörülemeyen durumlarla ilgili sorunlar ortaya çıkabilmektedir³⁷. *Ad hoc* tahkimde, taraflardan birinin hakemini atamaması, taraflarca atanan iki hakemin üçüncü hakem üzerinde uzlaşamamaları, tahkim sürecinde hakemlerin birinin ölmesi veya çekilmesi halinde yerine yeni hakem atanamaması gibi durumlarda uygulama ile ilgili ciddi sorunlar ortaya çıkabilmektedir³⁸.

Yine her iki tarafın çok iyi iletişim içerisinde bulunması gereken *Ad hoc* tahkimde, taraflardan birinin, sürekli usul ile ilgili sorunlar çıkararak tahkim sürecinin yavaşlaması veya işleyişini engelleyebilmesi mümkündür³⁹. Örneğin; davalı hakem heyetine, cevap dilekçesini ve delillerini geç sunabilir, duruşmalara katılmayı reddedebilir. Bu durumda davacı, hakemlerin konuya müdahale ederek karşı tarafı beklemeksizin uyuşmazlığı karşı tarafın yokluğunda görüşerek çözüme kavuşturmalarını isteyebilir⁴⁰. Hakemler de, kararı yazmayı geciktirerek ya da yargılamaya katılmayı reddederek, yargılamayı yavaşlatabilir veya sekteye uğratabilirler⁴¹.

³⁵ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 46.

³⁶ ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 98; ŞANLI, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 242.

³⁷ CRAIG, W.L./ W.W. PARK/J.PAULSSON, ICC Arbitration, Ed.3., New York, 2000, s. 38.

³⁸ ERDOĞAN, F., Milletlerarası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 136- 137.

³⁹ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 47.

⁴⁰ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 38.

⁴¹ ZYLVA/ HARRISON, s. 60.

Ad hoc tahkimde yaşanan olumsuzluklardan bazıları da hakemlerle ilgili olabilmektedir. Örneğin; hakemlerin bazen kendilerini seçen tarafın menfaatine uygun hareket ettiği ve tahkim sürecini bilerek uzattığı⁴² veya hakemlerin kendileri için çok yüksek ücretler belirlediği görülebilmektedir⁴³. Görüldüğü gibi, *ad hoc* tahkimde tarafların kurumsal tahkimde olduğundan çok daha fazla profesyonelce hareket etmeleri gereği, tarafların uyuşmazlığın çözüm sürecinde anlaşılmadığında devlet müdahalesinin talep edilmesi, sekreteryaya hizmetlerinin bulunmaması gibi sebepler ile kimi zaman kurumsal tahkim de tercih sebebi olmaktadır⁴⁴.

4. UNCITRAL MODEL KANUNUNU KABUL EDEN ÜLKELER

Türkiye gibi diğer bazı ülkeler⁴⁵ UNCITRAL Model Kanununu milletlerarası tahkim kanunu düzenlemelerine uyarlamışlardır. HMK Kanunu on birinci kısmında yer alan tahkim hükümleri düzenlenirken, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alınmıştır. 4686 sayılı Kanun, birkaç istisna dışında esas olarak 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanununu esas alınarak hazırlanmış, ancak bazı konular kanuna dâhil edilmemiş, bazı konularda ise Model Kanun uygulamaları değiştirilerek kanunlaştırılmıştır. HMK’da tahkim hakkındaki hükümler, Milletlerarası Tahkim Kanunundaki hükümlerin hemen hemen aynısıdır. Bu düzenlemeler yapılırken millî ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki fark önlenmek istenmiştir. Ayrıca dünyada pek çok ülkenin milletlerarası ve millî tahkim için esas aldığı UNCITRAL Tahkim kuralları HMK’da da mehzaz alınarak, iç tahkim kuralları da UNCITRAL tahkim kuralları ile uyumlu hale getirilmiştir.

⁴² ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 71.

⁴³ CRAIG/PARK/PAULSSON, s. 39.

⁴⁴ ZYLVA/HARRISON, s. 60.

⁴⁵ Bkz. [http://www.uncitral.org/en/](http://www.uncitral.org/en;); İngiltere, Almanya, Avusturya, Bahreyn, Bermuda, Kanada, Hong Kong, Hindistan, Meksika, Rusya, Avustralya, Azerbaycan, Bahreyn, Bangladeş, Belarus, Bulgaristan, Kanada, Şili, Çin, Hong Kong, Macau Özel Bölgesi; Hırvatistan, Kıbrıs, Danimarka (2005), Mısır, Yunanistan, Guatemala, Macaristan, İran, İrlanda, Japonya, Ürdün, Kenya, Letonya, Madagaskar, Malta, Meksika, Yeni Zelanda, Nikaragua (2005), Nijerya, Norveç (2004), Umman, Paraguay, Peru, Filipin, Polonya (2005), Güney Kore, Singapur, İspanya, Sri Lanka, Tayland, Tunus, Türkiye, Ukrayna, İskoçya; Kuzey İrlanda Bağlıları, Zambiya, Zimbabwe, Brezilya, Güney Kore, Togo Amerika’da: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregon, Texas vd.

5. TAHKİM MAHKEMESİ TARAFINDAN YAPILAN YARGILAMADA VERİLECEK KARARLARIN TENFİZ EDİLEBİLMESİ İÇİN DİKKAT EDİLMESİ GEREKEN SINIRLAMALAR (UNCITRAL MODEL KANUN m. 36)

UNCITRAL Model Kanununda, tanıma ve tenfizine dair hususlar Model Kanun m. 36'da sıralanmıştır. Mahkemeler Model Kanun m. 36 hükümlerinin özel⁴⁶ olduğunu ve bu yüzden sınırlı⁴⁷ olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bir mahkeme kararında tenfiz mahkemesinin Model Kanun m. 36/1 dışındaki gerekçeler ile tenfiz talebini ret edemeyeceğini ifade etmiştir⁴⁸. Anlaşmazlığın esasına ilişkin itirazlar tenfiz mahkemesine yapılamaz tahkim mahkemesine yapılmalıdır.

A. Tahkim Anlaşmasının Maddi ve Şekli Açısından Geçerliliği

Tahkim anlaşmasının geçerliliği belirlenirken mahkeme öncelikle, tarafların serbest iradesi ile tahkim anlaşmasını hazırlarken üzerinde anlaştıkları hukuku kullanacaktır. Eğer taraflar tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku belirlememiş iseler, o zaman tahkim yargılamasının yapıldığı ülkenin ilgili kanun hükümlerine göre tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verilecektir. Tenfiz mahkemeleri tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti ile, geçerliliğini ayrı ayrı ele almış olup, bu konulardaki eksiklikleri ileri sürerek tenfize itiraz eden taraf bu taleplerini ispat etmek ile yükümlüdür⁴⁹. Taraflar arasında imza altına alınan tahkim şartı veya sözleşmesinin geçerli olabilmesi için; ehliyet, şekil ve esas şartlarını sağlaması gerekir⁵⁰.

UNCITRAL Model Kanunu'nda sözlü şekil şartı kabul edilmemiş, ancak taraflara yazılı şekil şartı konusunda büyük esneklik sağlanmıştır. Üstelik yine Model Kanunu'nun hem 4. maddesinde açıkça kabul edilen feragat kuralı hem 7/V maddesinde dilekçelerin teatisiyle de olsa tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılacağına ilişkin norm ve hem de 16/II. maddesinde kabul edilen, hakemlerin yargı yetkisine yönelik itirazları süreyle sınırlandıran düzenleme, şekil

⁴⁶ CLOUT case No. 453 [Bayerisches Oberstes Landesgericht, Germany, 4 Z Sch 02/00, 12 April 2000], <http://www.dis-arb.de/en/47/datenbanken/rspr/bayoblg-case-no-4-z-sch-02-00-date-2000-04-12-id12>; Appellate Commercial Court, Serbia, 25 March 2010, 175/2010(1), E.T.: 25 Temmuz 2014.

⁴⁷ CLOUT case No. 391 [Re Corporación Transnacional de Inversiones, S.A. de C.V. et al. v. STET International, S.p.A. et al., Ontario Superior Court of Justice, Canada, 22 September 1999], [1999] CanLII 14819 (ON SC <http://canlii.ca/t/1vvn5>), E.T.: 26 Temmuz 2014.

⁴⁸ CLOUT case No. 740 [Aloe Vera of America, Inc. v. Asianic Food (S) Pte. Ltd. and another, High Court, Singapore, 10 May 2006], [2006] 3 SLR 174 (206), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/881/97/PDF/V0788197.pdf?OpenElement>, E.T.: 26 Temmuz 2014.

⁴⁹ Oberlandesgericht München, Germany, 34 Sch 04/08, 19 January 2009, <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-münchen-az-34-sch-04-08-datum-2009-01-19-id1062>; Oberlandesgericht München, Germany, 34 Sch 20/08, 12 October 2009, <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-münchen-az-34-sch-20-08-datum-2009-10-12-id1023>, E.T.: 01 Ağustos 2014.

⁵⁰ ŞANLI, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 342- 344.

şartına riayetsizlik nedeniyle tahkimin geçersiz kalmasını, oldukça güçleştirmek için konulmuştur⁵¹.

Türkiye’de milletlerarası tahkimi düzenleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4/II. maddesinde öngörülen, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin düzenleme değerlendirildiğinde hükmün, tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda bir yazılı şekil şartı getirdiği açıktır⁵².

Tahkim anlaşmasının tarafları yönünden ehliyet, sıklıkla yaşanan bir sorun olmamakla birlikte, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, vekilin akdetmiş olduğu tahkim anlaşmalarında vekilin tam yetkili olması gerekir, kamu tüzel kişileri yönünden tahkim anlaşmasına imza atan kişilerin tahkim anlaşması akdetmek konusunda gerekli yetkiye sahip olması gerekmektedir⁵³.

Ayrıca, diğer herhangi bir sözleşmenin kuruluşunda geçerli olan şartlar tahkim anlaşmasının kuruluşunda da yerine getirilmelidir. Tarafların tahkim üzerindeki iradeleri tam olmalı, bu iradeler harici unsurlar ile sakatlanmamalıdır.

B. Davalının Adil Yargılanma Hakkına Riayet Edilmiş Olması

New York Sözleşmesinin V/b. maddesi uyarınca tahkim yargılamasında tarafların adil yargılanma hakkına riayet edilmemesi, mahkemeler tarafından tahkim kararının tenfizine engel bir durum olarak görülmüştür. Bu maddeye göre, eğer aleyhinde karar hükmedilen taraf hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş ise, veyahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ileri sürmek imkânını elde edememiş olur ve bunu ispat eder ise, hakem kararının tenfiz edilmesi isteminin reddi söz konusu olabilecektir⁵⁴.

Hakem mahkemesi tarafların adil yargılanma haklarını korurken mevcut usul hukuku kurallarına bağımlı kalmayıp tarafların menfaatine olmak ve tarafların onayını almak kaydıyla alternatif usul hukuku kaidelerinden faydalanabilir. Hakemler, tahkim yargılaması esnasında tarafların savunma haklarını olduğunca geniş bir şekilde kullanabilmelerini sağlamalı, taraflarca usulüne uygun olarak tahkim mahkemesine sunulan, iddia ve savunmaya yönelik delilleri değerlendirip, uyuşmazlığı en hızlı şekilde çözüme kavuşturmakla yükümlüdürler⁵⁵.

⁵¹ SZURSKI T., Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal, UNCITRAL’S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984, s. 58- 60; EKŞİ N., Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2004, s. 47.

⁵² Milletlerarası Tahkim Kanunu Tasarısı, *Madde Gerekçeleri*, s. 1, 8.6.2001, (www.tbmm.gov.tr).

⁵³ LEW, J. D. M/MISTELIS, L. A/KROLL, S., *Comparative International Commercial Arbitration* (2003), s.130; LEW, J. D. M., The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 119; AKINCI, Z., Milletlerarası Tahkim, Ankara 2013, s. 349.

⁵⁴ AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 354

⁵⁵ KAPLAN, Usule Aykırılık, s. 134 vd.

C. Hakem Mahkemesinin Teşkilî ve Tahkim Prosedürünün Anlaşmaya veya Tahkim Ülkesi Hukukuna Uygun Olması

Milletlerarası Tahkim Kanununun 12. maddesinde “belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.” denilmektedir.

Tahkim yönteminde taraflar kendi aralarında usul yöntemlerini kararlaştırabilmeleri sebebiyle, tahkim yargılamasında uygulanacak kuralları belirlemek üzere tahkim anlaşmasında/şartında belli bir tahkim kurumunun kurallarına da atıfta bulunabilirler. Hakemler yetkilerini taraflar arasında yapılan tahkim anlaşmasından aldıkları için ve hakem heyetinin oluşturulması ve tahkim usulünün icrası safhalarında taraflar arasında akdedilen tahkim anlaşmasına/tahkim şartına sıkı sıkıya bağlı kalmalıdır⁵⁶.

New York Sözleşmesinin V/1-d sayılı maddesi; tahkim mahkemesinin kurulması veya tahkim prosedürü bakımından tarafların aralarındaki usul anlaşmasına uygun düşmeyen kararların tenfizini yasaklamıştır⁵⁷.

D. Kararın Bağlayıcı Olması veya Verildiği Ülke Hukukuna Göre Kesinleşmiş Olması

Tahkim mahkemesi kararları kesin ve taraflar üzerinde bağlayıcıdır. UNCITRAL Model Kanun m. 34’de sayılan sınırlı sayıda usul ihlali sebepleri ile yetkili yerel mahkemelerde incelemeye tabi olabilirler. Ancak mahkemeden bir hakem kararının iptali istenildiğinde, taraflardan birisi talepte bulunmuş ve mahkeme tarafından uygun görülmüş ise mahkeme hakem mahkemesine iptal sebeplerini ortadan kaldırmak veya itiraz edilen tahkim usullerini gözden geçirerek düzeltmek için iptal davasını belli bir süre askıya alabilir ve bu durumu tahkim mahkemesine bildirir (UNCITRAL Model Kanun m. 34/4). İptal talebi ile tenfiz talebi farklı ülkelerde yapılmış ise tenfiz hakimi başka ülkede açılmış iptal davasını bekletme sebebi yapmadan tenfiz kararını verebilir. Tahkim yargısında esas olan devlet yargısına takılmadan en kısa süre içerisinde icraya esas çözümün bulunarak karara bağlanması ve taraflarca uygulanmasıdır⁵⁸.

⁵⁶ 19 HD, 15.09.2009, 384/8256 sayılı kararı, taraflarca “tahkim mahkemesine başvurularak yetkili tahkim mahkemesinde karar alınırken kendi aralarında belirlenen tahkim usullerine uyulması gerekir, aksi takdirde bu tenfize itiraz sebebidir.” (Bkz. www.kazanci.com.tr, E.T.: 01.03.2014).

⁵⁷ China Nanhai Oil Joint Service Corporation, Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd., High Court— Court of First Instance, Hong Kong, 13 July 1994], [1994] 3 HKC 375, [1995] ADRLJ 127, HK HC., Oberlandesgericht Frankfurt, 26 SchH 03/09, Germany, 27 August 2009, <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/olg-frankfurt-am-az-26-schh-03-09-datum-2009-08-27-id1012>, E.T.: 12 Ağustos 2014.

⁵⁸ AKINCI, Z., Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısına Denetlenmesi, İzmir 1994, s. 143- 144.

E. Tahkim Konusu Anlaşmazlığın Tahkime Elverişli Olması

“Tahkime elverişlilik” kavramı, hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülebileceğini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Tahkim sözleşmesi, sadece iki tarafın iradeleri ile çözülebileceği, üzerinde serbest iradeleri ile tasarruf yetkilerinin olduğu uyuşmazlıklar hakkında mümkündür (Örn. alacak davaları, taşınır davaları)⁵⁹. Genel olarak hangi uyuşmazlıkların tahkim yolu ile halledilebileceğine dair uygulama alanını açıklayan hüküm MTK m. 1’de, tahkime elverişlilik hususu ise HMK m. 408’de açıklanmaktadır. Buna göre taşınmaz mallar üzerindeki kurulu ayni haklar ile iki tarafın iradesi dışında tezahür eden işlerden kaynaklı uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir⁶⁰. Bu kıstas, Alman, Fransız, İtalyan, İsviçre, Belçika gibi Batı Avrupa devletleri hukukunda benimsenen prensibe uygundur⁶¹. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklara ilişkin uyuşmazlıklara ait yurt dışında alınmış tahkim kararları tenfiz edilemez⁶² çünkü yukarıda açıkladığımız gibi HMK m. 408 ve MTK m. 1/4’de Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin hakem kararlarının Türkiye’de tenfiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Ayrıca kamu düzenine ilişkin; neseple ilgili davalar, iflas davaları⁶³, işçileri korumak için açılan davalar vb. davalar tenfize konu olmaz.

Ayrıca Yargıtay, kat mülkiyeti kanununun uygulamasından doğan uyuşmazlıklarla taşınmazların tahliyesi ve taşınmazların kira bedelinin tespiti ile ilgili uyuşmazlıklarla ilgili olarak tahkime başvurulmayacağı görüşündedir⁶⁴.

F. Hakem Kararlarının Genel Ahlaka ve Kamu Düzenine Uygun Olması

Milli hukuk mevzuatımızda “kamu düzeni” ilkesini açıkça tarif eden bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu konuyla ilgili yapılan değişik tariflere göz atıldığında bunların ortak noktalarından hareket ederek kamu düzeninin; milli hukuk düzeninin dayandığı temel kurallar, Türk toplumunun sahip bulunduğu genel ahlak ilkeleri ve yine Türk toplumunun temel menfaatlerini koruyan kurallardan müteşekkil olduğu söylenebilir⁶⁵.

⁵⁹ KURU, B., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, İstanbul, Kasım 2015, s. 726-727.

⁶⁰ Taşınmaz mallar üzerinde yanların üzerinde serbestçe işlem yapabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapılabilir. Bkz. 4.HD. 14.05.1974, 2094/2496 (Bkz. KURU, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C. VI, İstanbul, 2001, 5947, s. 5949 dipnot 31).

⁶¹ KALPSÜZ, Tahkimin Genel Esasları, s. 355- 357.

⁶² AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 378- 383.

⁶³ İflas davalarına dair tahkim mahkemesi kararlarının tenfiz edilemeyeceğine dair, Bkz. Bundesgerichtshof, Germany, III ZB 17/08, 30 October 2008, <http://www.dis-arb.de/de/47/datenbanken/rspr/bgh-az-iii-zb-17-08-datum-2008-10-30-id875>, E.T.: 29 Ağustos 2015.

⁶⁴ KALPSÜZ, Tahkimin Genel Esasları, s. 359; AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 203.

⁶⁵ ŞANLI, C., Esasa Uygulanacak Hukuk, s.378; DAYINLARLI, K., Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s.16 vd; AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 382 vd.

MÖHUK'un 62'nci maddesinin 1'inci fıkrası (b) bendi uyarınca tenfizi talep olunan yabancı hakem kararı, genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise mahkeme tenfiz istemini reddedecektir. Gerek değiştirilen 2675 sayılı eski MÖHUK'da, gerek yeni MÖHUK'da New York Sözleşmesinin 5'inci maddesi 2'nci fıkrası (b) bendinde olduğu gibi hakem kararının tenfizi talebinin öne sürüldüğü memleketin kamu düzenine aykırı olabileceğine dair bir hüküm yoktur. Kanunda kullanılan ifade milletlerarası kamu düzenini de içerecek genişliktedir. Nitekim bu yüzden tenfiz hakiminin bu geniş takdir yetkisini kullanarak bir hakem kararının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını değerlendirirken konuya iç hukuktaki bakış açısı ile yaklaşmayıp, milletlerarası tahkim uygulamasına uygun bir yaklaşım göstermesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir⁶⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanununda kamu düzenine aykırılık, hakem kararının res'en iptaline neden olan sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir. Bu hüküm MTK'na kaynak teşkil eden UNCITRAL Model Kanununun 34'üncü maddesi 2/a/ii alt bendi hükmü incelendiğinde, mahkemenin re'sen göz önünde bulundurmak zorunda olduğu bir husus olup, Türk hukuk mevzuatında da hakem kararının iptaline neden olur.

SONUÇ

Birleşmiş Milletler çatısı altında 1966 yılında kurulan Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law); milletlerarası ticarî ilişkilerde yeknesaklığın ve ortak uygulamaların sağlanması amacıyla geniş kabul görmüş ve kolay uygulanabilir model kurallar ortaya koymak için çalışmaktadır. Bu kapsamda, 1985 yılında kabul edilen UNCITRAL Model Kanunu, bir hukuk sistemi tarafından olduğu gibi alınıp uygulanabileceği gibi, uygulayıcı ülkenin şartlarına uygun olarak üzerinde değişiklikler yapılarak da yürürlüğe konulabilmektedir. Model kanunun mehzaz olarak almış ülkeler bulunduğu gibi, sadece bir kısmını hukuk sistemlerine mehzaz alarak kullanan ülkeler de mevcuttur.

UNCITRAL Model Tahkim Kanunu oluşturulurken Latince bir tabir olan “bu maksatla, bunun için, buna mahsus” anlamlarına gelen “*ad hoc*” kelimesinin kullanıldığı, kurumsal tahkime göre daha serbest ve taraf iradelerine daha çok yer veren bir tahkim sistemi benimsenmiştir. “*ad hoc*” tahkim usulünde daha önceden kurulmuş bulunan bir tahkim kurumuna veya bunun kurallarına bir bağlılık söz konusu olmayıp, taraflar tahkim yargılamasında kullanılacak usul ve esasları kendi iradeleri ile belirlemekte serbesttir.

⁶⁶ AKINCI, Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994, s. 43.

Ama neticede “yargılama yetkisinin bağımsızlığı” ilkesi, tahkim mahkemesini yargılama aşamasında tamamen bağımsız hale getirmemektedir. Tahkim mahkemesi ancak taraflarca sözleşme ile hüküm altına alınan yetki alanının sınırları içerisinde karar verebilir. Hakemler tahkim sürecinde milletlerarası evrensel hukuk kurallarını gözetirken aynı zamanda tahkim yeri ve tenfiz ülkesinin emredici hukuk kuralları ile kamu düzenini de dikkate almak zorundadır. UNCITRAL Model Tahkim Kanunu maddeleri içerisinde düzenlenmiş hükümlere göre taraflar tahkim anlaşmasını yaparken, tahkim mahkemesi de bu anlaşmadan doğan yargılama yetkisini kullanırken birtakım kısıtlamaları ve sınırları göz önünde tutmak zorundadırlar.

KAYNAKÇA *

- AKINCI, Z., Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi, İzmir 1994.
- AKINCI Z., Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2013.(AKINCI, Milletlerarası Tahkim)
- AKINCI, Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir, 1994.
- AKSEN, G., "Ad hoc versus Institutional Arbitration," 2(1) ICC Bull. 8 Newyork 1991.
- BİRSEL, Mahmut T. / BUDAK, Ali C., “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-Bildiriler- Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 11 Nisan 1997, C.I, Ankara 1997.
- BORN, G.B., International Arbitration: Cases & Materials, Harward 2010.
- COLLIER, J/V. Lowe, The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures, Oxford University Press, Oxford 1999.
- CRAIG, W.L. /W.W. PARK/J.PAULSSON, ICC Arbitration, Ed.3. New York 2000.
- DAYINLARLI, K., Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 2004.
- EKŞİ, N., Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2004. (“Incorporation” Yoluyla)
- ERDOĞAN, F., Milletlerarası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.

* Çalışmada bir yazarın birden fazla eserinin olması durumunda, eserin kısaltılmış hali parantez içinde gösterilmiştir.

- KALPSÜZ, T., Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Halli, Ankara 1989.
- KALPSÜZ, T., Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Halli, Ankara 1989.
(Tahkimin Genel Esasları)
- KAPLAN, Y., Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002.
- KÖSELECİ, H., Milletlerarası Tahkim Kanunu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Bursa 2002.
- KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, C. VI, İstanbul, 2001.
- KURU B., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 1. Baskı, Kasım 2015
- LEW, J. D. M. L./ Mistelis/ S. M. Kroll, Comparative International Commercial Arbitration (2003).
- LEW J. D. M., The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.
- POWER, J., Austrian Arbitration Act., Vienna 2006.
- REDFERN, A/ HUNTER, M/ BLACKABY, N/ PARTASIDES C, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, 2004.
- SZURSKI, T., Arbitration Agreement and Competence of the Arbitral Tribunal, UNCITRAL'S Project for a Model Law on International Commercial Arbitration, ICCA Congress Series No. 2, 1984.
- ŞANLI, C., Milletlerarası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2013. (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları)
- ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara Hukuk Fakültesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986. (Esasa Uygulanacak Hukuk)
- ZYLVA D./ ODAMS M /HARRISON R./ International Commercial Arbitration, Bristol, 2000.

İNTERNET KAYNAKLARI

www.canlii.ca

www.UNCITRAL.org,

www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration

<http://daccess-dds-ny.un.org>

<http://www.dis-arb.de>

www.kazanci.com.tr

www.tbmm.gov.tr

OLMAK YA DA OLMAMAK? – DİJİTALLEŞME EKSENİNDE ULUSLARARASI TAHKİMDE GÜNCEL GELİŞMELER*

Dr. Samet TATAR**

Uzaktan duruşma, en genel tabiriyle, fiziksel olarak (kısmen veya tamamen) mahkeme salonu dışında yürütülen duruşma şeklinde tanımlanır. Bu tür duruşmalar doktrinde sanal, uzak, çevrimiçi vb. birçok etiket ile imlense de; yine doktrinde bu tabirler arasında çeşitli ayrımların yapılarak başkaca anlamları çağrıştırdığı da iddia edilmiştir. Teknolojinin gelişmesine paralel aslında yıllardır hayatımızda var olan ‘uzaktan duruşma’ sisteminin; Covid-19 Pandemisi sebebiyle yargılama aşamasında daha yaygın ve etkin bir pratiğe dönüştüğü söylenebilir. Uluslararası tahkim, uyuşmazlık çözüm yöntemleri arasında bunu benimsemeye en elverişli yargılama türlerinden biri olduğundan, yeni sisteme uyumlanmanın diğer alanlara nazaran daha kolay ve hızlı olduğu su götürmez bir gerçektir. Uzaktan duruşma sistemi, küresel sorunun beraberinde getirdiği acil ve geçici bir çözüm mü; yoksa bu sistem, önümüzdeki yıllarda temelini sağlamlaştırarak uyuşmazlık taraflarının aklına ilk seçenek olarak mı gelecek? meselesi hakkında kesin iddialar ortaya koymak o kadar kolay değil. Fakat bildiğimiz o ki; 2020 yılı uluslararası tahkim camiası için uzaktan duruşma yılı olarak kabul görmüştür. Bu çalışma, öncelikli olarak, uzaktan/ çevrimiçi duruşmaların uluslararası tahkim yargılamasında ne tür avantaj ve dezavantaja sahip olduğu hususunda çeşitli saptamalar yapacaktır. Yine konuya ilişkin önemli uluslararası tahkim merkezlerinin (ICC-Paris, Hong Kong, Seul, Dubai) benimsediği tahkim kuralları karşılaştırmalı olarak değerlendirilecektir.

Çalışmanın bir diğer bölümünü ‘yapay zekanın uluslararası tahkimdeki görünümü’ oluşturacaktır. Yapay zekanın tahkimde yardımcı unsur olarak nasıl bir rol üstlendiği konusu tartışılacak ve bu bağlamda algoritmaların geçmiş davaları tarayarak (önüne gelen uyuşmazlığın çözümünde) isabetli tahminlerde bulunabilmesi ve uyuşmazlığa ilişkin risk analizi gerçekleştirebilmesi gibi fonksiyonlarının önemine değinilecektir. Yine yapay zekanın mahkemelere uygulanabilirliği ile ilgili iki önemli çalışmaya (AIHM ve ABD Federal Mahkemesi) referans verilecek ve tahkimin doğası gereği (uyuşmazlığa ilişkin maddi vakaların

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 27 Mayıs 2022 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar V” Sempozyumunda sunulan tebliğin özeti mahiyetindedir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

çetrefilli yapısı) söz konusu yapay zeka ile uyumlanıp uyumlanamayacağı ve yapay zeka hakemlerin insan-hakemlerin yerini alıp alamayacağı meselesi mercek altına alınacaktır.

Çalışmada, son olarak, çağın yeni fenomenlerinden biri olan ‘metaverse’ ile uluslararası tahkim müessesesi arasında kurulabilecek olası bağlantılardan söz edilecek; yine bu platformun (bizzat kendisinin ve kullanıcılarının) karşılaşabileceği hukuki sorunlar/uyuşmazlıklar somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Yine çalışma, hızla dijitalleşen dünyaya uluslararası tahkim yargılamasının adaptasyonun en doğru şekilde sağlanması için çeşitli öneriler sunacaktır.

BAŞLICA KAYNAKLAR:

- 1) White & Case – 2021 International Arbitration Survey: *Adapting Arbitration to a Changing World*
- 2) A E Manav-Özdemir ve B Vural-Çelenk, ‘Tahkimde Çevrimiçi Duruşmalar ve Çevrimiçi Duruşmaların Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Tarafların Eşitliği İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi’ (2022) 42 (1) Public and Private International Law Bulletin 205-248
- 3) The Milan Chamber of Arbitration – 11th Annual Conference (2020): ‘AI [Artificial Intelligence] and the Use of Technology in International Arbitration’
- 4) J Asso and L Azaria, ‘The Metaverse and International Arbitration – How to Anticipate and Resolve Web 3.0 Disputes’ LALIVE Blog (4 Mart 2022)

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR*

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs Vural ÇELENK**

1. Milletlerarası Özel Hukukta Doğrudan Uygulanan Kurallar

Milletlerarası özel hukukun temel amaçlarından biri yetkili hukukun tespiti ve uygulamasıdır. Günümüzde yetkili hukukun tespitine ilişkin kullanılan sistemler 1800’lü yıllarda tasarlanan ihtilafçı metottan oldukça etkilenmiştir.

İhtilafçı metodun kurucusu Savigny, bu metot uygulanırken iki tür mekanizmanın ihtilafçı metotla tespit olunacak yabancı hukukun uygulanmasına müdahale niteliği taşıdığına dikkat çeker. Bunlardan ilki kamu düzeni müdahalesi diğeri ise doğrudan uygulanan kurallardır. Konu itibarıyla kamu düzeni üzerinde durulmayacak olup doğrudan uygulanan kuralların özelliklerinden bahsedilecektir. Savigny doğrudan uygulanan kuralları ilk olarak ihtilafçı metotta işaret ettiğinde, bu kuralların özellikle yabancı hukukun uygulanmasına engel olan emrediciliğine vurgu yapmıştır¹. Bununla birlikte 1960’lı yıllara gelindiğinde Fransız mahkemelerinin Fransız hukukuna ait kuralları yetkili yabancı hukukun tespitine gidilmeksizin uygulaması Francesakis’in dikkatini çekmiştir. Bu kuralların neden derhal uygulanan kurallar olduğunda yoğunlaşan Francesakis özellikle kuralların devlet organizasyonuna ilişkin kurallar olmasına vurgu yapmıştır. Bu kurallar Francesakis’in tanımlamasıyla «*Bir ülkenin sosyal, politik veya ekonomik menfaatlerini ilgilendiren devlet organizasyonuna ilişkin uyulması zorunlu kurallar*»’dır. Bunlar Fransız iç hukukuna ait emredici nitelikte kurallardır ancak tabiatları gereği kanunlar ihtilafı kuralları ile yetkilendirilen bir yabancı hukukun uygulanmasına engel olmaktadır².

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 27 Mayıs 2022 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar V” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ Savigny ilk kez doğrudan uygulanan kuralları vurguladığında onların tabiatlarındaki “daha emredici özelliği” vurgular. “*von streng positiver, zwingender Natur*” hakkında bkz. Savigny, Friedrich Carl von (1849), *System des heutigen römischen recht*, Cilt: VII, Berlin, Veit, §349, s. 33.

² Francescakis, Phocion (1966), *Quelques précisions sur les «lois d’application immédiate» et leurs rapport avec les règles de conflits de lois*, *Revue Critique de Droit International Privé*, s. 1-18.

Doktrinde bu kuralları ifade etmek için müdahaleci kurallar³ ve doğrudan uygulanan kurallar⁴ şeklinde farklı isimlendirmelere rastlamak mümkündür. Ancak 5718 sayılı MÖHUK⁵ ile terminolojik açıdan bu kurallar doğrudan uygulanan kurallar olarak Türk milletlerarası özel hukuk uygulaması ve doktrinindeki yerini almıştır.

Peki bir kurala doğrudan uygulanan kural diyebilmek için bu kuralın bir kanun (dar ve şekli anlamda) hükmü olması mı gereklidir? Bir doğrudan uygulanan kural, bir kanun maddesi formunda olabileceği gibi yönetmelik ya da bir uluslararası anlaşma maddesi formunda da olabilir. Önemli olan, doğrudan uygulanan kuralın düzenleme amacının yukarıda bahsettiğimiz devletin (sosyal, politik ve ekonomik) menfaatlerine hizmet ediyor olmasıdır.

Doğrudan uygulanan kurallar milli mevzuat hükümlerinde yer alabileceği gibi Avrupa Birliği mevzuatı ya da Birleşmiş Milletler'in bağlayıcı kuralları arasında da yer alabilir. Birleşmiş Milletler açısından, özellikle Güvenlik Konseyi kararlarının milletlerarası özel hukuk anlamında yetkili hukuka müdahale edecek ağırlıkta kurallar olduğu kabul edilmektedir⁶.

Bu kuralları kategorize etmek mümkünse de kuralların her somut olayda amacı ve uygulama alanı olaya özel değerlendirilmelidir. İthalat ihracat yasakları, rekabet düzenlemeleri, döviz kontrol kuralları, ekonomik yaptırımlar, iş sağlığı güvenliğine ilişkin kurallar, kültür ve tabiat varlıklarını koruyan kurallar doğrudan uygulanan kurallara verilebilecek örnekler arasındadır. Kuralları karakterize eden temel özellik devlet menfaatlerini korumayı amaçlıyor olmalarıdır. Ancak aynı kural bir hukuk düzeninde zaman içerisinde doğrudan uygulanan kural özelliği kazanabilir ya da bu özelliğini kaybedebilir⁷.

2. Türk Mahkemeleri Önünde Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu hukuk düzenine göre milletlerarası özel hukuk doktrininde bir sınıflandırma yapılmaktadır⁸. Devlet mahkemelerince bu kuralların nasıl uygulanacağına ilişkin farklı düzenlemeler mevcuttur. İlk düzenleme MÖHUK madde 6'dadır. Madde 6 şu şekildedir: “*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve*

³ Bkz. Huysal, Burak (2011), Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-2, s. 129-150.

⁴ Bkz. Özdemir Kocasakal, Hatice (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul, s.3.

⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun; RG. 12.12.2007-26728.

⁶ Blessing, Marc (1991), Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives, Basel, s. 228.

⁷ Doğrudan uygulanan kuralların izafiliği hakkında bkz. Özdemir Kocasakal (2001), s. 14. Kösoğlu Mehmet (2008), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlgili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, MHB, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 147-172.

⁸ Doğan Vahit (2020), Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı Savaş Ankara, s. 203.

uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.” Buna göre Türk hâkimi, kendi hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralları, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından değerlendirdikten sonra, yetkili hukuku uygulamadan bu kuralları uygulayacaktır. Hâkimin hukukunda yer alan bu doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasında, bu kuralların yetkili hukuka müdahalesinin istisnai niteliği göz önünde tutulmalıdır. Bununla birlikte düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından değerlendirme yapılmadan hâkim kendi hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını yetkili yabancı hukuku bertaraf edecek şekilde uygulamamalıdır.

Yetkili hukukta yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına ilişkin olarak açık bir düzenleme yoktur. Ancak yetkili hukukun bir bütün olarak hâkimce re’sen uygulanacağı kabul edildiğinden (MÖHUK madde 2’den bu anlam çıkmaktadır) kamu hukuku ya da özel hukuk karakterli olduğuna bakılmaksızın, uyuşmazlığa uygulanma iradesi taşıyan doğrudan uygulanan kuralların da yetkili hukuk kapsamında uygulanacağı kabul edilir. Bunun sınırlaması ise kamu düzeni müdahalesidir. Özellikle ekonomik yaptırımlar gibi siyasi niteliği ağır basan doğrudan uygulanan kurallar açısından hâkimin hukukunun kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir.

Türk hukukunda ne hâkimin hukukunda ne de yetkili hukukta olan ancak uyuşmazlıkla ilişkili bir başka hukuk düzeninde yer alan kurallar için sözleşmeler açısından özel bir bağlama kuralı getirilmiştir⁹. MÖHUK madde 31’e göre “*Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.*” Buna göre hâkim re’sen araştırabileceği gibi taraflarca getirilecek bir üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını bu madde hükmü gereğince amaç, nitelik, muhteva ve sonuç analizine tabi tutacaktır. Bu analiz sonucunda hâkim uygulamak ya da etki tanımak konusunda takdir yetkisini haizdir. Bazı kurallar kendi tabiatları gereği etki tanımaya müsait olacaktır. Örneğin, yetkili hukuk içerisinde para cezası ve sorumlular için hapis cezası yaptırımını içeren bir ihracat kararının özel hukuk davasında Türk mahkemelerince uygulanması bu para cezasının tahsiline ya da hapis cezasının infazına karar verilmesi değil, bu kuralların ilgili ihracat ilişkisi üzerindeki hukuki etkilerinin (sözleşmenin geçersizliği, sözleşmenin ifasının

⁹ Bu kuralın kıyasen haksız fiiller alanında uygulanabileceği hakkında bkz. Vural Çelenk, Belkıs (2018), Üçüncü Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Haksız Fiiller Alanında Uygulanmasının MÖHUK Madde 31 İle Değerlendirilmesi, *Koç Üniversitesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı*, (Zeynep Derya Tarman (Ed.)), On İki Levha.

imkansızlaşması gibi) dikkate alınması ile sınırlıdır. Bir başka örnek de ekonomik yaptırımlardan verilebilir. Bu durumda yargılama sırasında (hakem ya da mahkeme yargılaması) sözleşmeye etkisi nedeniyle ekonomik yaptırımın dikkate alınmasının zaruri olduğu tespit olunursa ilk olarak taraflar arasındaki sözleşme şartlarına bakılmalıdır. Örneğin, bir ekonomik yaptırım kararı halinde ortaya çıkacak riskler taraflar arasında açıkça paylaştırılmış (*risk allocation clause*) olabilir. Bunun dışında özellikle uygulamada sözleşmelerde yer alan mücbir sebep (*force majeure*) ve uyarlama (*hardship*) hükümlerine bakılacaktır. Ancak hukuki sonuçlar sözleşmenin tabi olduğu hukukta öngörülen sonuç her ne ise ona bağlı olarak değişecektir¹⁰. Bunun yanında bu kuralların uygulanması ise bir özel bağlama kuralı¹¹ ile mümkündür ve MÖHUK madde 31'in bu gerekliliği karşıladığı kabul edilmelidir. Buna göre hâkim, bir kuralın kendi öngördüğü sonuçları da uyuşmazlığa uygulayabilecektir. Örneğin, bir rekabet kuralının ihlali halinde ihlal eylemini gerçekleştirenin mağdur olan tarafa ödeyeceği tazminat miktarı, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralına göre belirlenebilir. Ancak böyle bir sonuç tekrar belirtilmelidir ki devlet yargılamasında yalnızca özel bağlama kuralı sayesinde söz konusu olacaktır. Buna karşın hakemlerin kanunlar ihtilafı kuralları arasında yer alan özel bağlama kuralları ile yabancı bir doğrudan uygulanan kuralı uygulayabilecekleri gibi taraflarca getirilmesi ya da kendi takdirleri çerçevesinde de bir kuralı uygulamaları ya da etki tanımaları söz konusu olabilecektir.

3.Doğrudan Uygulanan Kuralların Tahkime Elverişlilik ile İlişkisi

Doğrudan uygulanan kurallar, bir uyuşmazlığın hakemler tarafından çözülüp çözilemeyeceği hususunu etkiliyor olabilir. Burada tahkime elverişlilik konusu bağlamında çeşitli sorular gündeme gelmektedir. Örneğin, acaba taraflar arasındaki uyuşmazlık bir doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanına giriyorsa, artık münhasıran devlet mahkemelerinin meselesi midir sorusu gündeme gelecektir.

Özellikle 1950 ve 1960'lı yıllarda hakemlerin, bir doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanına giren uyuşmazlığın, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlık olarak kabul edilemeyeceği ve bu tür uyuşmazlıkların tahkime elverişli

¹⁰ Etki tanımak ve uygulamak arasındaki fark hakkında Özdemir Kocasakal (2001), s. 74; ABAD'ın *Nikiforidis* kararında etki tanımak ve uygulamak eylemlerinin farkları açısından değerlendirme için bkz. Vural Çelenk.

¹¹ Milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kurallar ve özel bağlama metoduna dair genel tartışmalar hakkında bkz. Schwander, Ivo (1975) *Lois d'application immediate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im Internationalen Privatrecht*, Schulthess Zurich.

olmayacağını kabul ettikleri kararlar mevcuttur¹². Benzer bir karar 1994 yılında Cenova İstinaf Mahkemesi (*Corte di Appello Genoa*) tarafından verilmiştir¹³. Uyuşmazlık konusuna uygulanacak bir ekonomik yaptırım kararının¹⁴ uyuşmazlığı tahkime elverişli olmaktan çıkardığını İtalyan Usul Kanunu madde 806'ya¹⁵ atıfta bulunarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre böyle bir yaptırım kararı karşısında artık taraflar uyuşmazlıkları üzerinde tasarruf etme imkânlarını kaybederler.

Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth davasında Sherman Act ve rekabet hukuku kurallarının özellikle devlet menfaatleri ile yakın ilgisi nedeniyle tahkime elverişlilik açısından değerlendirmelerde bulunulmuştur¹⁶. Devlet menfaatlerini ilgilendiren bir uyuşmazlığın tahkimde çözülmesinin mümkün olup olmadığı ilgili tarafça devlet mahkemesine taşınmıştır. Her ne kadar ilk derece mahkemesi devlet menfaatlerini koruyan rekabet kurallarının uygulanması halinde bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olamayacağına hükmetse de ilk derece mahkemesinin aksine Yüksek Mahkeme tahkime elverişliliğin etkilenmediğini kabul etmiştir. Bu kararın tahkime elverişlilik ve doğrudan uygulanan kurallar bağlamındaki tartışmalara da bir bakıma noktayı koyduğunu kabul edebiliriz. Ancak doğrudan uygulanan kurallar ile yakından ilgili bir diğer husus *Mitsubishi* kararı ile Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği *second look* doktrindir. Konuyla ilgisi nedeniyle kısaca değinilmesi isabetlidir. Tahkime elverişlilikle ilgili değerlendirmesinin ardından Yüksek Mahkeme *Mitsubishi* kararında hakemlerin devlet menfaatlerine ilişkin kuralları uygulayıp uygulamadıklarının tanıma tenfiz davalarında zaten devlet yargısınca kontrol altında olduğuna dikkat çekmektedir. Bugün *second look* doktrini özellikle hakem kararlarının tanıma tenfizi açısından kabul edilen içeriğe girme yasağıyla (*révision au fond*) bağdaşmadığından eleştirilmektedir ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmadığının denetimi altında tahkim yargılamasının içeriğine girilmesi tahkimin mantığıyla uyumlu görülmemektedir.

¹² Azeredo Da Silveira, Mercedeh (2014), Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation, Alphen aan den Rijn, s. 94.

¹³ Karar hakkında bkz. Azeredo Da Silveira, s. 94.

¹⁴ Ekonomik yaptırım kararlarının doğrudan uygulanan kural olarak vasıflandırılması hakkında bkz. Blessing s. 229; Azeredo Da Silveira, s. 50; Aygül, Musa / Vural Çelenk, Belkıs (2018), Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-18, s. 6.

¹⁵ Maddenin İngilizcesi şu şekildedir: Article 806 Italian Code of Civil Procedure “[t]he parties may have arbitrators settle the disputes arising between them, excepting [...] those matters that cannot be the subject of a compromise.” Madde metni için bkz. Azeredo Da Silveira, s. 94.

¹⁶ Dava ve tahkime elverişlilik ilişkisi hakkında bkz. Takavut, İbrahim Doğan (2018), Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On İki Levha, İstanbul, s. 88-89.

4. Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar

Tahkimde doğrudan uygulanan kuralların uygulanması devlet yargısında görülen uyuşmazlıklardan nerede ve nasıl farklılaşıyor bu hususun değerlendirilmesi önemlidir.

Taraf iradeleri tahkimin varlık sebebidir. Tahkimde doğrudan uygulanan kurallar hemen yukarıda bahsettiğimiz devlet yargısında olduğu gibi *lex causae*'nin, *lex forin* ve üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları olarak tasnif edilmez¹⁷.

Tahkimde hakemlerin karşılaşılabilecekleri doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu hukuk düzenleri devlet yargısında hâkimlerin karşılaşılabilecekleri doğrudan uygulanan kurallardan farklıdır. Özellikle tahkim yargılaması sonucunda verilecek kararın akıbetine etki edecek doğrudan uygulanan kuralların tespiti açısından, bunların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukta (*lex contractus*) yer alan doğrudan uygulanan kurallar olmaları ya da *lex contractus* dışındaki hukuk düzenlerinde yer alan doğrudan uygulanan kurallar olmaları farklılık arz eder.

Tahkime esas teşkil eden uyuşmazlığa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi yaygındır ancak tarafların tahkimde görülecek uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmiş olması her zaman uyuşmazlığın sadece bu kurallar ile çözüme kavuşturulacağı anlamına gelmez. *Lex contractus* 'la birlikte *lex contractus* dışındaki hukuk düzenlerinde yer alan ve uyuşmazlığa uygulanma iradesi taşıyan doğrudan uygulanan kurallar hakemlerin nazara almaktan kaçınamayacakları şekilde uyuşmazlığa ve en nihayetinde tahkim kararının akıbetine müdahalede bulunabilir.

A. *Lex Contractus*'un Doğrudan Uygulanan Kuralları

Tahkim yargılamasının esasına uygulanacak hukuk taraflarca seçilmişse hakemler tarafların bu seçimleri ile bağlıdır¹⁸. Taraflar doğrudan uygulanan kurallar hiç yokmuşçasına *lex contractus* 'un uygulanmasını kararlaştırırlar ise bununla bağlı olacaklar mıdır? Doktrinde bu husus tahkimin taraf iradesi bakımından önemi ve bugünkü tahkim anlayışı dikkate alınarak cevaplanmaktadır. Her ne kadar tahkimde taraf iradesinin üstünlüğüne verilen önem bugün de korunsa da tahkimin bir yargılama faaliyeti olduğu kabul edildiğinden hakemlerin, devlet

¹⁷ Tahkimde doğrudan uygulanan kuralları ele alan ve bu tasnife yer veren çalışmalar için bkz. Albayrak Ceylan, Nazlı (2016) Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi, Seçkin, Ankara; Tüysüz, Cemre (2019) Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, s. 463-500; Özdemir Kocasakal, Hatice (2021) Doğrudan Uygulanan Kuralların Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Üzerindeki Etkileri, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk (Ziya Akıncı, Berk Demirkol Ed.), On iki Levha, İstanbul.

¹⁸ Özdemir Kocasakal (2021), s. 234.

menfaatlerine hizmet ettiği için yetkili hukuka ve uyuşmazlığa müdahale eden bu kuralları gözetmeme şansları yoktur¹⁹. Tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olan *lex contractus*'ta yer alan doğrudan uygulanan kurallar uluslararası kamu düzenine²⁰ aykırı olmadığı sürece uygulanacak ya da etki tanınacaktır. Özellikle ambargo kuralları gibi taraf iradelerini milletlerarası hukukta bertaraf eden kuralların dikkate alınmadan karar verilmesi, hakem kararının akıbetini etkileyebilecektir. Örneğin 2020 yılında Paris İstinaf Mahkemesi (*Cour d'appel de Paris*) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve Avrupa Birliği yaptırım kararlarının uluslararası emredici kurallar olduğunu, bunların Fransız kamu düzeninden olduklarını ve aykırı verilen hakem kararlarının iptal edileceğini vurgulamıştır²¹.

Esasa uygulanan hukuk içerisinde yer alan bu kuralların uygulanmalarını taraflar açıkça talep etmiş olabilir. Bu gibi bir durumda, hakemler tarafların uygulama yönündeki iradelerini de dikkate alarak bu kuralları uygulayabilecektir. Tarafların açıkça taleplerine rağmen hakemlerin *lex contractus*'ta yer alan doğrudan uygulanan kuralları hiç değerlendirmemiş olmaları halinde hakemlerin kendilerine hakem sözleşmesi ile verilen yetkiyi aşmış olup olmadıklarının değerlendirilmesi iptal davasında ya da tenfiz yargılamasında gündeme gelebilir²².

New York Sözleşmesinin²³ V (1) (c) maddesi ve benzer şekilde MÖHUK madde 62 (1) g maddesinde²⁴ de yetki aşımı tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Gerek New York Sözleşmesi gerekse MÖHUK hakem kararının tanınması ve tenfizi için karar, tarafların hakemlere tanıdığı yetki çerçevesinde verilmiş olmalıdır. Hakemin, uyuşmazlıkla ilgili olan doğrudan uygulanan kuralları uygulaması ya da uygulamamasının yetkisini aştığı yönündeki iddiasının, hakemlerce mahkeme önüne getirilmesi ve ispatlanması gereklidir.

¹⁹ Özdemir Kocasakal (2021), s. 234-235. Benzer yönde, Smahi, Nadia (2021) Applying “Foreign” Mandatory Laws in International Arbitration Despite the Parties’ Choice of Law: A Necessary Evil? (Matthias Scherer (Ed.)), ASA Bulletin, Volume 39, Issue 3, s. 570-591, s. 581. Aynı yönde, Huysal, s. 138.

²⁰ Uluslararası kamu düzeni gerekçesiyle *lex contractus*'ta yer alan doğrudan uygulanan kuralların sınırlandırılmasına ilişkin meselelere örnek olarak sözleşmenin akdedilmesi için kamu görevlilerine rüşvet verilmesini kabul eden kuralların ve din ve ırka dayalı ayrımcılık gerektiren kuralların uygulanmaması gösterilebilir. Bkz. Özdemir Kocasakal (2021), s. 236.

²¹ 3 Haziran 2020 tarihli karar RG. 19/07261. Aynı kararda Mahkeme ABD'nin tek taraflı çıkardığı yaptırım kararları için Fransız kamu düzeni ilişkisi kurmamaktadır.

²² Örneğin MTK madde 15(1) e lafzına göre “Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini aştığını, [...] ispat ederse” hakem kararı iptal edilebilir. Yetki aşımı UNCITRAL Model Kanun madde 34(2) (a) (iii)'de iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.

²³ 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi; RG. 25.09.1991-21002.

²⁴ MÖHUK m. 62 (1) Mahkeme [...] g) “Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise bu kısım hakkında” [...] yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

Ancak hakemlerin, *lex contractus*'ta yer alan doğrudan uygulanan kuralları res'en ya da taraflardan birinin talebiyle uygulaması halinde hakem kararının tenfizine engel olmak isteyen taraf/lar yetki aşımı maddelerine dayanamayacaktır. Mahkemenin, yetki aşımı değerlendirmesini esasa girme yasağını dikkate alarak sınırlı şekilde yapabileceği ise dikkatten kaçmamalıdır²⁵.

Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk hakkında bir belirleme yapmadığı hallerde hakemlerin *lex contractus*'u belirlemesi gerekecektir²⁶. Hakemlerin, taraflardan birinin bu kuralların uygulanmamasını istediği ve de diğer tarafın buna karşı çıktığı hallerde taraflardan gelen bu taleplere eşit şekilde yaklaşarak kendi değerlendirmelerini yapmaları esastır. Ancak tarafların, bir hukuk seçimi yapmamalarına rağmen hakemlerin belirledikleri *lex contractus*'un doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına birlikte karşı çıkmaları halinde kanaatimizce bu uyuşmazlıktan el çekmeleri isabetli olacaktır. Burada hakemlerin taraf iradelerinin aksine bir tahkim yargılaması yürütmelerinin kendilerinden beklenemeyeceğine vurgu yapılmalıdır²⁷.

Uygulamada hakemlerin uyuşmazlığa uygulanacak hukuku, uyuşmazlığa müdahale edecek doğrudan uygulanan kuralların olduğu hukuk olarak belirlemiş oldukları ve uyuşmazlığa uygulanacak hukukun bölünmesine engel olmayı hedefledikleri örnekler de vardır²⁸.

B. Lex Contractus Dışındaki Doğrudan Uygulanan Kurallar

Tahkimde *lex contractus* dışındaki hukuk düzenlerinde yer alan doğrudan uygulanan kurallar için “yabancı doğrudan uygulanan kurallar” ya da “üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları²⁹” ifadesinin kullanılabilir. Bunun ardındaki sebep hakemlerin devlet yargısında hâkimlerin sahip olduğu gibi bir *for*'larının olmamasıdır. Buna göre hakemler açısından *lex contractus* dışındaki tüm doğrudan uygulanan kurallar yabancı/üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı olarak işaret edilmektedir³⁰.

Peki *lex contractus* dışındaki hukuk düzenleri neler olabilir? Bir sınırlandırma söz konusu mudur? Şüphesiz her hukuk düzeni doğrudan uygulanan kurallar içerir ve bunlar potansiyel anlamda tahkime konu uyuşmazlık için uygulanma ihtimaline sahiptir. Her hukuk nizamının doğrudan uygulanan kuralları, fiili durumun buna imkân vermeyeceği de gözetilerek uygulanamayacaktır. Bu nedenle tahkim yargılaması sonucunda verilecek kararın *lex*

²⁵ Smahi, s. 588.

²⁶ Huysal, s. 138.

²⁷ Benzer yönde bkz. Huysal, s. 139.

²⁸ Bkz. Özdemir Kocasakal (2021), s. 237.

²⁹ Bkz. Takavut, s. 166.

³⁰ Bkz. Smahi, s. 571.

contractus dışındaki hukuk düzeninde yer alan doğrudan uygulanan kurallardan etkilenme ihtimali dikkate alınarak bir sınırlandırmaya gidilmesi isabetli olacaktır. Örneğin bu kurallar uyuşmazlık konusu sözleşmenin ifa yeri kuralları olabileceği gibi tahkim yeri hukuku, müstakbel tenfiz yeri hukuku ya da uluslararası hukukta kültür ve tabiat varlıklarının korunması gibi üst bir hukuk kaynağının da doğrudan uygulanan kuralları olabilir. Tahkim kararının iptali ihtimali ve özellikle de tarafların tahkim yargılaması sonucunda erişecekleri tenfiz edilebilir karara etkisi açısından tahkim yerinin ve müstakbel tenfiz yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının hakemlerce gözetilmesi meselesi önem arz eder³¹.

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarında üçüncü bir hukuk sisteminin doğrudan uygulanan kurallarının nasıl ve ne ölçüde uygulanacağına ilişkin özel bağlama kuralları olması halinde, örneğin MÖHUK madde 31, Roma 1 Tüzüğü madde 9 (3) ya da İsviçre IPRG madde 19 gibi, hakemlerin kendileri de *lex contractus* dışında başka bir hukuktaki doğrudan uygulanan kuralları uygulayabilir³². Bu gibi özel bağlama kuralının varlığı halinde, hakemlerin kanun maddelerini uyguluyor oldukları dikkate alınarak yetki aşımı gerekçesiyle iptal davasına ya da tenfiz engeline konu olamayacaktır. *Lex contractus* dışındaki hukuk düzenlerine ait doğrudan uygulanan kuralların taraflarca getirilmesi halinde, bunları uygulayan/sonuçlarını dikkate alan hakemlerin verdikleri kararlar sonrasında bu maddelere dayanılarak yetki aşımından bahsedilemeyecektir³³.

İlk olarak tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile hakemlerin karşılaşması ve bunları uygulamaması ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Yeniden tekrar edilmelidir ki tahkim yeri doğrudan uygulanan kuralları devlet yargısında yukarıda bahsettiğimiz tasniften farklı olarak hakemler için yabancı doğrudan uygulanan kurallardır³⁴. Hakemlerin bu kuralları uygulamadığı durumlarda ne gibi ihtimaller ortaya çıkarabilir, bunlar kısaca değerlendirilmelidir.

Tahkim yerinin, tahkim yargılaması sonucunda elde edilen hakem kararının geleceğine tesiri vardır. Özellikle hakem yargılaması sonucu elde edilen karardan tatmin olmayan tarafın başvuracağı iptal müessesesi açısından tahkim yeri önem arz eder. İptal davası dolaylı olarak tahkim yeri hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanıp uygulanmadığının kontrolü anlamını taşır. Tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmamış olması açıkça bir iptal sebebi olarak düzenlenmiş değildir. Her ne kadar böyle

³¹ Smahi, s. 581.

³² Aynı yönde Özdemir Kocasakal (2021), s. 245

³³ Smahi, s. 589.

³⁴ Smahi, s. 572.

bir iptal sebebi açıkça olmasa da özellikle doğrudan uygulanan kuralların devlet menfaatlerini ilgilendirmesi onları milletlerarası kamu düzeni ile ilişkili kurallar haline getirmektedir. Örneğin, tahkim yerinin Türkiye olduğu bir yargılamada Türk mahkemeleri MTK³⁵ 15 (2) b’de yer alan kamu düzeni müdahalesi kapsamında bir değerlendirme yapabilir. Ancak burada mahkeme bu maddeye dayanarak yapacağı değerlendirmede dikkatli olmalıdır. Kamu düzeninin son çare olarak başvurulabileceğinden genel bir iptal sebebi olarak her zaman başvurulacak bir yol olarak tahkim müessesesi karşısında yer almamalıdır.

Tahkim yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının hiç uygulanmaması, eğer bir tahkim kararının iptali sebebine yol açarsa bu aynı zamanda bir tenfiz engeli yaratır. Hem New York Sözleşmesinin V (1) (e) maddesi hem de MÖHUK 62 (1) h maddesine göre tahkim kararının iptal edilmiş olması bir tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir.

Tahkim yerinin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma iradesi taşıdığı uyuşmazlıkların tahkim edilemeyeceği ve bu uyuşmazlıklara ilişkin verilen hakem kararının tahkime elverişliliğe bağlı olarak bir iptal sebebi ya da tenfiz engeli olarak mahkemece res’en kabul edilmesinin bugün artık terkedilmiş bir anlayış olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Yine de çok istisnai hallerde somut olay özelinde tahkime elverişlilik açısından değerlendirme gündeme gelebilir.

Lex contractus dışında bir üçüncü ülke olarak müstakbel tahkim ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları hakemlerce uygulanması gereken kurallar olabilir. Hakemler tahkimde taraf iradelerinin önceliği ile hareket ederler ancak öte yandan icra edilebilir kararlar vermek de hakemlik faaliyetinin olağan sonucudur. Milletlerarası ticarete hakem kararı verildiği ülkenin dışında tenfiz talebiyle karşılaşabilir. Özellikle hakem kararının taraflarca gönüllü şekilde yerine getirilmediği hallerde lehine alacak hakkı hakem kararında hükmedilen taraf, bu alacağa kavuşmak için pek çok ülkede arayış içerisinde olabilir. Esasında bir hakem kararının fiili durum itibarıyla neredeyse tüm ülkelerde taraflarınca tenfiz edilme ihtimali vardır. Müstakbel tenfiz ülkesinin neresi olduğu her somut olayda belirlenmelidir³⁶. Ancak tarafların mal varlıklarının olduğu bilinen bir ülke, taraflardan birince müstakbel tenfiz ülkesi olarak işaret ediliyorsa ilgili tarafın talebiyle bu ülkeye ait doğrudan uygulanan kurallar hakemlerce uygulanabilir.

³⁵ Milletlerarası Tahkim Kanunu; RG. 05.07.2001-24453.

³⁶ Huysal, s. 136.

Tenfiz ülkesi hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar uygulamada genel olarak kamu düzeni müdahalesi ile bağdaştırılmaktadır. Yukarıda iptal edilebilirlik anlatırken bahsettiğimiz kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği şüphesiz burada da geçerlidir. New York Sözleşmesinin V (2) (b) maddesi ile MÖHUK m. 62 (1) b maddesinde, hakem kararının tenfiz ülkesinin kamu düzenine aykırı olması tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Bu tenfiz engeli hâkimlerce resen dikkate alınabilecektir ve uygulamada başvuru tenfiz engeli maddesi olarak da görülmektedir. Tahkim ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmaması halinde resen kamu düzenine hakimce başvurulabileceği gibi tenfiz engeli olarak da benzer şekilde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmak mümkündür.

Ancak burada son değinmek istediğimiz husus şu şekildedir. Hakemlerin tahkim yargılaması sonunda tenfiz edilebilir bir karar vermeleri şüphesiz önemlidir. Ancak hakemler yetkili hukuktaki doğrudan uygulanan kurallar ile tenfiz yeri ya da tahkim yeri doğrudan uygulanan kurallarının çeliştiğini gördüklerinde hangisine öncelik verecektir sorusu gündeme gelebilir. Burada hakemlerin doğru kararlar vermeleri tenfiz edilebilir bir karar vermelerinin önüne geçmektedir. Tenfiz edilememeye bağlı olası riskler davacının üzerinde olacaktır ancak hakemlerin dikkat edecekleri öncelik yetkili hukukun doğru uygulanması ve doğru karar vermek olacaktır³⁷.

SONUÇ

Doğrudan uygulanan kurallar devlet mahkemelerinde özellikle devlet menfaatleri gereği zaman zaman yetkili hukuka müdahale eder. Benzer şekilde tahkim yargılamasında da bu kurallar hakemlerce *lex contractus*'ta yer almaları halinde, tahkim yeri ve kararın tanınıp tenfiz edilebileceği muhtemel olan ülke hukuklarında yer almaları ya da uluslararası kamu düzenine ait olmaları halinde uygulanabilir. Bu kuralların uygulanmamasının sonuçları da özellikle tahkim yeri mahkemeleri önünde iptal sebebi olması ya da tenfiz yeri mahkemeleri bakımından da tenfiz engeli olarak hakem kararının akıbetine etki edebilir. Hakemler bu kuralların farkında yargılamalar yapmalı ancak bu kuralların somut uyuşmazlıktaki etkilerini titizlikle değerlendirerek hareket etmelidir.

³⁷ Aynı yönde bkz. Huysal, s. 136.

KAYNAKÇA

Albayrak Ceylan, Nazlı (2016), Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi, Seçkin, Ankara.

Aygül, Musa / Vural Çelenk, Belkıs (2018) Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-18.

Azeredo Da Silveira, Mercedeh (2014), Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation, Alphen aan den Rijn.

Blessing, Marc (1991), Introduction to Arbitration-Swiss and International Perspectives, Basel.

Doğan Vahit (2020), Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Savaş, Ankara.

Francescakis, Phocion (1966), Quelques precisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapport avec les règles de coflicts de lois, Revue Critique de Droit International Privé.

Huysal, Burak (2011), Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Müdahaleci Kuralları Uygulama Yükümlülüğü, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-2, s. 129-150.

Kösoğlu Mehmet (2008), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlgili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, MHB, Cilt 28, Sayı 1-2, s. 147-172.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul.

Özdemir Kocasakal, Hatice (2021), Doğrudan Uygulanan Kuralların Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Üzerindeki Etkileri, Tahkim ve Uygulanacak Hukuk (Ziya Akıncı, Berk Demirkol Eds.), On İki Levha, İstanbul.

Savingy, Friedrich Carl von (1849), System des Heutigen römischesrecht, Cilt: VII, Berlin, Veit.

Schwander, Ivo (1975), Lois d'application immediate, Sonderanknüpfung, IPRSachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im Internationalen Privatrecht, Schulthess Zurich.

Smahi, Nadia (2021), Applying “Foreign” Mandatory Laws in International Arbitration Despite the Parties’ Choice of Law: A Necessary Evil? (Matthias Scherer (Ed.)), ASA Bulletin, Volume 39, Issue 3, s. 570-591.

Takavut, İbrahim Doğan (2018), Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, On iki Levha, İstanbul.

Tüysüz, Cemre (2019), Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, s. 463-500.

Vural Çelenk, Belkıs (2018), Üçüncü Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Haksız Fiiller Alanında Uygulanmasının MÖHUK Madde 31 İle Değerlendirilmesi, Koç Üniversitesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, (Zeynep Derya Tarman (Ed.)), On İki Levha.

ULUSLARARASI YATIRIM TAHKİMİNDE VATANDAŞLIK MESELESİNE (YENİDEN) BAKIŞ*

Dr. Aysun BOLACA**

Uluslararası (ikili ya da çoklu) yatırım antlaşmalarının akdedilmesinin ardında yatan temel motivasyonlardan biri uluslararası piyasalarda para ve yabancı yatırım akışını sağlamak; bir diğeri de yatırımı teşvik ederken yabancı yatırımı ve yabancı yatırımcıyı korumaktır. Yatırımcının, bu tür antlaşmaların sağladığı korumadan yararlanabilmesi için aranan öncelikli şart ise ‘yabancı’, bir diğer ifadeyle ‘vatandaş olmama’, niteliğini haiz olmasıdır. Yatırımın yapıldığı Devlet vatandaşı için söz konusu koruma, doğal olarak, uygulama alanı bulmayacaktır.

Yatırımcının yabancılık vasfının taşıdığı kritik önem sebebiyle, uluslararası (yatırım) tahkim(i) yargılamasında hakem heyetinin öncelikli görevi: Yatırım uyumsuzluğunun taraflarından biri olan ‘yatırımcı’nın vatandaşlığına ilişkin tespitte bulunmaktır ve söz konusu tespitte yatırımcının milli hukuku, yani o devletin kendi iç hukuku, belirleyen olacaktır. Yatırımcının aynı zamanda iki veya daha fazla vatandaşlığa sahip olduğu durumlar ise yatırım tahkiminde bazı sorunlara kapı aralamakta – örneğin yatırıma ev sahibi Devletin de vatandaşlığını taşıyan yabancı yatırımcının (çifte vatandaş) ilgili yatırım antlaşmasına dayanarak ev sahibi Devlete karşı tahkim prosedürünü başlatıp başlatamayacağı meselesi...

Bu kapsamda, yatırım tahkiminde sıklıkla başvuru enstrümanı olan ICSID Konvansiyonu; gerçek kişi-yatırımcının Konvansiyona taraf devlet vatandaşı olması yanı sıra yatırıma ev sahibi Devletin vatandaşı olmaması gerekliliğini hüküm altına almıştır (md. 25 (2)). Aksi takdirde çift vatandaşlığa sahip yatırımcının tahkim başvurusu yetki bakımından ret ile sonuçlanacaktır. Uygulamada, çift vatandaşlığa ilişkin açık hüküm bulunduran yatırım antlaşmaları olduğu gibi konu hakkında sessiz kalan birçok yatırım antlaşması da mevcuttur ve çift vatandaşlığa ilişkin hüküm barındırmayan bu tarz antlaşmalarda, ICSID tahkimine başvuru mecburi değilse ya da tek yol değilse; meselenin çözümü hakem heyetlerinin takdirine bırakılmıştır.

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 27 Mayıs 2022 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Uluslararası Tahkim Uygulama ve Araştırma Merkezi iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar V” Sempozyumunda sunulan tebliğin özeti mahiyetindedir.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Bu çalışma, öncelikle, antlaşma-temelli-yatırım tahkiminde çifte vatandaşlığa yeşil ışık yakan ilk uluslararası tahkim kararını “*Serafin Garcia Armas v Venezuela* (UNCITRAL 2014)” mercek altına alacak, söz konusu kararda hakem heyetinin yetkiye ilişkin değerlendirmesini ve gerekçelerini inceleyecektir. Yatırımcı lehine sonuçlanan bu kararın ardından çifte vatandaşların vatandaşı olduğu Devlete karşı başlattığı tahkimde ciddi oranda bir artış gözlenmiş ve konuya ilişkin tartışmaları yeniden alevlendirmiştir. Bu tartışmalar devam ederken yatırıma ev sahibi Devlet olan Venezüela da Paris Temyiz Mahkemesine UNCITRAL tahkim kararının iptali için başvuruda bulunmuş ve temyiz yargılaması kararın iptali ile neticelenmiştir.

Bu netice üzerinden ilerleyerek, söz konusu çalışma, *Serafin Garcia Armas v Venezuela* kararının tahkim mahkemeleri tarafından ne ölçüde dikkate alınacağı hususunu ve çifte vatandaşlığa ilişkin açık hüküm barındırmayan Yatırım Antlaşmaları (ICSID tahkimi zorunlu değilse) aracılığıyla başlatılan tahkimde, tahkim yeri hukukunun Paris olarak belirlenmesinin yaratabileceği olası sonuçları irdelleyecek; halihazırdaki ikili yatırım antlaşmaları ve yeni akdedilecek olanlar için vatandaşlık meselesine ilişkin bazı çözüm önerileri sunacaktır.

Yararlanılan Başlıca Kaynaklar:

- 1) B. Demirkol, ‘Uluslararası Hukukta Dikkate Alınan Vatandaşlık: Gerçek Kişilerde “Etkin Vatandaşlık” Sorunsalı’ (2015), Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 2, 159- 193.
- 2) C. Vijayvergia, ‘Dual Nationality of a Private Investor in Investment Treaty Arbitration: A Potential Barrier to the Exercise of Jurisdiction Ratione Personae’ (2021), 36 (1), ICSID Review, 150- 170.
- 3) E. P. Treves, ‘Investment Treaty Arbitration: Dual Nationals Are Now Welcome: A Way Out of ICSID’s Dual Nationality Exclusion’ (2017), 49, International Law and Politics, 607- 618.
- 4) I. Yılmaz, ‘Gerçek Kişilerin Vatandaşlığında ‘Gerçek Bağlantı’ İlkesi: Nottebohm Romantizminin Sonu’ (2021), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 965- 1011.
- 5) S. Michalopoulos, E. Hicks, ‘Dual nationality revisited: a modern approach to dual nationals in non-ICSID arbitrations’ (2019), 35, Arbitration International, 121-148.

TAHKİMDE GÜNCEL SORUNLAR VI

ŞİRKETLER HUKUKUNDA TAHKİM ANLAŞMASININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ*

*Prof. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ***

Genel olarak tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili daha önce incelenmiş bir konu olmakla beraber, özellikle şirketler hukukunda karşılaşılan sorunları ve bunlara ilişkin çözümleri veya çözüm önerilerini karşılaştırmalı hukuk verilerinden de yararlanarak ortaya koymak ve konuyla ilgili gelişmeleri aktarmak içtihadın henüz yeni filizlendiği ülkemiz hukuku bakımından faydalı olur.

İlk olarak teşmille ilgili genel açıklamalarda bulunacağız (1), sonra konuyu adi ortaklıklar (2) ve tüzel kişiliği bulunan şirketlerde ele alacağız (3). Son olarak, şirketler topluluğu veya yavru şirket ana şirket ilişkisinin bulunduğu durumlar bakımından teşmili irdedeleyeceğiz (4).

1. Genel Olarak Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili

Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca yargı yetkisi Türk Milleti adına devlet mahkemelerince kullanılır. Yine Anayasa'nın 37. maddesine göre, kimse rızası dışında kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bununla birlikte, belli şartların varlığı halinde sözleşme serbestisi uyarınca bu anayasal kuralların aksinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Uyuşmazlığın tarafları tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık bir anlaşmayla aralarındaki mevcut bir uyuşmazlığın veya ileride çıkabilecek potansiyel uyuşmazlıkların devlet mahkemesi yerine tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırabilirler.¹

Özellikle uluslararası kompleks uyuşmazlıklardaki uygulama sıklığı dikkate alındığında, tahkim devlet yargısı karşısında istisnai bir yargılama usulü olmaktan çıkıp, artık devlet yargısına alternatif oluşturmuştur.

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 3 Haziran 2022 tarihinde İTOTAM iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar VI” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi- Université de Fribourg

¹ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 412: “Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır”. Aynı yönde uygulamada bkz. Yarg. 9.HD, T. 17.9.2014, E. 2014/22697, K. 2014/26896.

Tarafların tahkime başvurabilmesi için uyuşmazlığın tahkime elverişli bir konuda ortaya çıkmış bulunması gerekir. Tahkim uygulaması, özellikle tarafların tacir olduğu ve uyuşmazlığa daha liberal kuralların uygulandığı ticari işlerde gelişmiştir. Buna karşın, tahkime elverişli olmayan bir konuda, ör. taşınmaz aynına ilişkin uyuşmazlıkların, aile ve miras hukukundan doğan uyuşmazlıkların, işçi işveren arasındaki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tarafların tahkim anlaşması yapmış olması hukuken bir sonuç doğurmaz; bu tip uyuşmazlıklar devlet yargısı önünde çözümlenir.²

Tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini geçerli bir şekilde kararlaştırdıkları bir durumda, söz konusu tahkim Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 2'ye tabi yabancılık unsuru taşıyan bir tahkim de olsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 11. kısmına tabi yerel bir tahkim de olsa, kural olarak sadece bu anlaşmanın tarafları tahkim usulüne tabi olmayı kabul etmiş sayılırlar. Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi uyarınca üçüncü kişiler kural olarak tahkim anlaşmasıyla ve dolayısıyla tahkim yargılaması sonucu verilen kararlar bağli olmazlar.³ Bunun anlamı, söz konusu uyuşmazlıkla ilgili bulunan üçüncü kişilerin kural olarak devlet yargısına tabi olmaya devam edecekleridir. Bir kimsenin şeklen taraf olmadığı bir sözleşmeyle bağli tutulması veya bağli sayılması, aşağıda göstereceğimiz gibi çok istisnai şartlar altında gerçekleşebilecek bir durumdur.

Özellikle üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasından hukuken etkilendiği durumlarda, bu kişiler de aslında dahil olmadıkları bir tahkim anlaşmasından, daha doğrusu bu anlaşmanın sağladığı olanaklardan yararlanmak isteyebilir ve tahkimin tarafı haline gelmeyi arzu edebilirler. Özellikle uyuşmazlığın bütünlüklü ve kapsayıcı bir şekilde hızlıca çözüme kavuşturulması ihtimali, üçüncü kişilerin taraf haline gelme arzusunda rol oynar. Bu, üçüncü kişilerin yargılamaya dahil olma ("*intervention*") talebi ile söz konusu olabilir. Ancak, üçüncü kişinin tahkime dahil olma talebi uygulamada istisnaen rastlanan bir durumdur.

Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarını kodifiye etmeyi amaçlamış olan İsviçre Kuralları 2021 m. 6 üçüncü kişilerin dahil olma talebi sunmasına ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiştir.⁴ Bununla birlikte, tahkime dahil olma talebine açıkça cevaz veren bu tür düzenlemelerin henüz yaygın olmadığı belirtilmelidir.

² Bkz. Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar-Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017, s. 785.

³ Bkz. Banu Şit Köşgeroğlu, Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/3, s. 1-30, 4; Hatice Özdemir Kocasakal, Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili, in: Hatice Özdemir Kocasakal / Süheyla Balkar (edit.), Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, s. 25-64, 26.

⁴ Bkz. <https://www.swissarbitration.org/resources/swiss-rules-2021/>

Dahil olma talebine ek olarak, üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasıyla bağlı kılınmasında diğer bir ihtimal şöyle ortaya çıkabilir. Tahkim anlaşmasının taraflarından biri veya tüm taraflar tahkime yabancı bir üçüncü kişiyi tahkim anlaşmasının tarafı haline getirmeye, başka bir deyişle tahkim anlaşmasını bu üçüncü kişiye teşmil etmeye çalışabilir.

Yazıda bu ikinci ve uygulamada daha sık karşılaşılan durum (“joinder”) üzerinde duracağız. Önce, böyle bir ihtimalin gündeme gelmesinin muhtemel nedenleriyle başlayalım. Üçüncü kişilerin dahil olmadıkları bir tahkim anlaşması ile tahkime dahil edilmek istenmesinin en sık karşılaşılan nedeni, bu kişinin tahkim anlaşmasının tarafı sözleşene göre ekonomik bakımdan daha güçlü olmasıdır. Örneğin Türkiye’de piyasaya güneş paneli sunan ve kendi tüzel kişiliği bulunan satıcıdan Almanya’da imal edilmiş bu panelleri tahkim kaydıyla satın alan bir enerji firması, panellerin ayıplı çıkması nedeniyle uğradığı kayıpların giderilmesi için sadece Türkiye’deki satıcıya dava açmak yerine, panellerin satımında müzakerelere katılan, panellerin kurulumunu yapan ve hatta satıcı ile yapılan sulh görüşmelerine aktif bir şekilde katılan ve satıcı şirketin bir kısım hisselerine de sahip olan üretici Alman şirketini de muhatap almak isteyebilir. Kayıplarının Alman üretici tarafından - Türkiye’deki satıcı ile kıyaslandığında - daha kapsamlı bir şekilde giderilebileceğini düşünmesi, satın alanın açtığı teşmil davasının arkasındaki en önemli motivasyonu oluşturur. Bununla birlikte, aşağıda göreceğimiz üzere, alıcının teşmil talebinin kabul görmesi, yani üreticinin şeklen tarafı olmadığı bir tahkim anlaşmasının tarafı haline getirilebilmesi, birçok koşulun bir arada bulunmasına bağlıdır.⁵

Bununla birlikte, tahsilatta kolaylık sağlama amacı tahkimin üçüncü kişiye teşmil edilmek istenmesinin her zaman tek sebebinin teşkil etmez. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmilinin mümkün olup olmadığı meselesi birazdan örneklendireceğim gibi özellikle şirketler hukukunda bazen pratik mülahazalar nedeniyle önem kazanır.

Sadece doğal hakimlerinin yargılamasından açıkça vazgeçtiğini ortaya koyan taraflar için hüküm ifade etmesi gereken tahkimin belli şartlar altında sözleşmenin nisbiliği ilkesini nasıl bertaraf edebileceğini ve bu şekilde üçüncü kişiler bakımından da etkiye sahip olabileceğini örnekler üzerinden göstermeye çalışalım. Konuyu önce adi şirketler, sonra tüzel kişiliği bulunan şirketler ve son olarak şirketler topluluğu bakımından üç ayrı başlık altında ele almak uygulamada ortaya çıkan sorunları göstermek açısından faydalı olur.

⁵ Bkz. aşağıda 4 nolu başlık.

2. Adi Şirketlerde Teşmil

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 620 adi şirketi “iki veya daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşme” olarak tanımlamıştır.

Tahkim anlaşması, her adi şirket bakımından kararlaştırılan bir uyuşmazlık çözüm metodu değildir. Dolayısıyla ortaklarının yaşadığı her hukuki uyuşmazlıkta gündeme gelmez. Bu tür bir anlaşma, genellikle ya bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelen ortakların bir işin tamamından birlikte ve müteselsilen sorumlu olmayı üstlendikleri bir joint venture kurmaları ya da bir ticari işi gerçekleştirip kazanç elde etmek maksadıyla bir araya gelen ve uzmanlıkları farklı olan teşebbüslerin işin sadece kendi kısımlarından sorumlu oldukları konsorsiyum kurmaları durumunda gündeme gelir.⁶

Esasen belirli bir hukuki yapıyı ifade etmeyen joint venture veya konsorsiyum kavramları söz konusu iktisadi yapıyı tanımlamak için kullanılır. Hakem mahkemesi, taraflar arasındaki sözleşmenin TBK m. 620 ışığında yorumlanmasından tarafların bir adi şirket kurmak iradesiyle hareket ettikleri sonucuna varırsa, ortaklardan birinin ortaklık dışından kişilerle akdettiği tahkim anlaşmasının kapsamının belirlenmesiyle ilgili bir sorunla karşılaşabilir. Örneğin inşaat işleriyle iştigal eden adi ortaklığın ortaklarından birinin iş sahibiyle yapmış olduğu tahkim anlaşmasının adi ortaklığın diğer ortaklarına da teşmil edilip edilemeyeceği sorusu gündeme gelir.

İş sahibi, ortaklığın tüm ortaklarıyla ayrı ayrı tahkim anlaşması akdettiyse, böyle bir problemle karşılaşmaz. Ancak, tahkim anlaşması sadece bazı ortaklarla yapılmış diğerleriyle yapılmamışsa, iş sahibiyle ortaklığın içinde bulunduğu uyuşmazlığın çözülmesinde izlenecek usul öncelikle belirlenmelidir.

Böyle bir durumda, iş sahibiyle tahkim anlaşması yapmış ortağın ya da ortakların diğer ortağı ya da ortakları temsil kabiliyetinin bulunup bulunmadığı öncelikle incelenmelidir. Zira, ortaklardan biri ortaklık adına ancak diğer ortakları temsil yetkisi varsa hareket edebilir. Bir ortağın TBK m. 637 f. 2 uyarınca temsil yetkisini kullanarak iş sahibiyle yapmış olduğu tahkim anlaşması, söz konusu joint venture'un ya da konsorsiyum'un diğer ortaklarını da bağlar. Bununla birlikte, her ne kadar teşmile benzese de, böyle bir ihtimal gündeme geldiğinde, esasen teknik olarak tahkim anlaşmasının diğer ortaklara teşmilinden bahsedilemez; zira, temsil yetkisiyle adına hareket edilen ortaklar üçüncü kişi konumunda değildir. Teşmil, ancak üçüncü kişiler bakımından söz konusu olabilir.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Matthieu de Boissésou, "Joint-venture" internationale et arbitrage, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, Paris 2015, s. 55-64.

İş sahibiyle sözleşme akdeden ortakların ya da ortağın diğer ortakları ya da ortağı temsil yetkisi yoksa, bunların tek başına adi ortaklık adına hareket etmesi mümkün değildir.

3. Ticaret şirketlerinde teşmil

Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenmiş şirketler bakımından gündeme gelen sorunlardan biri, şirketin anayasası olarak kabul gören şirket esas sözleşmesine ortaklığın taraf olacağı tüm uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine dair bir kayıt konulup konulamayacağıdır. Bu soru uygulamada özellikle anonim ve limited ortaklıklar bakımından gündeme gelebilir.

TTK m. 339'da esas sözleşmede bulunması gereken kayıtların neler olacağı sayılmıştır. TTK m. 340 bu kayıtların kapsamına ilişkin şu hükmü getirmektedir: *“Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar”*. Bu hükümden, mevzuatın açıkça izin verdiği bu hususlar dışında esas sözleşmeye kayıt konulamayacağı sonucu çıkarılabilir.⁷

Tahkim kaydına dönecek olursak, mevzuatta uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğine dair özel bir hüküm mevcut değildir. Şu durumda, tahkim kaydının anonim şirketlerde ve limited şirketlerde esas sözleşmeye konulması hukuki bakımdan bir sonuç doğurmaz denilebilir. Bu durumun sözleşme serbestisi ilkesini zedelediği düşünülecekse de TTK'nın lafzı karşısında böyle bir sonuca ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte, konu tartışmalıdır ve esas sözleşmede tahkim şartına yer verilebileceği ve bunun geçerli olacağı da savunulmaktadır.⁸

Bir an için esas sözleşmeye genel bir tahkim kaydı konulabileceğinin mümkün olduğunu düşünsek bile, MTK'ya tabi yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda MTK m. 4 uyarınca tahkim kaydının hangi uyuşmazlığa ilişkin bulunduğu belirli olması gerekliliği karşısında, esas sözleşmeye konulacak bir genel tahkim kaydı geçerlik kazanmayacaktır. Şu halde, esas sözleşmeye “ortaklığın taraf olduğu tüm uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenir” şeklinde bir genel kayıt konulması yürürlükteki Türk hukuku bakımından hukuken bir anlam ifade etmez. Zaten bu esas sözleşmeyle düzenlenebilir bir alan da değildir; şirketin taraf olacağı sözleşmelerin içeriğinin belirlenmesi yetkisi yönetim kurulunun devredilemez yetkilerindendir ve esas sözleşmeye konu edilmesi söz konusu olamaz.

⁷ Bu yönde bkz. Erdoğan Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, 5. Bası, İstanbul 2015, s. 33; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2021, s. 128-129. Aksi yönde bkz. Rauf Karasu, *Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi*, 2. Bası, Ankara 2015, s. 61.

⁸ Tartışmalar için bkz. Tolga Ayoğlu, *Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim*, İstanbul 2018, s. 11 vd.

Bununla birlikte, esas sözleşmedeki tahkim kaydı sadece ortaklar arasındaki ya da ortaklıkla ortaklar arasındaki ilişkileri kapsayacak şekilde kaleme alındıysa, MTK m. 4 anlamında minimum bir belirlilik sağlanmış olacağından, bizce kural olarak böyle bir kayıt geçerli olabilir ve ortakları bağlar.

Hisse devri sözleşmesiyle üçüncü kişilere hisse devri yapıldığında, yeni ortağın esas sözleşmedeki tahkim kaydıyla bağlı olup olmayacağı meselesini de açıklığa kavuşturmak gerekir. Hisseyi devralanın basiretli bir tacir gibi hareket ederek esas sözleşmenin tescil edildiği ticaret sicilini incelemekle yükümlü olduğundan bahisle, onun da esas sözleşmedeki çerçevesi belirli tahkim kaydıyla bağlı sayılması mümkün müdür? Salt anonim şirketin payını devralmak tacir sıfatı vermediğinden, devralan eğer ayrıca tacir sıfatını haiz değilse zaten tacir olmayacak ve tacirse bile ticaretinin konusu pay alım-satım işleri değilse, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğüne tabi olmayacaktır.

Burada, TTK m. 36 f. 3 uyarınca ticaret siciline tescil edilmiş bulunan esas sözleşmenin tescilin olumlu etkisinden yararlanabileceği, yani tescil edilip hüküm doğurmaya başlayan hususların bilinmediğinin ileri sürülemeyeceği düşünülebilir. Ancak, esas sözleşmenin tamamı tescil edilmekle birlikte TTK m. 354 uyarınca sadece kanunda gösterilen hükümleri tescilin olumlu etkisinden yararlanır. Sicile tescili gerekmeyen bir kaydın ilanı üçüncü kişiler için herhangi bir sonuca yol açmaz.⁹ Dolayısıyla, esas sözleşmede tahkim kaydı varsa bile, TTK m. 36 f. 3'e dayanılarak payı devralan tarafından bu kaydın bilindiği ileri sürülemez.

Tartışmaları bir nebze olsun dindirmek ve uygulamada azami belirlilik sağlamak için İsviçre'de federal yasa koyucu Borçlar Kanunu'na eklediği 697 n maddesiyle şirketlerle ilgili uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesini öngören kayıtların şirket ana sözleşmesine konulabilmesine açıkça onay vermiştir.¹⁰ Bu yazının kaleme alındığı tarihte henüz yürürlüğe girmemiş düzenlemeye göre, ana sözleşmeye konan tahkim kaydı şirketi, organlarını, organların üyelerini ve hissedarları bağlar.

4. Şirketler topluluğu veya yavru şirket ana şirket ilişkisinin bulunduğu durumlarda teşmil

Şirketler topluluğunu oluşturan ortaklıklar birbirinden bağımsızdır ve her birinin ayrı tüzel kişiliği vardır. Bu nedenle yavru şirketin yapmış olduğu bir tahkim anlaşmasının gruba bağlı diğer ortaklıkları da bağlayıp bağlamayacağı sorusuna kural olarak olumsuz yanıt verilir. Ana şirket yavru şirketin örneğin % 99 hissesini elinde bulundursa dahi Türk-İsviçre

⁹ Bkz. Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara 2018, s. 272, dn. 1.

¹⁰ Düzenlemeyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Hans-Ueli Vogt / Patrick Schmidt, Schiedsklausel in Vereinsstatuten — Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_1027-2018 vom 22. Juli 2019 und zur Revision des 12. Kapitels IPRG und des Aktienrechts, ASA Bulletin 2020, s. 75-95. Ayrıca bkz. Sébastien Besson / Antonio Rigozzi, La réforme du droit suisse de l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2021, s. 11-56, 24 vd.

hukuklarında bu cevap kendiliğinden değişmez; ekonomik bütünlük oluşturma (“*group of companies doctrine*”) tek başına tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili için yeterli değildir.¹¹ Ekonomik bütünlük içinde bulunan bir şirketin akdettiği tahkim anlaşmasının bütünlüğü meydana getiren diğer şirketlere teşmili, ancak aşağıda incelediğimiz başka şartların da olayda mevcut bulunması durumunda istisnaen kabul edilebilir.¹²

Özellikle, ayrı bir tüzel kişiliği de bulursa, yavru ortaklığın akdetmiş olduğu sözleşmenin hazırlanmasında, müzakeresinde ve özellikle ifasında anahtar rol oynayan ana şirketin de yavru şirketin akdetmiş olduğu tahkim anlaşmasıyla istisnaen bağlı sayılıp sayılmayacağı tartışmaya değerdir. Bu, cevabı kolay bir soru değildir ve somut olayda ana şirketin yavru ortaklığın sözleşmesine ne derece müdahalede bulunduğu ve bununla neyi amaçladığının araştırılmasını, dolayısıyla iradesinin objektif olarak irdelenmesini gerektirir.

Türk İsviçre sisteminde önemli olan bir başka nokta da tahkim kaydının yazılı olmasıdır.¹³ Yazılılık şartı ispat değil, geçerlilik şartıdır.¹⁴ Burada şöyle bir soruyla karşılaşılabilir. Hakem heyeti veya mahkeme yavru şirketin sözleşmesine müdahalede bulunan, sözleşmesini sürekli ve aktif bir şekilde ifa eden veya onu ifadan alıkoyan ya da sözleşmenin ifasıyla ilgili müzakerelere katılan, sulh anlaşması yapmak için masaya oturan ve bu şekilde aslında tahkim iradesine sahip bulunduğu varsayılan ana şirketi bir anlaşma olmadan nasıl tahkim anlaşmasının tarafı olarak görebilir?

Ana şirket, yavru şirketin yanında yer alarak onun yapmış olduğu tahkim anlaşmasını da içeren sözleşmenin adeta tarafı olma iradesini ortaya koyacak kadar ifaya müdahale etmişse, yavru ortaklığın sözleşmesinde bulunan tahkim kaydını da kabul etmiş sayılabilir.¹⁵ Burada, tahkimin devlet yargısına göre halen istisnai bir yol olarak kabul gördüğü de gözden kaçırılmadan ana şirketin iradesi incelenirken objektif bir değerlendirme yapılmalıdır.¹⁶ Türk doktrinde, bu değerlendirmenin kaynağını dürüstlük kuralında bulunduğu belirtilmiştir.¹⁷

¹¹ Türk uygulamasında bu yönde bkz. Yarg. 11.HD, T. 3.6.2014, E. 2013/3674, K. 2014/10377. İsviçre uygulamasında bu yönde bkz. BG 4P.330+332/1994 (Saudi Butec Ltd et Al Fouzan Trading v. Saudi Arabian Saipem Ltd, ASA Bulletin 1996, s. 496); BGE 134 III 565, par. 4.1.2. Ayrıca doktrinde bkz. Bernard Hanotiau, *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*, Lahey 2006, s. 59; Matthias Scherer, *Introduction to the Case Law*, ASA Bulletin 2009, s. 488-494, 494; Zeynep Derya Tarman, *Tahkim Klotunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı*, *Terazi Hukuk Dergisi* 2009, s. 121-125.

¹² Bkz. Jean-François Poudret, *L’extension de la clause d’arbitrage: approches française et suisse*, *Journal du droit international* 1995, s. 893-915, 913.

¹³ Bkz. HMK m. 412 f. 3; MTK m. 4.

¹⁴ Bkz. Yarg. 11.HD, T. 18.4.2013, E. 2012/6961, K. 2013/7612.

¹⁵ İsviçre uygulamasında bu yönde bkz. BG 4A_627/2011, par. 3.2; BG 4A_44/2011, par. 2.4.1; BG 4A_376/2008, par. 8.4; BGE 134 III 565, par. 3.2; BG 4P.48/2005, par. 3.4.1; BGE 129 III 727, par. 5.3.2.

¹⁶ Yargıtay, tahkimin istisnai bir usul olduğunu kararlarında zaman zaman vurgulamaktadır. Ör. bkz. Yarg. 19.HD, T. 11.3.2004, E. 2003/2654, K. 2004/2603.

¹⁷ Bkz. Hatice Özdemir Kocasakal (dn 3) s. 36; Berk Demirkol, *Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili*, in: Mustafa Erkan / Candan Yasan Tepetaş (edit.), *Tahkim Anlaşması*, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. I, İstanbul 2020, s. 279-314, 282.

Konunun esasında, sözleşmenin kurulmasında tarafların irade açıklamalarının güven teorisi ışığında yorumlanması yatmaktadır. Mevcut bir hukuki ilişkiye *de facto* dahil olan hukuk sujesi, hem bu mevcut ilişkinin hem de ilişkinin taraflarının hukuki varlık ve değerlerini korumak ve onlara zarar vermemek için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Muhatapları da bu yönde hareket eden ya da hareket ettiği izlenimi veren söz konusu hukuk süjesinin yarattığı görünüşe güvenerek, kendilerine yönelttiği irade açıklamaları çerçevesinde onun sözleşmeye dahil olduğuna güven duymakta haklı olabilirler.¹⁸ Bu haklılığın tespitinde dikkate alınacak ölçütler, olayın şartlarına göre değişkenlik gösterir.

İsviçre Federal Mahkemesi tahkim kaydının ana şirkete teşmili nedeniyle ana şirketin açtığı iptal davalarında teşmil için aranan eşiği tespit ederken, ana şirketin yavru şirketin sözleşmesini gerçekten geçici olmayan bir şekilde, yani süreklilik arz edecek şekilde ve aktif olarak ifa edip etmediğini irdelemektedir.¹⁹ Federal Mahkeme, en son 13 Kasım 2020 tarihinde vermiş olduğu kararında bu yöndeki – dünyadaki trendle uyumlu sayılabilecek –²⁰ içtihadını korumuş ve hakem heyetinin tahkim anlaşmasını ana şirkete teşmil etmiş olduğu kararını ana şirketin yavru şirketin sözleşmesinin ifasını süreklilik arz edecek şekilde ve aktif olarak ifa etmemiş olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.²¹

Fransız mahkemeleri tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili konusunda İsviçre Federal Mahkemesi yargıçlarına göre daha esnek bir pozisyon almakta ve sözleşmenin nisbiligi ilkesinin istisnalarını genişletirken Türk ve İsviçreli hukukçuların katı tutumunu benimsememektedir.²² Bununla birlikte, Fransız uygulamasında da Türk-İsviçre uygulamasında olduğu gibi ekonomik bütünlük oluşturma tek başına tahkim anlaşmasının üçüncü kişiye teşmili için yeterli görülmemekte, üçüncü kişinin objektif olarak tahkim

¹⁸ Bkz. BGE 108 II 305, par. 2b; Peter Gauch / Walter R. Schlupe / Jörg Schmid, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, C. I, 11. Bası, Zürih 2020, par. 309 vd.

¹⁹ Bkz. BG 4P_115/2003, par. 5.3.2: “...the legal basis for extending the arbitration clause to a non-signatory third party is found in the usages of international trade, which see in the participation of the non-signatory to the conclusion or to the performance of the contract the decisive criterion to decide to extend the arbitration clause to the latter. Reviewing then the circumstances of the case at hand pursuant to this criterion, it found that A. had involved himself totally in the performance of the work contract”.

²⁰ Bu anlayışın dünyadaki trendle uyumlu bulunduğu yönünde bkz. Nigel Blackaby / Constantine Partasides / Alan Redfern / Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Bası, Oxford 2015, par. 2.49.

²¹ BG 4A_124/2020.

²² Ör. Paris İstinaf Mahkemesi 21 Ekim 1983 tarihinde verdiği meşhur Dow Chemical Group v. Isover Saint-Gobain kararında, üçüncü kişiye teşmile karar vermiş hakem heyeti kararının iptali için açılan davayı reddetmiştir. Karardaki gerekçeler için bkz. Revue de l'Arbitrage 1984, s. 98-114. Ayrıca, metindeki düşünceyle aynı yönde bir gözlem için bkz. Eduardo Silva Romero / Luis Miguel Velarde Saffer, The Extension of the Arbitral Agreement to Non-Signatories in Europe: A Uniform Approach?, American University Business Law Review 2016, s. 371-385, 382 vd.

anlaşmasının tarafı olma iradesinin bulunup bulunmadığı irdelenmekte;²³ ancak, Fransız uygulamasındaki teşmil eşiği İsviçre Federal Mahkemesi'nin aradığı seviyenin altında kalmakta ve üçüncü kişilerin tahkim anlaşmasının tarafı sayılmasında daha liberal bir anlayış benimsenmektedir.

İtiraf etmek gerekir ki, sözleşmenin nisbiliği ilkesi sadece tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmilinde değil, genel olarak her alanda zayıflamaktadır. Özellikle tüketici hukukunun gelişmesiyle birlikte sözleşmesel ve sözleşme dışı sorumluluğun giderek birbirine yaklaştığı kolaylıkla gözlemlenebilir. Bu ezber bozan durum, öngörülebilirliği ortadan kaldırmadığı müddetçe, olumsuz eleştirileri hak etmiyor da olabilir. Geniş kapsamlı olarak ele alınması gereken bu konu yazımızın kapsamı dışına taşıdığından, burada Fransız ve Türk-İsviçre uygulaması arasındaki farkı belirtmiş olmakla yetinelim.

Teşmil söz konusu olduğunda, Türk doktrininde oldukça yer bulmuş tüzel kişilik perdesinin aralanması (*"piercing the corporate veil"*) da gündeme gelebilir.²⁴ Kıta Avrupası'nda, dolayısıyla ülkemizde ve İsviçre'de ana şirketin hile ve hak suistimali yoluyla yavru ortaklıklardan birini paravan olarak kullanıp özellikle bu şekilde sorumluluktan kaçmak istediği durumlarda ana şirketle yavru şirket veya yavru şirketin ortaklarıyla şirket arasındaki perde aralanarak tahkimin ana şirkete veya ortaklara teşmili ve sonuçta yavru şirketin borçlarından ana şirketin veya ortakların sorumlu tutulması (*"indirect liability"*) sağlanabilir.²⁵

Ancak, yaygın bir şekilde bilinmesine karşın, tüzel kişilik perdesinin aralanması yukarıda bahsettiğimiz sözleşmenin ifasına katılma yoluyla teşmile göre daha dar bir alanda uygulama alanı bulur. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 3 Aralık 2019 tarihli kararında bu durumu şöyle ifade etmiştir: *"tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi, ana kuralın istisnası olarak ancak belirli ve sınırlı durumlarda sakınılarak uygulanması gereken bir yoldur"*.²⁶

Bununla birlikte, yakın tarihli kararlarında Yargıtay'ın bu istisnanın uygulama alanını genişlettiği gözlemlenmektedir. Yargıtay, bu çerçevede, tüzel kişilik perdesinin aralanması için aramakta olduğu kötü niyetin birçok şekilde ispatlanabileceğini kabul etmekte, dolayısıyla katı tutumunu giderek yumuşatmaktadır. Hukuk Genel Kurulu'un 9 Haziran 2020 tarihli kararı bu

²³ Bkz. Bernard Hanotiau / Leonardo Ohlrogge, 40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award, ASA Bulletin 2022, s. 300-308, 305 vd.

²⁴ Ör. bkz. Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000; İpek Sağlam, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, in: I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 153-161.

²⁵ Bu konuda derinlikli analiz içeren yeni tarihli bir karar için bkz. Yarg. HGK, T. 1.7.2020, E. 2020/19-94, K. 2020/358.

²⁶ Yarg. 3.HD, T. 3.12.2019, E. 2019/593, K. 2019/9655.

durumu ortaya koyan örneklerden biridir: “Tüzel kişi ile ortaklarının faaliyet alanlarının ve malvarlıklarının iç içe geçmesi birbirine karışması, bir şirketin ticari defterlerinin ya da ticari sır kabul edilen belgelerinin diğer şirkete ait iş yerinde bulunması, ikisinde de aynı ticari defterlerin kullanılması ve ortak hesap yapılması (tek merkezden idare edilmesi), ortaklığın faaliyet konusunu sürdürebilmesi için yeterli sermayesi bulunmadığı hâlde alacaklıları ya da üçüncü kişileri zarara uğratmak niyetiyle bilinçli olarak faaliyet göstermeye devam edilmesi, şirket ortaklarının kendi kişisel malvarlıkları ile şirketin malvarlığı özdeş-tekmiş gibi hareket etmeleri, şirketlerin ya da ortağın üçüncü kişileri aldatacak şekilde kendi kişilikleri ile tüzel kişiliğin aynı olduğu izlenimini vermeleri, bu kapsamda birbirlerinin tanıtımlarını yapmaları, aynı tüzel kişilikmiş gibi anlaşılacak benzer isimleri ve logoları kullanmaları, yani dışarıya karşı tek bir tüzel kişilikmiş gibi intiba yaratmaları, şirketlerin aynı konuda faaliyet göstermeleri ve (tek başına bu hususa dayanılmamak koşuluyla) hâkim ortaklarının ya da yöneticilerinin aynı kişiler olması, tüzel kişilik kavramının arkasına sığınılacak şekilde art niyetli davranışlarla zararlandırıcı faaliyetlerde bulunulması, işlemlerin diğer tarafınca sözleşmelerin kiminle yapıldığı dahi anlaşılamayacak şekilde karışıklığa yol açılması, şirketin kendi çıkarları gözetilmeksizin yürütülmesi veya yalnızca ve bilinçli olarak açıkça hâkim ortak korunacak şekilde diğerleri zarara uğrayacak şekilde işlemler yapılması hâlleri gösterilebilir”.²⁷ Yine yeni tarihli bir başka kararında Yargıtay, “üçüncü kişiler nezdinde uyandırılan algı neticesinde, ticaret yaparken güçlü bir yapıya sahip görüntüsü oluşturularak, şirketlerden birinin borca batırılması ya da içinin boşaltılıp iş alanının diğerine kaydırılması işlemleri[ni] tipik bir hakkın kötüye kullanılması olarak”²⁸ değerlendirmiştir.

Grup şirketler doktrininin pek önem taşımadığı Anglo-Sakson uygulamasında tüzel kişilik perdesinin aralanması Kıta Avrupası’na nazaran daha geniş bir yer tutmakta ve tahkimin üçüncü kişilere teşmilini kolaylaştırmakta;²⁹ ancak, diğer yandan öngörülebilirlik ilkesinden taviz verilmesine de neden olmaktadır.

Sonuçlar

Adi şirketler bakımından tahkim anlaşması yapmış olan ortağa diğer ortakları temsil yetkisi verilerek tahkim anlaşmasının tüm ortaklar bakımından bağlayıcı olması sağlanabilir. TTK’da düzenlenmiş anonim, limited ve paylı komandit ortaklıklarda esas sözleşmeye ortaklığın gelecekteki tüm uyuşmazlıklarının tahkimle çözümleneceğine dair bir kayıt

²⁷ Yarg. HGK, T. 9.6.2020, E. 2020/94, K. 2020/358, para. 26.

²⁸ Yarg. HGK, T. 8.2.2022, E. 2021/659, K. 2022/82, para. 38.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alexandre Meyniel, That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts With Respect to the Group of Companies Doctrine, The Arbitration Brief 2013, s. 18-55.

konulması, hukuki açıdan bir sonuç doğurmayacaktır; çünkü, böyle bir kayıt MTK m. 4 anlamında belirlilik kriterlerini sağlamaz. Bununla birlikte, ortaklar arasındaki veya ortaklarla şirket tüzel kişiliği arasındaki uyuşmazlıklar bakımından kabul edilecek bir tahkim kaydı geçerli ve ortaklar, şirket ve organları bakımından bağlayıcı olur.

Türk-İsviçre hukukunda şirketler topluluğu söz konusu olduğunda, tahkimin tarafı olmayan üçüncü kişiye tahkim anlaşmasının teşmili istisnaen uygulanabilecek bir yoldur. Bunun kabul edilebilmesi, ana şirketin yavru ortaklığın sözleşmesinin ifasını sürekli ve esaslı bir şekilde gerçekleştirmesine, yavru şirket adına veya onunla tahkim anlaşmasının diğer tarafıyla müzakerelere girmesine veya onun sözleşmenin ifasını süreklilik arz edecek şekilde engellemesine ve bu şekilde yavru şirketin işlemleri üzerinde önemli bir rol oynamasına bağlıdır.

Diğer yandan, aynı grup çatısı altında bulunan şirketlerden biri tarafından tüzel kişilik kavramının arkasına gizlenerek kanuna karşı hile yapılması, tüzel kişiliği oluşturan kişilerin taraf oldukları sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin ihlal edilmesi veya üçüncü kişilere zarar verme amacı güdülmesi durumunda, diğer sözleşen tarafından dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması iddiası gündeme getirilebilir. Böyle bir durumda, aynı grup çatısı altında bulunan iki şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması istenebilir. Bununla birlikte, bu durumun ispatı da uygulamada kolay değildir. Sonuç olarak, hukukumuzda ve İsviçre hukukunda şirket topluluklarında yavru şirketi bağlayan tahkim anlaşmasının özellikle üçüncü kişi konumundaki ana şirkete teşmili halen istisnai bir durum teşkil etmektedir. Bununla birlikte, yakın gelecekte bu durumun değişeceğine dair emareler de mevcuttur.

Genel olarak dünyada son 40 yıldaki kararlar incelendiğinde, istisnaları oluşturan durumların mahkemelerce veya hakem heyetlerince giderek genişletilmekte olduğu ve eskiye nazaran teşmil konusunda daha liberal bir tutum sergilendiği de gözden kaçırılmamalıdır.

KAYNAKÇA

Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 24. Bası, Ankara, 2018.

Arslan Ramazan / Yılmaz Ejder / Taşpınar-Ayvaz Sema, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2017.

Ayoğlu Tolga, Sermaye Şirketleri Özelinde Şirketler Hukuku Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim, İstanbul 2018.

Bahtiyar Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2021.

Besson Sébastien / Rigozzi Antonio , La réforme du droit suisse de l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2021, s. 11-56.

Blackaby Nigel / Partasides Constantine / Redfern Alan / Hunter Martin, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. Bası, Oxford 2015.

de Boissésou Matthieu, "Joint-venture" internationale et arbitrage, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, Paris 2015, s. 55-64.

Demirkol Berk, Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, in: Mustafa Erkan / Candan Yasan Tepetaş (edit.), Tahkim Anlaşması, Tahkim Okulu Paneller Serisi, C. I, İstanbul 2020, s. 279-314.

Gauch Peter / Schlupe Walter R. / Schmid Jörg, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, C. I, 11. Bası, Zürich 2020.

Hanotiau Bernard, Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions, Lahey 2006.

Hanotiau Bernard / Ohlrogge Leonardo, 40th Year Anniversary of the Dow Chemical Award, ASA Bulletin 2022, s. 300-308.

Karasu Rauf, Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi, 2. Bası, Ankara 2015.

Kocasakal Özdemir Hatice, Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili, in: Hatice Özdemir Kocasakal / Süheyla Balkar (edit.), Tahkim Anlaşması, İstanbul 2020, s. 25-64.

Köşgeroğlu Şit Banu, Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/3, s. 1-30.

Meyniel Alexandre, That Which Must Not Be Named: Rationalizing the Denial of U.S. Courts With Respect to the Group of Companies Doctrine, *The Arbitration Brief* 2013, s. 18-55.

Moroğlu Erdoğan, *Oy Sözleşmeleri*, 5. Bası, İstanbul 2015.

Poudret Jean-François, L'extension de la clause d'arbitrage: approches française et suisse, *Journal du droit international* 1995, s. 893-915.

Romero Eduardo Silva / Saffer Luis Miguel Velarde, The Extension of the Arbitral Agreement to Non-Signatories in Europe: A Uniform Approach?, *American University Business Law Review* 2016, s. 371-385.

Sağlam İpek, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, in: I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2008.

Scherer Matthias, Introduction to the Case Law, *ASA Bulletin* 2009, s. 488-494.

Tarman Zeynep Derya, Tahkim Klotunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı, *Terazi Hukuk Dergisi* 2009, s. 121-125.

Vogt Hans-Ueli / Schmidt Patrick, Schiedsklausel in Vereinsstatuten — Bermerkungen zum Bundesgerichtsurteil 5A_1027-2018 vom 22. Juli 2019 und zur Revision des 12. Kapitels IPRG und des Aktienrechts, *ASA Bulletin* 2020, s. 75-95.

Yanlı Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

TAHKİM SÖZLEŞMESİ***Nevzat BOZTAŞ******A-TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE KONUSU****1- Tahkim Sözleşmesinin Tanımı**

Bir uyuşmazlığın tarafları, üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri (tahkime elverişli) bir uyuşmazlığın hakem veya hakem heyeti tarafından çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Bir uyuşmazlığın hakemde görüleceğine ilişkin sözleşmeye *tahkim sözleşmesi* denir.

Tahkim sözleşmesinin tanımı konusunda Model Kanun'un 7. maddesindeki düzenlemeyi esas almak yerinde olur. Buna göre, taraflar arasında sözleşmeden ya da sözleşme dışı ilişkilerden doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin kararlaştırılması, tahkim sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Bu sözleşmenin, taraflar arasındaki asıl sözleşmedeki bir hüküm şeklinde yapılması halinde *tahkim şartı* söz konusudur. Tahkim anlaşması, esas sözleşmenin içerisinde olmayıp tamamen ayrı bir sözleşme şeklinde yapılmışsa, *müstakil tahkim sözleşmesi*'nin varlığından söz edilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 412 f. 1' deki tanımda da Model Kanun düzenlemesini esas almıştır. Bu yasal tanıma göre; “*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır*”. Benzer bir tanım, MTK m. 4'te yer almaktadır.

HMK m. 412 f. 1'in ve Milletlerarası Tahkim kanunu (MTK) m. 4 f. 1'in açık düzenlemelerine göre taraflar, belli bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın sadece bir kısmının hakemde çözülmesi konusunda tahkim sözleşmesi yapabilirler.

2-Tahkim Sözleşmesinin Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı:

Tahkim sözleşmesi, niteliği itibariyle usul hukukuna ilişkin bir sözleşmedir. Bu nedenle, temel ilişkiyi düzenleyen asıl sözleşmeden bağımsızdır. Bu ilke, HMK m. 412 f. 4'te şöyle

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 3 Haziran 2022 tarihinde İTOTAM iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar VI” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi Başkanı; İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

ifade edilmiştir: “Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz”.

Bu ilke, müstakil tahkim sözleşmesi için olduğu gibi, asıl sözleşme içinde yer alan tahkim şartı yönünden de geçerlidir.

3- Tahkim Sözleşmesinin Konusu

Tahkim sözleşmesinin konusu, tahkime elverişli her türlü hukuki uyuşmazlıklardır. Uyuşmazlığın sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden ya da kanundan doğmuş olmasının bir önemi yoktur.

Hangi konuların tahkime elverişli olduğu HMK m. 408'de düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bu hüküm, Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m.1 f. 4'te, “*Bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz*” şeklinde tekrarlanmıştır.

Buna göre, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar, tahkime elverişlidir. Özellikle tarafların üzerinde sulh olabilecekleri uyuşmazlıklar taraf iradesine tabi uyuşmazlıklardır. Maddi hukuktaki tasarruf yetkisi, usul hukukunda *tasarruf ilkesi* olarak karşımıza çıkar. Tasarruf ilkesi, tarafların dava konusuna etki edebilmelerini ifade eder. Daha somut ifadesiyle; davanın ancak taraflarca açılacağı, davanın konusunun davacı tarafından belirleneceği, feragat, kabul ve sulh gibi işlemlerle dava konusu ve yargılama üzerinde tasarrufun mümkün olduğu, davanın geri alınabileceği gibi hususlar tasarruf ilkesinin görünümleridir.

Bu açıklamalara göre -kanunun tahkime gidilemeyeceğini özel olarak belirttiği hususlar hariç olmak üzere- bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının belirlenmesinde tasarruf ilkesinin önemli bir ölçüt olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak, tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmaları, o uyuşmazlığın mutlaka tahkime elverişli olduğu anlamına da gelmez. Tahkime elverişliliğin de sınırları vardır. Örneğin, taşınmaz mallar üzerinde tarafların tam bir tasarruf yetkisi bulunduğu halde Kanun, tapu siciline güveni korumak adına, bu konuyu tahkime elverişli saymamıştır.

B-TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE GEÇERLİLİK KOŞULLARI

1-Tahkim Sözleşmesinin Şekli

HMK m. 412 f. 3 ve MTK m. 4 f. 2 uyarınca, tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır.

“...Tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının çözümünü hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmalar tahkim sözleşmesi olarak adlandırılmakta olup yalnızca iki tarafın iradeleriyle tasarrufta bulunabilecekleri konularda tahkim sözleşmesi yapılabilir. İster bağımsız bir tahkim sözleşmesi şeklinde isterse bir tahkim şartı şeklinde yapılsın, tahkim sözleşmesinin geçerliliği için aranan temel unsurlar geçerli bir tahkim iradesinin varlığı ve yazılı şekil şartıdır. Tahkim sözleşmesinin tabi olduğu şekil doğrudan doğruya Türkiye'nin tabi olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre tahkim şartından bahsedebilmek için taraflarca imzalanmış yazılı bir anlaşma, karşılıklı mektup teatisi veya telgraf aranmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinde ise; ‘Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır’ hükümlerine yer verilmiştir. Nitekim 6100 sayılı HMK'nın 412. maddesinde New York Sözleşmesi ve Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine eşdeğer nitelikte düzenlemelere yer verilmiştir...” (Yargıtay 11. HD'nin 11.05.2015 tarihli, 2015/1687 E- 2015/ 6696 K sayılı karar gerekçesinden- UYAP).

Tahkim sözleşmesinde yazılı şekil konusundaki bu yasal düzenlemelere baktığımızda, maddi hukuktaki yazılı şekli düzenleyen Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 14'ten kısmen farklı bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Yazılı şeklin mevcudiyeti bakımından TBK'da

daha katı unsurlar arandığı halde, tahkim sözleşmesi konusunda daha geniş bir belge gurubuyla yazılı şekil şartını sağlama olanağı tanınmıştır.

Ayrıca, hiçbir yazılı belge sunulmasa bile, hakeme başvuran davacının yazılı bir tahkim anlaşması bulunduğuna dair iddiasına davalı taraf açıkça karşı çıkmamışsa, yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunduğu kabul edilir. Bu son durum, TBK m.14 düzenlemesinde söz konusu değildir. Çünkü, geçerlilik koşulu olan yazılı şekil şartının mevcut olup olmadığını hâkim resen araştırır ve bu nedenle belgenin aslının ibrazını emreder. Tahkim anlaşması bakımından ise karşı taraf tahkim sözleşmesi bulunmadığını iddia etmedikçe, tahkim sözleşmesinin var olduğu kabul edilir.

Görüldüğü üzere, tahkim sözleşmesi bakımından yazılı şekilden anlaşılması gereken, mutlaka tarafların ıslak imzalarını ve elektronik imzalarını içeren bir tahkim şartının veya sözleşmesinin bulunması değildir. Taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir.

Aşağıda bu konuda örnek istinaf kararı verilmiştir:

“...Uyuşmazlık yabancılık unsuru taşıdığından, tahkim itirazı konusunda MTK hükümleri uygulanır. Tahkim anlaşmasının şekli ise anılan Kanun'un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan 4. maddenin. 2 ve 3. fıkralarına göre; 'Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır. Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.' düzenlemesi bulunmaktadır.

Somut olayda, davalı vekili, taşıma şartlarını içeren charter partinin (taşıma sözleşmesinin) tahkim şartı içerdiğini belirterek ilk itirazda bulunmuştur. Mahkemece, charter parti metninde imza bulunmaması nedeniyle belgeye itibar edilmediği anlaşılmaktadır. Ancak, ilk derece mahkemesince yukarıda belirtilen maddenin ikinci fıkrası gereğince charter partinin geçerli olup olmadığı değerlendirilmemiştir.

Sonuç olarak, dava; deniz taşıması sırasında meydana gelen hasardan dolayı sigortalıya ödenen hasar bedelinin davalıdan rücuen tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali davası olup, TTK'nın 1110. maddesine göre taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki ilişkide konşimento, taşıyan ile taşıtan arasındaki hukuki ilişkide ise navlun sözleşmesi hükümlerinin bağlayıcı olduğu, sigortalının konşimentoda taşıtan ve alıcı olarak yer aldığı hususları birlikte değerlendirildiğinde, charter partide yer alan tahkim ve hukuk seçimi şartının geçerli olup olmadığının ve oluşan hasardan kaynaklanan uyuşmazlığın tahkim anlaşması kapsamında kalıp kalmadığının denetlenebilir bir şekilde ortaya konulması gerekir.... HMK'nın 353/1.a.6. maddesi uyarınca, işin esası incelenmeksizin, ilk derece mahkemesinin istinaf konu kararının kaldırılmasına...” (İstanbul BAM 14. HD'nin 2019/1359 E- 2021/1383 K sayılı, 18.11.2021 tarihli kararı- UYAP).

İstanbul BAM 14. HD'nin 2019/2499 E- 2020/248 K sayılı, 26.02.2020 tarihli kararıyla; taraflar arasındaki yazılı distribütörlük sözleşmesinin süresinin dolmasından sonra tarafların fiilen bu sözleşmeye göre ticari ilişkilerini devam ettirdikleri, tarafların bu sözleşmeye göre ticari ilişkiyi devam ettirmiş olmaları nedeniyle, süresi dolan yazılı distribütörlük sözleşmesindeki tahkim şartının da geçerliliğini koruduğu gerekçesiyle davanın hakemde görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

Ancak, Yargıtay 11. H.D.'nin 2020/1634 E- 2022/1742 K sayılı, 10.03.2022 tarihli kararıyla, bu hüküm bozulmuştur:

“...Tahkim anlaşmasının varlığı, tarafların açık tahkim iradelerinin mevcut bulunmasına bağlıdır. Bu husus tahkim anlaşmasının esaslı unsurudur. Davanın hakemde görülmesi, istisnai bir dava yoludur. Kural, uyuşmazlığın görülmesi görevinin yetkili mahkemelere ait olmasıdır. Tarafların bu konuda açık iradeleri yoksa uyuşmazlığın hakemde görülmesi mümkün değildir. Somut davada davacının süresi sona eren ...2008 tarihli sözleşmeden sonra taraflar arasındaki distribütörlük ilişkisi bağlamında ortaya çıkacak uyuşmazlıkların ...2008 tarihli sözleşmedeki tahkim şartı bağlamında hakemde görülmesini kabul ettiğine dair açık bir iradesi yoktur. Açıklanan sebeplerle İlk Derece Mahkemesi'nce davalı'nin tahkim itirazının kabulü ile dava dilekçesinin görevsizlik nedeni ile reddine karar verilmesi ve karara yönelen istinaf isteminin de Bölge Adliye Mahkemesi'nce esastan reddi doğru değildir...” (UYAP).

2- Tahkim Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları

a- Yazılı şekil şartı sağlanmalıdır: Geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için HMK m.412 f.3 ve MTK m.4 f.2'deki yazılılık koşullarının sağlanmış olması veya karşı tarafın, yazılı bir tahkim sözleşmesi bulunduğuna dair iddiasına karşı koymamış olması gerekir.

b- Uyuşmazlık konusunun tahkime elverişli olması gerekir: Sadece tahkime elverişli konularda yapılan tahkim sözleşmesi geçerlidir. Tahkime elverişli olmayan bir konudaki tahkim anlaşması geçersizdir. Bu anlaşmaya dayanarak tahkime başvurulması halinde, hakem heyetinin bu hususu dikkate alarak başvuruyu reddetmesi gerekir. Aksi takdirde, hakem kararın iptali davasında bu husus, mahkemece resen dikkate alınarak hakem kararının iptaline karar verilir (HMK m. 439 f.2, a bendi; MTK m. 15/A, f. 2, 2. alt bendinin a bendi).

c- Tahkim sözleşmesinde/ şartında, tahkim iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması gerekir: Yargıtayın yerleşik içtihadı uyarınca, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için, tarafların tahkim iradesinin, tahkim sözleşmesinde tereddüde yer vermeyecek derecede açık bir şekilde tecelli etmiş olması gerekir. Eğer tahkim sözleşmesinde tarafların mahkemeye ya da hakeme başvurabilecekleri anlamını çıkarmaya elverişli ifadeler varsa, bu tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu kabul edilmektedir.

“...Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; davaya konu sözleşmeye dayalı uyuşmazlıkların çözümünün tahkim yolu ile yapılacağına taraflarca kararlaştırılmış olduğu, davacılar vekilinin hakemlerin tarafsız olmadıklarını ileri sürmüş olmasının tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olması sonucunu doğurmadığı, uyuşmazlığın öncelikle tahkim yolu ile çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir.

1- HMK m. 408 uyarınca, tahkim iradesi tahkim sözleşmesinin kurucu unsuru olup, tahkim iradesinin bulunmadığı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kabul edebilmek mümkün değildir. Dairemizin yerleşik uygulamalarında da ‘tahkim iradesinin mutlak ve kesin olması ve hiçbir duraksamaya yer vermemesi’ gerektiği, özellikle tahkim şartından sonra bazı ihtilafların çözümü hakkında mahkemelerin yetkisi konusunda anlaşma yapılması, tahkim iradesinin mutlak ve kesin olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır. (11 HD. 15.02.2011 T. 2009/3257-2011/1675)

Dosyada bulunan Sözleşme metninde ‘Hukuki Sorun’ başlıklı bölümde ‘Taraflar arasında bu sözleşme ile doğmuş ve doğacak olan sorunlarda taraflar HMK uyarınca Hakem tayini ile sorunu çözmeyi kabul ve beyan etmişlerdir. Hakem olarak ... isimli kişiler oybirliğiyle hakem tayin edilmişlerdir. Hakem ile çözülemediği hususlarda ve hakem kararlarının uygulanması için taraflar yetkili yer yargı çevresini İzmir olarak tayin etmişlerdir’ şeklindeki düzenlemede, taraflar bazı ihtilafların hakem yoluyla çözülmesi konusunda anlaşmaya varmış iseler de, ‘... hakem ile çözülemediği hususlarda ...’ denilmek suretiyle, bazı hususların hakem tarafından çözülemeyeceğini kabul etmeleri nedeniyle taraflar arasında tahkim iradesi konusunda tereddüt bulunduğu anlaşılmakla, mahkemece tahkim ilk itirazının reddine karar verilmesi ve işin esasına girilmesi gerekirken davanın usulden reddine karar verilmesi doğru değildir...” (Yargıtay 11. HD’nin 2016/3383 E- 2017/5688 K sayılı, 24.10.2017 tarihli kararı-UYAP).

Bu bağlamda şunu açıklamakta fayda vardır: Tahkim sözleşmesinde, tarafların, hakeme başvurmadan önce arabulucuya başvurmalarını ya da uzlaşma görüşmeleri yapmalarını yahut hakem bilirkişiye başvurmalarını zorunlu kılan ve ancak bu yollardan sonuç alınamazsa hakeme dava açılabileceğini öngören tahkim sözleşmeleri de geçerlidir. Çünkü, esas olan tarafların uzlaşarak uyuşmazlığı sonlandırmalarıdır. Bu nedenle, hakemde dava açılmadan önce tarafların uzlaşma çabası içerisine gireceklerine ve bu amaçla öncelikle arabulucuya başvurmaları gerektiğine dair tahkim öncesi ihtiyari veya zorunlu aşamalar öngören sözleşme hükümleri (tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm klozları), tarafların uyuşmazlığı hakeme götürme iradelerini sakatlamaz (Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz: EKŞİ, Nuray, **Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları**, İstanbul, 2015).

Sözleşmede öngörülmesine rağmen tahkim öncesi uyuşmazlık çözüm aşamaları tamamlanmadan hakeme dava açmamak gerekir. Aksi takdirde karşı taraf, bu konudaki itirazını dile getirerek hakemin yetkisine itiraz edebilir (HMK m. 422 ve MTK m. 7/H). Bu itirazın en geç davaya cevap dilekçesiyle yapılması gerekir. Hakemin kendi yetkisi hakkında (davaya bakmaya yetkili olduğunu dair) verdiği ara karara karşı, hukukumuzda taraflara mahkemeye başvurma hakkı tanınmamıştır. UNCITRAL Model Kanunu m. 16 f. 3’teki mahkemeye başvurma imkânı Türk hukukunda benimsenmemiştir.

C-TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN BAĞLAYICILIĞI, TAHKİME BAŞVURMADAN İCRA VE İFLAS TAKİBİ YAPILMASI

1-Tahkim sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlık için ilamsız icra takibi yapılması

Taraflar arasında tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen alacaklı tarafından ilamsız icra takibine girilirse, karşı tarafın itirazı üzerine takip durur. Bu durumda mahkemede itirazın iptali davası açılamaz. Açılırsa, karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunur. Bu durumda, davanın usulden reddine karar verilir (HMK m. 413 f. 1; MTK m. 5 f. 1).

İtirazın iptali davasının hakemde açılması mümkündür. Ayrıca hakem, icra itirazın iptaliyle birlikte icra inkâr tazminatına ve davanın reddi halinde koşulları varsa kötü niyet tazminatına hükmetmeye de yetkilidir.

Hakemde itirazın iptali davasının açılabileceğine ve hakemin yaptığı yargılama sonucunda icra inkâr tazminatına hükmedebileceğine dair İstanbul B.A.M. 14. H.D.'nin 2018/1 E- 2018/1 K sayılı, 27.11.2018 tarihli kararının temyizi üzerine, Yargıtay 11. H.D.'nin 2018/3263 E- 2018/7408 K sayılı, 27.11.2018 tarihli kararıyla, istinaf mahkemesinin anılan kararının onanmasına karar verilmiştir:

“...Mahkemece,... itirazın iptali talebinin tahkim başvurusuna konu edilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığı, icra inkar tazminatına da hükmedilebileceği, yargılama sırasında muaccel olan alacağın tahsiline hükmedilmesinin talep edilmesinin mümkün olduğu, hakem kararından önce muaccel olan kısım için tahsil hükmü verildiği, hakemin tespit talebine rağmen tahsil hükmü vermesinin yetki aşımı olarak veya tahkim sözleşmesinin dışına çıkma olarak kabul edilemeyeceği, hakem yargılamasında böyle bir durumun kamu düzenine aykırılık oluşturduğundan da söz edilemeyeceği, tarafın yargılama sırasında üzerinde tasarruf edebileceği bir konuda hakemin hüküm vermiş olmasının kamu düzenine aykırılık olarak görülemeyeceğinden ödemenin ikinci taksitine ilişkin hükümle ilgili iptal sebeplerinin yerinde görülmediği, hakemin bir eda hükmünden ziyade bir tespit hükmü, Türk hukukundaki deyişle "muarazanın meni" niteliğinde bir karar verildiği, davacının hakemde bu taksitler yönünden borcunun bulunmadığını iddia etmesi ve karşı talepte grup davalıların bu taksitin ödenmesi gerektiği yönünde hakemden karar istemeleri karşısında hakemin, bu taksitin ödenmesinin gerekip gerekmediği konusunda taraflar arasında ortaya çıkar muarazayı sona erdirmek amacıyla bu kararı verdiği, kararın içeriğinde hakemin talebi aşması veya tahkim sözleşmesindeki yetkinin aşılması gibi bir durum bulunmadığından

davacının, davalıların 3. taksit alacağına ilişkin hakem kararının iptali isteminin de yerinde olmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA...karar verildi.” (UYAP).

2-Tahkim sözleşmesi kapsamındaki uyuşmazlık için iflas yoluyla adi takip yapılması

Tahkim sözleşmesi kapsamındaki bir uyuşmazlık kapsamındaki para alacağının tahsili için alacak iddiasında bulunan tarafça iflas yoluyla adi takip yapılırsa, karşı tarafın itirazı halinde takip durur.

İtirazın kaldırılması ve iflas talebiyle asliye ticaret mahkemesinde açılan davanın, tahkim ilk itirazına rağmen görülüp görülmeyeceği tartışmalıdır. Bu tartışma, iflasın kamu düzenini ilgilendiren karakterinden kaynaklanmaktadır.

Yargıtay 23. H.D.’nin yerleşik içtihadı, uyuşmazlık bakımından geçerli bir tahkim anlaşması bulunmasına rağmen, taraflardan birinin hakime başvurmadan doğrudan adi iflas takibi yapması halinde, itiraz üzerine takibin durması sonrasında, asliye ticaret mahkemesinde itirazın kaldırılması ve iflas talepli dava açılmayacağı, eğer açılırsa, karşı tarafın tahkim ilk itirazının kabulü gerektiği, ancak alacağın varlığının tahkim yargılamasında belirlenmesinden sonra iflas davası açılmasının mümkün olduğu yönünde idi:

“...1) İflas davalarının temel unsurlarından biri, davacının alacaklılık sıfatını ispatlamasıdır. Öte yandan özel hukuk sözleşmelerinde taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku ve doğacak uyuşmazlıkları çözecek (yetkili) yargı yerlerini serbestçe belirleyebilirler.

Taraflar arasında akdedilen dağıtım sözleşmesinde bu anlaşma ile ilgili ya da bu anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir ihtilaf durumunun ortaya çıkması halinde tarafların bunu tahkim ile halletmeye çalışacağı, tahkim yerinin ICC Tahkim Mahkemesi Cenevre, İsviçre olduğu kararlaştırılmıştır.

İtirazın kaldırılması ve iflas davaları öncelikle davacının alacaklı, davalının ise borçlu olduğuna ilişkin bir maddi hukuk yargılamasını, sonrasında şartların mevcudiyeti halinde borçlu-davalının iflasına karar verilen davalardandır. İflas kararını ancak davalının muamele

merkezi mahkemesi verebilir (İİK. m. 154). İflas davalarında tahkim şartının uygulanamayacağına ilişkin kural, alacağın tespiti aşamasına ilişkin olmayıp, iflas kararı verilmesi konusundaki devlet egemenliği ilkesi açısından hüküm ifade eder.

Somut olayda davacı İsviçre Cenevre ICC Tahkim Mahkemesinden aldığı bir karar olmaksızın, doğrudan sözleşmeye dayalı olarak iflas yolu ile takibe girişmiş; davalı da gerek takibe itirazında ve gerek davaya cevabında bu yönü ileri sürmüştür.

Yukarıda açıklandığı üzere davacının alacaklı, davalının ise borçlu olup olmadığının tespiti, aksine bir hüküm yoksa iflasa bakan yer mahkemesince incelenir ancak taraflar arasındaki sözleşmede İsviçre Cenevre ICC Tahkim Mahkemesine bırakılmıştır.

Bu durumda davacının öncelikle tahkim mahkemesinde alacağının varlığını ispatlayacak bir karar alması ve akabinde borçlu aleyhine iflas yolu ile takip yapması ve iflas davası açması gerekirken; taraflar arasındaki hukuk ve yetkili yargı yeri seçimini ortadan kaldıracak şekilde doğrudan iflas takibi yapması ve bunu dayanak göstererek iflas davası açması doğru değildir.

Açıklanan nedenle davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 23. HD’nin 04.03.2019 tarihli, 2018/1512 E-2019/796 K sayılı kararı UYAP).

Ancak, Yargıtay HGK’nun 21.12.2021 tarihli, 2019/(15) 6-574 Esas, 2021/1710 Karar sayılı kararıyla, tam aksi yönde karar verilmiştir:

“... Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılmakta olup, tahkim bu durumun bir istisnası ise de, hak arama özgürlüğü kapsamında mahkemeye başvuran tarafın alacağına bir an önce kavuşmak için iflas yoluyla takip talebinde bulunması ve takibe itiraz üzerine mahkemede dava açması yolunu seçmesi durumunda, sözleşmedeki tahkim şartının öne sürülmesi iyi niyetli bir yaklaşım olarak değerlendirilemez. Yargılamaların en kısa sürede ve usul ekonomisi gözetilerek sonuçlandırılması HMK’nın temel prensiplerinden olup, iflas davalarının basit usule tabi olduğu da gözetilerek davanın mahkemece ticaret mahkemesi sıfatıyla incelenip karara bağlanması gerekirken, hak arama özgürlüğünü kısıtlayacak şekilde tahkim şartının varlığı nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi yerinde değildir.

40. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında; iflas davasının karakteristik özelliği olan depo emri ve iflas kararından önce davayla ilgili olarak verilmesi gereken ilk kararın, takip konusu alacağın varlığının ve miktarının tespiti olduğu, genel iflas yoluyla takibe itiraz üzerine açılan davada, iflas takibinin konusu alacağın olup olmadığı hususunun taraflar

arasında tahkim anlaşması var ise ancak tahkimde çözülebileceği ve alacağın varlığı ortaya konulduktan sonra iflas yoluna başvurulabileceği, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen davacıların tahkime başvurmak yerine genel iflas yoluyla takibe geçerek tahkim anlaşmasının davalı şirket açısından uygulanabilirliğini imkânsız hâle getirdiği, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesi uyarınca, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst davranmak zorunda olduğu, davacıların sözleşmedeki tahkim şartının uygulanmasını engellemek amacıyla genel iflas yoluyla takibe başvurdıkları, bu nedenle direnme kararının onanması gerektiği görüşü ileri sürülmüş ise de, bu görüş yukarıda açıklanan nedenlerde Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

41. *Hâl böyle olunca; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” (UYAP).*

3-Tahkim İlk İtirazı ve Dürüstlük Kuralı

Tahkim sözleşmesinin taraflar için bağlayıcı olduğu ilkesine Yargıtay içtihatlarıyla bir istisna getirilmiştir. Buna göre, tahkim ilk itirazının ileri sürülmesinin TMK m. 2’de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına aykırı olması halinde, tahkim sözleşmesine rağmen uyuşmazlığın mahkemede görülmesine devam edilmelidir:

“...Dava, deniz taşıma sözleşmesi ile kararlaştırılan alacaktan fazla yapıldığı iddia olunan ödemenin tahsili için başlatılan icra takibine vaki itirazın iptaline ilişkindir. Somut olayda davacı taşıtan, davalılar ise taşıyan konumundadır. Taraflar arasında imzalanan sözleşmede tahkim kaydının mevcut olduğu ve uyuşmazlık halinde tahkim mahkemesi/geçerli kanunlar için başvurulacak yerin Londra ve İngiliz kanunları olduğu kabul edilmiş ise de, davacının Türk uyruklu olduğu ve Türk uyruklu bulunan davalıların ikametgah mahkemesinde dava açtığından, kendi ikametgah mahkemesinde kendisini daha iyi savunabilecek olan davalıların tahkim itirazında bulunarak Londra Tahkim Heyetinin görevli olduğu yolundaki itirazları MK’nın 2.maddesi hükümleri ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle mahkemece davalıların tahkim itirazının MK’nın 2. maddesi hükümleri ile bağdaşmayacağı nazara alınarak davalıların tahkim itirazının reddiyle uyuşmazlığın esasına girilmek gerekirken, anılan husus gözden kaçırılarak tahkim itirazının kabulü ile mahkemenin görevsizliği nedeniyle dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle davacı yararına bozulmasına karar vermek

gerekmıştır. SONUÇ: ...kararının BOZULMASINA...” (Yargıtay 11. HD’nin 2018/2354 E-2019/833 K sayılı, 05.02.2019 tarihli kararı – UYAP).

Bu açıklamalara göre, Yargıtayın, tahkim sözleşmesinin bağlayıcılığına iki önemli istisna getirdiği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi iflas davası bakımından getirilen istisna, ikincisi ise dürüstlük kuralı bağlamında getirilen genel sınırlandırmadır.

Kanaatimizce, her iki istisna da tahkim kurumunun gelişmesine hizmet etmeyeceği gibi, tahkim kurumunu ve güvenilirliğini zayıflatma kapasitesi taşımaktadır. Çünkü, bir uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığın hakemde çözüleceği konusunda anlaşmışlarsa, bu anlaşmayı mümkün olduğunca korumak ve tarafların buna riayet etmelerini temin etmek gerekir. Çünkü, uyuşmazlığın tahkimde çözüleceğine dair inanç, sözleşmenin tarafları için hukuki güvenlik meselesidir. Ayrıca hakemin maddi hukuk kurallarının uygulanması bakımından mahkemelere göre farklı pozisyonda olduğunu, hakemin hakkaniyete ve sektörün gelenek ve teamüllerine göre karar verme yetkisinin bulunduğunu dikkate aldığımızda, hakem nezdinde yargılanmayı talep hakkının ne kadar önemli olduğu daha iyi anlaşılabilir.

TAHKİME ELVERİŞLİLİK*

*Doğan AĞIRMAN***

A. GENEL OLARAK

Tahkime elverişlilik denildiğinde kuşkusuz tahkim yoluyla çözülebilecek uyuşmazlıkların sınırı çizilmektedir. Her ne kadar sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereği olarak taraflar tahkim sözleşmesi yapmakta iseler de, her konuda tahkime gidilmesi mümkün olmamakta, her ülkenin kendine göre sınırlarını çizdiği kamu düzeni gibi birtakım nedenlerle tahkime gidilebilecek konularda sınırlama getirilebilmektedir. Hangi konularda tahkim sözleşmesi yapılabileceği ve hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülebileceği hususu tahkime elverişliliği oluşturmaktadır.¹ Gerek Milletlerarası Tahkim Kanununda gerek HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinde tahkime elverişlilik, konu açısından dikkate alınmıştır.

B. MİLLETLERARASI TAHKİMDE TAHKİME ELVERİŞLİLİK

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesinde tahkime elverişlilik konusu düzenlenmiştir. Maddede aynen “bu Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz” ifadesi yer almaktadır. Madde içeriğini dikkate aldığımızda, iki konunun tahkime elverişli olmadığı, diğer bir deyişle, bu iki konuda tahkim sözleşmesi düzenlenemeyeceği anlaşılmaktadır.

Bunlardan birincisi, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklardır. Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmayıp, bu uyuşmazlıkların bu Kanuna göre tahkim yoluyla çözülmesi mümkün değildir. Kanun metni dikkate alındığında, açıkça Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, Türkiye dışında bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıkların, bu Kanunu göre, tahkim sözleşmesinin konusu yapılmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Buna göre, Türkiye’de bulunmayan bir taşınmaz mal üzerindeki aynı

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 3 Haziran 2022 tarihinde İTOTAM iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar VI” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** Yargıtay 6. Hukuk Dairesi Üyesi – Uyuşmazlık Mahkemesi Üyesi

¹ Huysal, Burak; Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 11 vd.

hak tahkim sözleşmesinin konusu yapıldığında bu Kanuna göre sözleşmenin geçersizliği söz konusu olmayacaktır. Ancak tahkim sözleşmesi yapılsa ve tahkim yargılaması yapılsa da verilen kararın infazı açısından sorun yaşanabilecektir.

Bu nedenle tahkime elverişliliğin, tahkim sözleşmesinde tahkime uygulanmak üzere seçilen hukuk yönünden veya taşınmazın bulunduğu yer hukuku yönünden hakemlerce değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Örneğin, yabancılık unsuru içeren ve bu nedenle MTK'nın uygulanacağı taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta, seçilen hukuk açısından taşınmazın aynına dair haklar tahkime elverişli değilse tahkime gidilmesi durumunda davanın görülmemesi isabetli olacaktır. Aksi takdirde infazı mümkün olmayan bir kararın verilmesi söz konusu olacaktır. New York Sözleşmesinin II-3. maddesi gereğince de tahkim şartının etkisiz hale geldiğinin anlaşılması durumunda tahkim şartının ve buna bağlı olarak hakem kararının icra da edilemeyeceği dikkate alınarak karar verilmesi gerekir.

Maddede yer alan ikinci sınırlama ise, iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklara ilişkindir. İki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklar da tahkim sözleşmesinin konusu yapılamayacaktır. Bu konuda tarafların iradeleri kamu düzeni gerekçesiyle sınırlanabileceği gibi uyuşmazlığın niteliği de tarafların iradelerine tabi olmayabilir. Örneğin; idare hukuku, ceza hukuku, imar hukuku gibi uyuşmazlıklar nitelikleri itibarıyla tarafların iradelerine tabi olmadığından tahkime de elverişli değildir. Netice itibarıyla, ister uyuşmazlığın niteliğinden ister tarafların özelliklerinden isterse çeşitli gerekçelerle kanun koyucunun koyduğu sınırlamadan kaynaklansın tarafların üzerinde serbest iradeleri ile tasarrufta bulunamayacakları uyuşmazlıklar tahkim sözleşmesinin konusu yapılamayacaktır.

C. MİLLİ TAHKİMDE TAHKİME ELVERİŞLİLİK

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 408. maddesinde, tahkime elverişlilik kenar başlığı ile bu konu düzenlenmiştir. Maddeye göre; taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin hükümleri düzenlenirken genel olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu esas alındığı gibi tahkime elverişlilik konusunda da MTK'nın 1. maddesi içeriğine bağlı kalmıştır. MTK'nın 1. maddesinin kenar başlığı "Amaç ve Kapsam" iken, HMK'nın 408. maddesinde açıkça "tahkime elverişlilik" kenar başlığı ifadesi seçilerek bu konuda madde başlığı ile içeriği uyumlu hale getirilmiştir.

HMK'nın 408. maddesinde yer alan düzenlemede, yine MTK'nın 1. maddesinde olduğu gibi, taşınmaz malların aynına ilişkin uyuşmazlıklar ve iki tarafın iradesine tabi olmayan

işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara tahkim yolu kapatılmıştır. HMK’da taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda, MTK’dan farklı olarak, taşınmazın Türkiye’de bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bu nitelikteki tüm uyuşmazlıklar yönünden tahkim yolu kapatılmıştır. Bu durumda, yabancılık unsuru taşımayan ve HMK’nın uygulanacağı bir uyuşmazlığın konusu taşınmazın aynından kaynaklansa ve uyuşmazlık konusu taşınmaz Türkiye’de bulunmasa dahi HMK’nın 408. maddesi gereğince uyuşmazlık tahkime elverişli kabul edilmeyecektir.

D. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE BAĞLANAN SONUÇ

Milletlerarası Tahkim Kanununun 1. maddesi gereğince, tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklara ilişkin olarak yapılan tahkim sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Nitekim MTK’nın 15/A-2-a maddesinde bu husus açıkça iptal sebebi olarak düzenlenmiştir. Maddeye göre, hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması iptal nedeni olarak ileri sürülebilecektir ve elverişsizliğin sabit olması halinde hakem kararının iptali gerekecektir.

HMK’nın 408. maddesi gereğince tahkime elverişsiz olması nedeniyle geçersiz olan tahkim sözleşmelerinin iptal nedeni olarak ileri sürülebileceği de HMK’nın 439. maddesinin 2/g bendinde açıkça belirtilmiştir. Maddedeki düzenlemeye bakıldığında da MTK’nın yukarıda belirtilen 15/A-2-a maddesi içeriğinin aynen alındığını görmekteyiz. Bu nedenle, tahkim sözleşmesinin tahkime elverişsizlik nedeniyle geçersiz kabul edilmesi yönünden milli tahkim ile milletlerarası tahkim yönünden tam bir paralellik bulunduğunu söylememiz mümkündür.

Tahkim sözleşmesine konu uyuşmazlığın tamamı tahkime elverişsiz değilse ve geçersiz olan kısımların ayrılması mümkün ise, bu durumda tahkim sözleşmesinin kısmi olarak geçersizliği söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda, hakem kurulunca tahkime elverişli olan uyuşmazlık yönünden yargılama yapılacak, tahkime elverişsiz olan kısım yönünden ise yetkisizlik kararı verilecektir. Hakem kurulu tarafından uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olan kısmı ayrılmadan uyuşmazlığın tümü hakkında karar verilmesi halinde bu durum iptal davasında değerlendirilecek ve tahkime elverişsiz olan kısmın elverişli olan kısımdan ayrılmasının mümkün olması halinde kısmi iptal kararı verilmesi gerekecektir.²

² Hakem yargılamasında karşı davacı yüklenici tarafından karşı davasında taşınmaz tescil talebi yanında az yukarıda belirtilen diğer taleplerinin de karar altına alınmasını talep ettiği anlaşılmış olup, iptâl davasında bu taleplerin tescil talebinden ayrılması mümkün olduğundan tescil kararı hakkında kısmi olarak iptâl kararı verilmesinde yasal anlamda bir engel bulunmamaktadır. Az yukarıda açıklandığı gibi hakem heyetince taşınmaz tesciline ilişkin olarak verilen kararın iptâl edilmesi doğru olmuş ise de hakem heyeti kararının tümünden reddine karar verilmesi doğru olmamıştır. Yargıtay 15. HD. 29.05.2019 tarih ve 2019/827, 2019/2588 bknz. sf:557.

E. TAHKİME ELVERİŞSİZLİK İTİRAZININ İNCELENMESİ

Tahkime elverişsizliğin tahkim sürecinde hakem/hakem kurulu, mahkemeye başvuru hallerinde mahkeme tarafından, iptal davası sırasında da bölge adliye mahkemesi ve temyiz sırasında da Yargıtay tarafından incelenmesi ve karara bağlanması gerekir.

Tahkim süreci başladığında tahkime elverişsizlik itirazını hakem/hakem kurulu değerlendirecektir. Hakem kurulu, tahkime elverişsizlik itirazını tarafların seçmiş oldukları hukuka göre değerlendirecektir. Taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa hakem kurulu tahkim yeri hukukuna göre tahkime elverişsizlik itirazını değerlendirecektir.³ Türk hukuku ister taraflarca seçilsin ister tahkim yeri hukuku olarak uygulansın, tahkime elverişsizlik itirazının incelenmesinde de esas alınacaktır. Uyuşmazlık yabancılık unsuru içermesi durumunda Milletlerarası Tahkim Kanunu, yabancılık unsuru içermemesi durumunda ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu esas alınarak tahkime elverişsizlik itirazı incelenecektir.

Hakem heyetine tahkime elverişsizlik itirazı yapılmasa da hakem heyetinin bu konuyu resen dikkate alması gerekir. Hakem heyetinin bu konuda yetkisi bulunup bulunmadığına karar verme yükümlülüğü bulunmaktadır. HMK'nın 422. maddesi gereğince hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Maddenin içeriğinden açıkça, tarafların bu konuda ileri sürdükleri itirazlar yanında, (taraf itirazı olmasa da) kendi yetkileri hakkında da karar vermelerinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır. İptal nedenlerinin düzenlendiği HMK'nın 439/2-ç maddesinde yer alan, "hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermiş olması" şeklindeki ifadeden de bu yetkilerinin bulunduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Tahkime konu bir uyuşmazlıkla ilgili tahkim yargılaması başlamadan önce veya yargılama başladıktan sonra tahkime elverişsizlik itirazının mahkemeye yapılması mümkün değildir. Böyle bir itiraz yapıldığında da mahkemenin yapılan itirazı yetkisizlik nedeniyle reddetmesi gerekir. Yukarıda belirtildiği üzere bu itirazı inceleme yetkisi hakem kuruluna aittir. Bu yetki, hakem kurulunun kendi yetkisi hakkında karar verme ilkesinden doğmaktadır.⁴

Tahkim yargılaması öncesinde veya yargılama sırasında mahkemenin önüne getirilen tahkime elverişsizlik itirazını doğrudan incelemesi mümkün olmasa da kimi durumlarda tahkime elverişsizlik itirazını da incelemesi gerekli olmaktadır. Bu husus HMK'nın 413. maddesinde (MTK'nın 5. maddesinde) tahkim itirazı madde başlığı adı altında düzenlenmiştir. Maddeye göre,

³ İlhan, Hüseyin Afşin; Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınevi, Ankara- 2016, s. 224

⁴ Pekcanitez/Yeşilırmak; Pekcanitez Usul, s. 2645.

tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılması durumunda karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değilse mahkeme tahkim itirazını kabul eder ve davayı usulden reddeder. Mahkeme, açılmış olan bir davada süresinde ileri sürülen tahkim itirazını değerlendirecek, tahkime elverişsizlik hali bulunmuyor ise itirazı kabul ederek davayı usulden reddedecek, aksi halde ise itirazı reddederek yargılamaya devam edecektir.

Mahkemelerde tahkim itirazının ileri sürülmesi ve incelenmesi, ancak tahkim sözleşmesine konu bir uyuşmazlık hakkında mahkemede dava açılması halinde mümkündür. Zira burada mahkemenin kendi yetkisi hakkında da karar vermesi söz konusudur. Bunun dışında mahkemenin tahkime elverişsizlik itirazını incelemesi mümkün değildir. Örneğin, tarafların hakem seçimi yapamaması halinde mahkemeden hakem seçimini talep etmeleri, tarafların tahkim süresinin uzatılmasını talep etmeleri gibi hallerde karşı taraf tahkime elverişsizlik itirazında bulunsada mahkemenin bu itiraz hakkında karar vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda mahkemenin, yetkisizlik nedeniyle itirazı değerlendirmeden reddetmesi gerekecektir.

Tahkime elverişsizlik halinin hakem kararına karşı açılacak iptal davası sırasında da değerlendirilmesi mümkündür. İleride görüleceği üzere (MTK'nın 15. maddesi ve HMK'nın 439/2-g maddesi), hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması kararın iptali nedenlerindendir. Açılacak iptal davasında tahkim yargılamasına konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı değerlendirilecek, elverişsiz olması halinde ise hakem kararının iptaline karar verilecektir. Yine iptal davası sonucunda bölge adliye mahkemesi kararına karşı temyiz yoluna başvurulduğunda da, iptal nedenlerinin değerlendirilmesi açısından, tahkime elverişsizlik itirazı Yargıtay tarafından değerlendirilecektir.

Uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı, açılacak iptal davasında taraflarca ileri sürülmesine de resen dikkate alınması gereken bir iptal sebebidir. Bu husus Milletlerarası Tahkim Kanununda açıkça belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda taraflarca ileri sürülüp ispat edilecek iptal sebepleri ile mahkemece resen dikkate alınacak iptal sebepleri ayrımı yapılmamış olmasına karşın, tahkime elverişlilik iptal nedeninin niteliği gereği resen dikkate alınması gerekir. Zira bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması kamu düzenini ilgilendiren bir durumdur. Mahkemece resen dikkate alınacak olması nedeniyle, taraflarca yargılama sırasında itiraz edilip edilmediğinin, iptal davasında ileri sürülüp sürülmediğinin hiçbir önemi bulunmamaktadır.

F. HUKUKUMUZDA TAHKİME ELVERİŞSİZ OLARAK KABUL EDİLEN UYUŞMAZLIKLAR

1. Gayrimenkulün Aynına İlişkin Uyuşmazlıklar

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olarak kabul edilmesinde en önemli kıstas uyuşmazlığın tarafların serbest iradelerine tabi olmasıdır. Bu ilke dikkate alındığında, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlığın tahkime elverişli olmamasının teorik olarak izahı da çok zordur. Zira şahısların sahip oldukları taşınmazları serbest iradeleri ile devretmeleri mümkün olduğu gibi sahip oldukları taşınmazlar hakkında çıkan bir uyuşmazlık dava konusu olduğunda da tarafların sulh, feragat ve kabul gibi kendi iradeleri ile uyuşmazlığı sona erdirmeleri de mümkündür. Buna rağmen kanun koyucu gerek taşınmaz mülkiyetinin önemi, gerek bu mülkiyete toplumun yüklediği anlam gerekse ilgili mevzuatın mahkemelerce uygulanması ve sicilin devlet kontrolünde tutulması gibi edenlerle ülkemizde bulunan taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklara tahkim yolunu kapatmıştır.

MTK'nın 1. maddesinde açıkça, Türkiye'de bulunan gayrimenkulün aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı belirtilmiştir. Benzer bir düzenleme de HMK'nın 408. maddesinde yer almaktadır. MTK'da yer alan sınırlama, yalnızca Türkiye'de bulunan gayrimenkuller için geçerlidir. Bu sebeple Türkiye'de bulunmayan bir gayrimenkulün aynına dair bir uyuşmazlıkla ilgili yapılacak tahkim yargılamasında MTK'nın uygulanması kararlaştırılmış ise, tahkime elverişsizlik nedeniyle tahkim sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayacaktır.

Gerek milletlerarası tahkimde gerek milli tahkimde gayrimenkullere ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili sınırlama yalnızca gayrimenkulün aynına ilişkin uyuşmazlıklar açısından geçerlidir. Gayrimenkulün aynına ilişkin olmayan, yani gayrimenkul mülkiyeti (TMK m.704 ve devamı) ve gayrimenkulün üzerindeki sınırlı ayni haklara (TMK m. 779 ve devamı) ilişkin uyuşmazlıklar dışında kalan uyuşmazlıklar hakkındaki tahkim sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olmayacaktır. Örneğin, gayrimenkul üzerinde bir inşaat yapılması ve bağımsız bölümlerin paylaşımına ilişkin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığında ve bu sözleşmede uyuşmazlığın çözümü konusunda tahkim şartı kararlaştırıldığında, bağımsız bölümlerin devri konusundaki uyuşmazlık tahkime elverişsiz iken, sözleşmede kararlaştırılan cezai şart bedelinin tahsili, eksik ve ayıplı ifa nedeniyle tazminat alacağının tahsili istemi gibi taşınmaz devrini içermeyen uyuşmazlıklar tahkime elverişli olarak kabul edilecektir.

Buna karşılık taşınmazın aynına ilişkin olmamakla birlikte taşınmaz kira sözleşmelerinden kaynaklanan birtakım uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Özellikle kira bedelinin tespiti, uyarlanması, kiralananın tahliyesi davalarında Yargıtay, uyuşmazlığı tahkime elverişli olarak kabul etmemektedir.

2. Tarafların İradelerine Tabi Olmayan Uyuşmazlıklar

Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının belirlenmesinde temel kıstas, uyuşmazlığın tarafların iradelerine tabi olmasıdır. Herhangi bir nedenle uyuşmazlık hakkında tarafların serbest iradeleri bulunmuyor veya bulunmadığı varsayılıyorsa uyuşmazlığın tahkime elverişliliğinden de bahsedilemeyecektir. Uyuşmazlığın tarafların iradelerine tabi olmaması kimi durumlarda uyuşmazlığın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Genelde kamu düzeninin korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların serbest iradelerinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Ceza hukuku, idare hukuku, aile hukuku gibi uyuşmazlıklar bu türden uyuşmazlıklardır. Kimi uyuşmazlıklar ise, korunması gereken üstün bir menfaat gereğince tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir. Kira bedelinin artırılması, iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, tüketici uyuşmazlıkları bu nitelikte olan uyuşmazlıklardır. Kimi uyuşmazlıklarda ise uyuşmazlığın niteliği gereği tarafların iradeleri belirleyici olmamaktadır. Genel kurul kararlarının iptali, şirketin feshi gibi uyuşmazlıklar da bu mahiyettedir.

a. Ceza Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Ceza yargılamasına konu uyuşmazlıklar, devletin cezalandırma ve cezayı tayin etme yetkisine dayandığından ve doğrudan kamu düzenine ilişkin olduğundan, kişiler bu uyuşmazlığın şüphelisi, sanığı, mağduru gibi doğrudan ilgilisi de olsa, kişilerin uyuşmazlık hakkında serbest iradelerinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Belirli uyuşmazlıklar için Ceza Muhakemeleri Kanununun 253. maddesi ile getirilen uzlaştırma müessesesinin tahkimle karıştırılmaması gerekir. Uzlaştırma, özellikle şikâyet tabi olan birtakım suçlarda, uzlaştırmacı denilen tarafsız bir kişinin gözetim ve aracılığıyla kişilerin uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalarıdır. Bunun yöntemi, sınırları, neticeleri yine Ceza Usul Kanununda belirlenmiş olup, tahkim gibi ayrı bir yargılama prosedürü uygulanmadığı gibi uzlaştırmacının da hakem sıfatı bulunmamaktadır.

b. İdare Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

İdari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar da tahkime elverişli değildir. Zira uyuşmazlığın bir tarafı devlet olup, tarafların uyuşmazlık üzerinde serbest iradeleri söz

konusu değildir. Niteliği itibariyle böyle olmasına karşın 3533 sayılı Yasadan doğan uyuşmazlıklar gibi devlet kurumları arasındaki birtakım uyuşmazlıklar zorunlu tahkime tabi kılınmıştır. Yine yukarıda değinildiği gibi kamu hizmetlerinin görülmesi için yapılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan birtakım uyuşmazlıklar, bir tarafının devlet olması ve bu nedenle tarafların serbest iradelerine tabi olmamasına rağmen 4501 sayılı Yasa ile tahkim yolu açılmış ve tahkime elverişli hale gelmiştir. Kanunla getirilen bu istisnalar dışında, idari yargının alanına giren uyuşmazlıklar, nitelikleri itibariyle, tahkime elverişli değildir ve tahkim yargılamasına konu olamazlar.

c. Aile Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar da nitelikleri itibariyle tahkime elverişli değildir. Boşanmanın koşullarının ne olduğu, çocukların velayeti, nesebin korunması gibi hususlar her devlet için bir kamu düzeni sorunudur ve kişilerin bu konularda serbest iradeleri ile tasarrufta bulunmaları kabul edilmemektedir. Aile hukukundan kaynaklanan evlilik, boşanma,⁵ eşlerin ayrılığı, velayet, nesep, soybağı, kişilik haklarının korunması gibi uyuşmazlıklar kişilerin serbest iradelerine tabi olmadığından tahkime de elverişli değildir. Ancak kişilik haklarına saldırıdan kaynaklanan tazminat talepleri veya boşanma sonrası tarafların tazminat talepleri hakkında bir anlaşma yapmaları ve çıkacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesinin kararlaştırılması mümkündür. Bu niteliklere ilişkin olan ve bu aşamada yapılan tahkim anlaşmasının konusunu tahkime elverişli olarak kabul etmek gerekir. Zira artık tamamen tarafların iradeleri kapsamında bulunan uyuşmazlık söz konusu olacaktır. Miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar da tarafların serbest iradelerine tabi olmadığından tahkime elverişli değildir. Ancak kanımca, miras taksimine ilişkin olarak tarafların bir araya gelerek bir anlaşma yapmaları mümkündür ve bu anlaşmadan doğacak uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduklarını kabul etmek gerekir.

d. Rekabet Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Rekabet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar, esas itibariyle tahkime elverişlidir. Taraflar arasında yapılan sözleşmede, rekabetin düzenlenmesine ilişkin hükümler bulunabilir ve tahkim şartı varsa uyuşmazlık hakem/hakemler eliyle çözülebilir. Bir başka durumda, haksız rekabete ilişkin uyuşmazlıkla ilgili açılan dava konusu tazminat ve benzeri yükümlülük hakkında yapılan

⁵ Hakem kararı olarak değerlendirilmesi halinde ise aynı yasanın 45/c maddesi uyarınca boşanma kararlarının Türk hukuk sistemi içinde tahkim yolu ile çözümü mümkün olamadığından yerine getirilmesinin istenmesi de mümkün değildir. Yargıtay 2. HD. 13.04.1995 T. 1995/3612 E, 1995/4567 K. bknz. sf:218.

tahkim sözleşmesini tahkime elverişli olarak kabul etmek gerekir. Örneğin, TTK'nın 54. maddesi gereğince haksız rekabetin tespiti ve haksız rekabetten doğan zararın tazmini talep edilmiş olsun. Dava neticelenmeden taraflar bir araya gelerek rekabet hakkında ve tazminat konusunda bir sözleşme yapabilirler ve bu sözleşmeye uyulmaması halinde çıkacak uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi kararlaştırılabilir, Böyle bir tahkim şartının/sözleşmesinin geçerli olmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır.

Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan hükümler dışında, rekabet hukukunun ihlal edildiğine yönelik iddialar ve özellikle rekabet kurumunun değerlendireceği hususların tahkime elverişli olmadığına kabulü gerekir. Zira Türk hukukuna göre, rekabetin korunması için getirilen birtakım düzenlemeler emredici niteliktedir ve kamu düzenine ilişkindir. Bu konularda tarafların iradelerine sınırlama getirilmektedir. Yine bu alanda düzenleyici ve denetleyici bir fonksiyona sahip olan Rekabet Kurulu'nu ilgilendiren bir uyuşmazlıkta da tahkim sözleşmesi yapılamaz. Rekabetin sağlıklı yürümesinden sorumlu olan Kurul'un görevine giren konular kamu düzenine ilişkindir ve kurul, kanundan aldığı düzenleme ve denetleme yetkisini doğrudan kullanmaktadır. Bu nedenle bu alanda da tarafların serbest iradelerinin bulunmadığının kabulü gerekir.

e. Fikri Mülkiyet Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Fikri mülkiyete tabi uyuşmazlıklar genel olarak tarafların iradelerine tabidir ve bu nitelikleri gereği tahkime de elverişlidir.⁶ Ancak bu hakların (patent, marka, tasarım gibi) kayıtlı olduğu siciller bulunmaktadır ve bu sicillerin tutulmasından bir kamu kurumu olan Türk Patent Enstitüsü sorumludur. Bu açıdan, fikri ve sınai mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların sicile kayıt durumlarını dikkate alarak tahkime elverişli olup olmadığı konusunda ikili bir ayırım yaparak değerlendirmek gerekir.⁷

Fikri mülkiyete konu olan hakkın sicile tescili veya tescilli hakkın sicilden terkinin gibi konulardaki uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir. Bu konuda yapılan başvuruları değerlendirmek, bu konudaki mevzuatı uygulamak ilgili kuruma (Türk Patent Enstitüsü) tanınan bir yetkidir. Diğer yönden enstitünün faaliyeti ve verdiği kararlar idari niteliğe sahiptir. Sicilin tutulmasına ilişkin konudaki düzenlemeler, kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle taraflarca serbestçe sözleşme konusu yapılamayacağından tahkime elverişli olmadıklarının kabulü gerekir. Sicile tescil ve sicilden terkin gibi uyuşmazlıklar dışında kalan, üçüncü kişileri

⁶ İlhan, age, s. 237.

⁷ Pekcanitez/Yeşilırmak; Pekcanitez Usul, s. 2638.

ilgilendirmeyen ve yine ancak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğuran fikri mülkiyete konu uyuşmazlıkları ise tahkime elverişli kabul etmek gerekir.

f. Kat Mülkiyeti Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Kat Mülkiyeti Kanunundan kaynaklanan bir kısım uyuşmazlıklar da tahkime elverişli değildir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda yer alan birtakım düzenlemeler emredici niteliktedir. Örneğin, Kanunun 24. maddesi gereğince; ana gayrimenkulün kütükte mesken, iş ve ticaret yeri olarak gösterilen alanlarında hastane, poliklinik gibi işletmeler kurulamaz, aksine anlaşmalar geçersizdir. Bunun gibi birtakım hükümler bulunmaktadır ki, kat malikleri kurulunun da serbest iradeleri ortadan kaldırılmaktadır. Bu konularda yapılacak tahkim anlaşmaları da doğal olarak geçerli kabul edilemeyecektir.

Kuşkusuz bu sınırlama doğrudan Kat Mülkiyeti Kanununun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar için geçerlidir. Bu gibi düzenlemeler dışında kalan konularda tahkim anlaşması yapılmasına engel bir durum yoktur. Örneğin, Kanunun 34. maddesi gereğince oluşturulan yönetici veya yönetim kurulunun üçüncü kişilerle yaptığı anlaşmalar tahkime elverişlidir. Uygulamada sıkça rastlanan ana gayrimenkulün korunması, temizlenmesi, bakımı, onarımı gibi hususlarda yapılan anlaşmaların tahkim sözleşmesine konu olması durumunda tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda da bir tereddüt yaşanmayacaktır.

g. İflas Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

İcra İflas Kanununun 177 ve devamı maddeleri gereğince, iflas hallerinden birisinin bulunması durumunda ilgililerin iflas başvurusunda bulunma zorunlulukları bulunduğu gibi açılan iflas davasının ilanı ve tüm ilgililere duyurulması gerekmektedir. Yine iflas davası açılması durumunda taraflar dışında ilgililerin de davaya katılmaları mümkündür. Dolayısıyla iflasa ilişkin uyuşmazlıklar, yalnızca tarafları ilgilendirmemekte, birçok boyutuyla taraflar dışında birçok kişiyi de ilgilendirmektedir. Diğer yönden iflas davalarının borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılmasına ilişkin kesin yetki de bulunmaktadır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında iflas ilişkin uyuşmazlıkların, tarafların iradelerine tabi olmadığı, birçok yönüyle iflas hükümlerinin kamu düzenine ilişkin olduğu dikkate alındığında tahkime elverişli olmadığı kabulü gerekir.

İflas davalarının mahkemenin önüne gelmesi ve neticeleri de farklılık arz etmektedir. İster alacaklı başvursun ister borçlu başvursun isterse sermaye şirketleri veya kooperatiflerin aktiflerinin pasiflerini karşılamaması nedeniyle kanunen yükümlü tutulanlar tarafından başvuru

yapılmış olsun, doğrudan doğruya iflas hallerinde iflasa bakacak mahkemenin iflas hükümlerini doğrudan uygulaması gerekecektir. Doğrudan doğruya iflas hallerinde (İİK madde 177 vd., TTK madde 377, 634 ve 1163 sayılı Kanun madde 63), hakkında iflas davası açılan kişinin bir başka şahıs ile yaptığı sözleşme veya hukuki ilişki uyuşmazlık konusu olmadığından bu konuda yapılan bir sözleşmeye dayanan tahkim itirazının ileri sürülmesi ve dinlenmesi de mümkün olmayacaktır.

Doğrudan iflas hallerine dayalı olarak açılan iflas davasında, iflası istenen kişinin iflas durumu değerlendirilmekte ve yasal koşullarının bulunması halinde iflasına karar verilmektedir. Bu davada iflası istenen kişinin bir hukuki ilişkiden dolayı alacaklı veya borçlu olma durumu değerlendirilmediğinden, bu kişinin yapmış olduğu herhangi bir tahkim sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık da dava konusu olmayacaktır. Diğer yönden doğrudan iflas davasının açılması ile artık iflasa ilişkin kamu düzenine dair hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Burada artık tarafların iradeleri değil kamu düzenine ilişkin hükümlerin hüküm ve sonuç doğurması söz konusu olur. Öyle ki iflas davası açılınca dava üzerinde tarafların tasarruf hakkı sınırlı olacak, davanın takibi de tarafların iradelerine tabi olmayacaktır. Dava giderlerinin taraflarca yatırılmaması halinde dahi masraflar kamu üzerinden karşılanarak, yargılamaya devam edilecek ve iflas koşullarının bulunması halinde iflasa karar verilecektir.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında doğrudan iflas hallerinin bulunması halinde uyuşmazlığın tahkime elverişli olmayacağını, hakkında iflas davası açılan kişinin bir başkası ile yapmış olduğu tahkim sözleşmesinin hiçbir şekilde bu davanın konusu olamayacağını söylememiz gerekir. Öğreti ve uygulamada da bu konuda farklı bir görüş bulunmamaktadır.

İflas yoluyla takipte bulunulması üzerine açılacak iflas davasında ise borçlunun takibe itiraz edip etmemesine göre neticeleri değişmektedir. Alacaklının alacağını tahsil etmek için borçlu aleyhine iflas yoluyla takipte bulunması üzerine borçlu tarafından takibe itiraz edilmemesi halinde takip kesinleşmiş olacaktır. Bu durumda mahkemeden borçlunun iflası istendiğinde mahkeme artık alacağın var olup olmadığını yargılama konusu yapmayacak, iflas talebine ilişkin olarak İİK'nın 166. maddesi gereğince gerekli ilan ve bildirimlerde bulunacaktır. Bu ihtimalde, takip alacaklısı ve takip borçlusu arasında takip konusu alacakla ilgili tahkim şartı bulunsa da artık tahkim itirazı kabul görmeyecektir. Zira, mahkemenin alacak talebi ile ilgili bir yargılama yapması söz konusu değildir. İflasla ilişkin hükümlerin uygulanmasına geçilmiş olduğundan artık iki taraf arasındaki bir uyuşmazlıktan öte kamusal yönü bulunan bir davanın görülmesi söz konusu olacaktır. İflas bildirimlerinin yapılması, alacaklıların davaya katılmaları, gerekirse dava giderlerinin kamu üzerinden karşılanması,

davanın resen takibi gibi hususlar dikkate alındığında artık sözleşmeye davalı olup iki taraf arasındaki bir uyuşmazlığın dava konusu olması söz konusu olmayacağından iki taraf arasındaki tahkime konu uyuşmazlığın bu davada değerlendirilmesi de mümkün değildir. Bu haliyle iflas yoluyla başlatılan takibe itiraz edilmemesi üzerine açılan iflas davasının tahkime elverişli olmadığı konusunda da bir tereddüt yaşanmayacaktır.

Ancak iflas yoluyla başlatılan takibe süresinde itiraz edilmesi üzerine açılan iflas davasında durum çok farklı gelişmektedir. İflas yoluyla başlatılan takibe itiraz (veya şikâyet) edildiğinde, alacaklının mahkemeden borçlunun itirazının kaldırılmasına ve iflasına karar verilmesini talep etmesi gerekecektir. Burada aslında birlikte ileri sürülen iki talep bulunmaktadır. İflas davasına bakacak ticaret mahkemesinin de birbirini takip eden iki talebi ayrı ayrı değerlendirmesi gerekir. Bu durumda mahkeme öncelikle maddi hukuka göre alacağın mevcut olup olmadığının tespiti konusunda bir yargılama yapması gerekecektir. Esasen alacağın varlığı tespit edildikten sonra iflas davası aşaması başlayacaktır. İflas takibine itiraz edilip edilmemesinin farklılığı da burada ortaya çıkmaktadır. İflas takibine itiraz edilmemesi üzerine açılan iflas davasında doğrudan iflas yargılaması başlamakta iken, iflas takibine itiraz edilmesi üzerine açılan iflas davasında iflas yargılaması hemen başlamamakta, öncelikle alacağın varlığı tespit edilmekte ve bundan sonra iflas davası aşaması başlamaktadır. İİK'nın 156/3. maddesinde yer alan, “borçlu ödeme emrine itiraz etmişse takip durur ve alacaklı bu itirazın kaldırılması ile beraber borçlunun iflasına karar verilmesini bir dilekçe ile Ticaret Mahkemesinden isteyebilir” şeklindeki hükmünü dikkate aldığımızda da bu durumu açıkça görmekteyiz. Bu davada önce borçlunun itirazı değerlendirilecek ve bu değerlendirmenin sonucuna göre iflas davası aşaması başlayacaktır.

Bu durum en belirgin şekilde iflas bildirimleri ve iflas ilanlarında ortaya çıkmaktadır. İflas takibine itiraz edilmemesi üzerine açılan iflas davasında iflas ilan ve bildirimleri davanın başında ilk tensiple birlikte yapılırken, iflas takibine itiraz üzerine açılan iflas davasında alacak tespit edilip itirazın kaldırılmasına karar verildiğinde iflas ilan ve bildirimleri yapılmaktadır. Burada alacağın esası hakkında neticeten bir karar verilmese de, bir ara kararla itirazın kaldırılmasına ve depo emrinin yerine getirilmesine karar verilmekte, depo emrinin yerine getirilmemesi halinde ancak iflas ilan ve bildirimlerinin yapılmasına karar verilmektedir. Bu durum dikkate alındığında, iflas takibine itiraz edilmemesi üzerine borçlunun iflasının istenmesinde birbirinden ayrılması mümkün olan iki talebin yargılamasının birbirini takip eder

şekilde ve birinin sonucuna göre diğerinin değerlendirileceği bölünebilen iki talepli bir dava olduğunu görmekteyiz.⁸

Bu iki talebin bölünmesinin ve ayrı ayrı değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığına göre bu davanın (uyuşmazlığın) tahkime elverişli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. Böyle bir durumda öncelikle alacağın var olup olmadığı, yani itirazın yerinde olup olmadığı dava konusu yapılmaktadır. Bu dava niteliği itibariyle bir alacak davası olduğundan maddi hukuka göre bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu durumda da taraflar arasındaki uyuşmazlığın maddi hukuka göre değerlendirilmesi sırasında bir tahkim sözleşmesinin bulunması durumunda bu sözleşmenin dikkate alınması gerekir. Bu aşaması itibariyle bu davanın tahkime elverişli olduğu sonucuna ulaşmaktayız.

Taraflar arasındaki alacakla ilgili tahkim şartı varsa öncelikle tahkime başvurularak alacağa ilişkin uyuşmazlığın neticelendirilmesi, bu neticeye göre iflas davası açılması gerekir. Buna uyulmaması, yani tahkim şartı bulunan bir uyuşmazlık hakkında iflas yoluyla takip başlatılması ve itiraz edilmesi üzerine iflas davası açılması durumunda tahkim itirazı ileri sürülebilecektir. İflas davasının açıldığı ticaret mahkemesinin bu itiraz üzerine, uyuşmazlık da tahkime elverişli ise, tahkim şartı nedeniyle davanın usulden reddine karar vermesi gerekir. Zira burada iflas davasından önce itirazın kaldırılması talebinin değerlendirmesi, ancak itirazın haksız olduğuna karar verilmesi halinde itirazın kaldırılmasına karar verilmesi ile iflas aşaması başlamaktadır. İtirazın kaldırılması davasında tamamen maddi hukuka göre bir değerlendirme yapacaktır. Maddi hukuk aşamasında da geçerli bir tahkim şartı varsa tahkim itirazının kabulü gerekir.

Ancak bu konuda uygulamada farklı kararlarla karşılaşmaktadır. Yargıtay 23. Hukuk Dairesine göre,⁹ öncelikle alacak istemi konusunda maddi hukuka göre bir yargılama yapılması, alacağın tespit edilmesi halinde iflas hükümlerinin uygulanması gerekmekte olup, iflas incelemesinden önce alacağın tespitine ilişkin yargılamada maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiğinden uyuşmazlığın bu aşaması itibariyle tahkime elverişli olduğunun kabulü gerekir.¹⁰ Buna karşın Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında,¹¹ iflas davasının basit

⁸ Dinç, İlhan; Genel İflas Yoluyla Takibe İtirazın Kaldırılması ve İflas Davasının Tahkime Elverişliliği, TAAD, Yıl 1, Sayı 41(Ocak 2020), s. 427-463.

⁹ Yargıtay 23. HD., 29.11.2018 tarih ve 2018/5765, 2018/5560. bknz. sf:203

¹⁰ Yargıtay 23. HD., 20.04.2015 Tarih ve 2016/397E, 2016/2509 K.

¹¹ Nitekim Yargıtay İcra İflas Dairesi'nin 13.2.21969 gün ve 1332/1729 sayılı kararında da, tahkim şartının kamu düzeni ile ilgili olmayan anlaşmazlıklar için geçerli olduğu, iflas davalarının bu şartın dışında olduğu belirtilmiştir. Ayrıca iflas davasından önce davacıya tahkime başvurarak alacağını tespit ettirmesi ve sonradan iflas yoluyla takibe geçmesi yönündeki uygulama, usul ekonomisine ve makul yargılama süresiyle ilgili gelişen düşüncelere aykırıdır. Bu nedenle mahkemeye işin esasının incelenerek davanın sonuçlandırılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi ve istinaf başvurusunun esastan reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur. Yargıtay 15. HD. 05.03.2019 Tarih ve 2018/2228, 2019/950. bknz. sf:791

yargılama usulüne tabi olduğu, yargılama ekonomisi, mahkemenin alacağını tespitine ilişkin hakem kararını bekleyemeyeceği, iflas takibinde bulunma hakkının kullanılmış olması ve bu yasal hakkın engellenemeyeceği gibi birtakım gerekçelerle iflas davası sırasındaki tahkim itirazının reddi gerektiğini kabul etmiş, Hukuk Genel Kurulunca da bu görüş benimsemiştir.¹²

Yukarıda detaylı olarak yapılan açıklamalar dikkate alındığında, iflas takibine ilişkin itirazın kaldırılması aşaması itibariyle uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı yönündeki gerekçeye katılmak pek mümkün görünmemektedir. Bu görüşe dayanak olarak ileri sürülen yargılama ekonomisi, makul sürede yargılanma, kamu düzeni gibi gerekçeler tahkim itirazının dinlenmemesi konusunda geçerli sebepler olarak değerlendirilemeyecektir. Bu gerekçeler esas alındığında tahkime tabi kılınan tüm uyuşmazlıklar için mahkemelerde açılan davalarda ileri sürülen tahkim itirazının yargılama ekonomisine, makul sürede yargılanmaya aykırı olacağı ileri sürülebilir. Yukarıda detaylı olarak belirtildiği üzere, itirazın kaldırılması aşamasında iflas hükümlerinin uygulanmasına henüz başlanmadığından kamu düzenine aykırılık da söz konusu olmayacaktır. Yine tahkim sözleşmesi veya şartının kararlaştırılması da yasanın verdiği bir yetkiye dayanmaktadır. Ayrıca sözleşme özgürlüğüne dayanmaktadır. İflas yoluyla takipte bulunma hakkının bir yasal hak olduğu ve kişinin elinden bu yasal hakkının alınmaması gerektiği savunulurken başka bir hakkın göz ardı edilmesi söz konusu olmaktadır.

Aksi durumun kabulü halinde, tahkim sözleşmesinin taraflarından birisinin uyuşmazlığı tahkimden alıkoymak istemesi durumunda iflas yoluyla takipte bulunmasına fırsat verilmiş olacaktır. Bu durum açıkça hakkın kötüye kullanılması olacaktır ki, hukuk düzeninin hakkın kötüye kullanılmasını kuruması kabul edilemez. Diğer yünden, bu yolun kullanıma açılması daha da ileri götürülecek kötüniyetli davranışlara kapı aralayacaktır. Tahkim yargılaması başladıktan sonra dahi bu süreci baltalamak isteyen taraf, iflas yoluyla takip başlatıp iflas isteyebilecektir. Bu şekilde kötüniyetli davranışlara pirim verilmesinin sonu bulunmadığı gibi nerede duracağını öngörmek de mümkün değildir.

Tahkim sözleşmesine konu olan uyuşmazlık hakkında itirazın kaldırılması ve iflas davasında taleplerin bölünebileceği dikkate alınarak ilk talep yönünden tahkim itirazının kabulü

¹² İflas davaları, kamu düzenine ilişkin sonuçları olan ve davalı şirketin iflasına karar verilmesi hâlinde davacı dışında tüm alacaklıları ilgilendiren nitelikte bir davadır. Genel iflas yoluyla icra takibi, itirazın kaldırılması ve iflas talebi, birbirini izleyen işlemlerden oluşan bir bütün olup, icra takibinin sağlıklı yürütülebilmesi için bu bütünün parçalara ayrılmaması gerekir. İflas yoluyla takipte, itirazın kaldırılması talebinin tahkimde çözülmesi gerektiğinin kabulü hâlinde, hakem kararından sonra iflas talebi için mahkemeye başvurulması usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Y.HGK. 21.12.2021 Tarih ve 2019(15)/6-574 E, 2021/1710 K.

ve iflas talebi yönünden bekletici mesele yapılması da düşünülebilir. Ancak kanaatimce bu konuda bekletici mesele yapılması hem yargılama ekonomisine hem iflas davası genel mantığına hem de tahkim kurumuna uygun olmayacaktır.

İflas talebinin henüz değerlendirilemeyeceği bir iflas davasında bekletici mesele yapılması, iflas hukuku sistemine uygun değildir. Hakkında iflas davası açılan taraf açısından da, bu durumun yıllarca Demokles'in kılıcı gibi üzerinde tutulması adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır. Bu davada itirazın kaldırılması aşamasına kadar iflasa ilişkin; iflas ilan, iflas bildirimleri ve tedbirlerinin alınması söz konusu olmayacağından, iflas hukuku açısından durdurma kararı verilmesine de ihtiyaç duyulmayacaktır. Diğer yönden iflas davasının değerlendirilmediği, ön koşul olan talebin tahkimde değerlendirileceği bir hususun bekletici mesele yapılması hem süre hem de yargılama gideri açısından yargılama ekonomisine aykırı düşecektir. Tahkim sistemi açısından da doğru olmayacaktır. Taraflar açısından tahkim sözleşmesi yapılmasının bir amacı da, taraflar arasındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dışında, tarafların da içerisinde bulunduğu bir yargılamada çözülmesidir. İflas davasında zorunluluk bulunmamasına rağmen alacağın varlığının bekletici mesele yapılması durumunda tarafların iradelerinin göz ardı edilmesi söz konusu olacaktır.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi,¹³ tahkim şartına rağmen icra takibinde bulunulmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle itirazın iptali davasında tahkim itirazının kabulü ile davanın usulden reddine ilişkin kararı isabetli olarak onamıştır. Aynı gerekçe ile iflas yoluyla takipte bulunulması ve itiraz edilmesi üzerine açılan iflas davasında ileri sürülen tahkim itirazının kabul edilerek davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Tahkimde alacağın tespit edilerek itirazın kaldırılmasına karar verilmesine kadar borçlunun mal kaçırması söz konusu olabilir. Ancak böyle bir durumda ihtiyati tedbir talep edilerek borçlunun mal kaçırması önlenabilir. Diğer yönden borçlunun iflas durumuna düşmesi ve bu şekilde mal kaçırması durumunda bu davanın tarafları ile birlikte tüm ilgililerin her zaman iflas talebinde bulunabileceklerinin da dikkate alınması gerekir.

¹³ Mahkemece, toplanan delillere göre, sözleşmedeki tahkim şartının taraflar için bağlayıcı olduğu, taraflar arasında tanzim olunan sözleşmedeki hakem (görev) şartı ve yetki düzenlemesi nazara alınarak Mersin 2. İcra Müdürlüğünde takip yapılmasının bu aşamada hukuken mümkün olmadığı, Türk Mahkemelerinde dava açılmayacağından hakem şartının ve yetki itirazının yerinde olduğu belirlenmekle, HMK'nun 114 ve 115. maddeleri gereğince davanın dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir . Yargıtay 19. HD. 22.11.2016 T. 2016/3779 E, 2016/15019 K. bknz. sf:214.

h. Deniz Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Deniz taşıma hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar genel olarak tahkime elverişlidir. Ancak bazı konularda sınırlamalar söz konusudur. TTK'nın 1271. maddesinde aynen, “yolcunun ölümü veya yaralanması sonucunu doğuran olaydan veya bagajın ziyaa veya hasara uğramasından önce yapılmış olan sözleşmelerde yer alan, bu Bölüm hükümlerine göre sorumlu herhangi bir kişinin sorumluluğunu kaldıran veya 1263 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, bu Bölümde öngörülen sorumluluk sınırlarını indiren veya taşıyana veya fiilî taşıyana düşen ispat yükünün yerini değiştiren her şart hükümsüzdür. Şartın hükümsüzlüğü, taşıma sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Tazminat istemi doğmadan önce yapılan yetki ve tahkim sözleşmeleri geçerli değildir” hükmü bulunmaktadır. Kanun koyucu burada yolcuların zayıf durumda olduğunu kabul ederek tazminat hakkı doğmadan tahkim anlaşması yapılmasına izin vermemiştir. Tazminat hakkı doğduktan sonra tahkime elverişsizlik durumu ortadan kalkmış olacağından tahkim anlaşması yapılmasına da engel bir durum kalmayacaktır.

Gemi alacaklısı hakkı veren alacaklara ilişkin tahkim şartı da uygulamada tahkime elverişsiz olarak kabul edilmiştir. TTK'nın 1320. maddesinde sayılan birtakım alacaklar; sahiplerine, geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı “gemi alacaklısı hakkı” vermektedir. Bu alacaklara sahip olanların, gemi ve eklentisi üzerinde kanuni rehin hakkı bulunmaktadır (TTK madde 1321). İşte bu maddelerde mahiyeti belirtilen gemi alacağı ve onun sahibine tanınan kanuni rehin hakkının tescile gerek olmadan doğrudan doğan rehin hakkı olması ve aynı hak niteliğine haiz olması nedeniyle Türk mahkemelerinde görülmesi gerektiği gerekçesiyle tahkime elverişli olarak kabul edilmemektedir.¹⁴

Ancak TTK'nın 1320/3. maddesinde yer alan, “Türkiye’de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği, Türk hukuku uyarınca belirlenir” hükmü ile, Türkiye’de dava konusu edilen alacaklardan hangi alacakların gemi alacağı sayılması gerektiği hususunda Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bunun dışında kalan gemi alacakları da niteliği itibarıyla tahkime elverişli alacaklardır. Bu alacak sahiplerine tanınan kanuni rehin hakkı, alacağın tahsilinin güvence altına alınmasını sağlayan bir rehin hakkı olduğundan ve asıl alacak talebinin fer’isi vasfında olduğundan asıl alacak talebini tahkime elverişsiz hale getirmemektedir.¹⁵

¹⁴ Yargıtay 11. HD. 17.09.2014 tarih ve 2014/4229, 2014/393. bknz. sf:801

¹⁵ Akıncı; age, s. 99.

1. Şirketler Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Şirketler hukukuna dair uyuşmazlıklar yönünden tahkime elverişlilikle ilgili yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığın niteliğine bakarak değerlendirmek gerekmektedir. Uygulamada da uyuşmazlığın niteliğine bakılarak kimi uyuşmazlıklar tahkime elverişli bulunurken kimi uyuşmazlıklar ise tahkime elverişsiz olarak değerlendirilmektedir. Ortaklık ilişkilerinde tahkime elverişliliği; ortakların kendi aralarında, ortaklar ile şirket arasında ve ortaklık organları ile ilgili uyuşmazlıklarda ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Şirket ortaklarının, şirket ortaklığından kaynaklanan haklarına ilişkin olarak kendi aralarında tahkim sözleşmesi yapmalarına engel bir durum bulunmamaktadır. Ancak yapılacak sözleşmenin sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurması gerekir. Şirket ile ortaklar arasındaki uyuşmazlıklar yönünden ise, uyuşmazlığın niteliğine bakarak değerlendirmek gerekecektir. Örneğin, ortağın şirkete bulunan sermaye borcunun ödenmesi konusunda veya şirketten kar payı alacağının ödenmesi konusunda ortak ile şirket arasında yapılan sözleşmeye konulan tahkim şartı geçerlidir. Bu husus tarafların iradelerine tabi olan ve sadece onları ilgilendiren bir konudur.

Ancak şirket yönetimine karşı açılacak sorumluluk davası ile ilgili esas sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olmadığının kabulü gerekir. Zira bu konu, tamamen tarafların iradelerine tabi değildir ve sorumluluk davası ile ilgili yasal (TTK madde 553) sınırlamalar bulunmaktadır. Burada yöneticilerin esas sözleşmeden ve Kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklarına karşı sorumlulukları ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü gibi bu uyuşmazlık sadece tarafları ilgilendirmediğinden bu haliyle tahkime elverişli olarak kabul edilemez. Yine şirketin haklı nedenle feshi (TTK madde 531) konusu da tahkime elverişli değildir. Fesih davasında mahkemenin, tarafların talebi olmasa da, fesih yerine başka bir çözüme de¹⁶ karar vermesi mümkündür. Örneğin, TTK'nın 531. maddesi gereğince, haklı nedenle şirketin feshinin istenmesi ve haklı nedenlerin bulunması durumunda mahkeme, fesih yerine davacı pay sahiplerine paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip, davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen, kabul edilebilir diğer bir çözüme de karar verebilir. Burada mahkemenin fesih yerine bu çözüme karar verebilmesi için tarafların taleplerinin bulunmasının aranmadığı gibi talep olsa dahi talebe uygun karar verilmesi de aranmamaktadır. Bu hali ile fesih davası koşullarının

¹⁶ Mahkeme, fesih yerine, davacı pay sahiplerine, paylarının karar tarihine en yakın tarihteki gerçek değerlerinin ödenip davacı pay sahiplerinin şirketten çıkarılmalarına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüme karar verebilir (TTK madde 531).

tamamen tarafların iradesine tabi olduğundan söz edilemeyecektir ve bu haliyle tahkime de elverişli değildir.

Şirketlerde genel kurul kararlarının (ortaklar kurulu kararlarının) iptaline ilişkin uyuşmazlıkların da tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir.¹⁷ Teorik olarak genel kurul kararlarının sadece tarafları (ortakları) ilgilendirdiği, onların malvarlığına ilişkin kararlarla ilgili olduğu, artık tek bir kişinin de şirket kurabilmesinin mümkün olması karşısında iptal kararından etkilenecek olanların sadece taraflar olacağı ileri sürülse de çok farklı durumların ortaya çıkması ve farklı kişilerin etkilenmesi mümkündür.

Örneğin, TTK'nın 446. maddesi gereğince kişisel sorumluluğuna sebep olacak olması durumunda yönetim kurulu üyelerinden her biri de bu davayı açabilir. Dolayısıyla genel kurul kararlarının iptaline ilişkin uyuşmazlığın tamamen tarafların serbest iradesine tabi olduğunu söyleyemeyiz. Yargıtay bir kararında,¹⁸ uyuşmazlığın tarafların iradelerine tabi olmaması yanında iptal davasının şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılmasına ilişkin kesin yetki bulunması ve aynı genel kurulun iptaline ilişkin açılacak davaların birleştirilerek birlikte görülmesinin zorunlu olmasını da tahkime elverişsizliğe gerekçe olarak kabul etmiştir.

Yine şirketin uzun zamandır organsız kalması halinde açılacak fesih davası da tarafların iradelerine tabi uyuşmazlıklardan olmadığından tahkime elverişli değildir.

i. Kooperatifler Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Kooperatifler hukukundan doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği hususunda da şirketler için söylenenlerden farklı bir durumun bulunmadığını söylememiz mümkündür. Ayrıca kooperatiflerin yapısı gereği kooperatifler ile ortakları arasında bulunan uyuşmazlıklarda da tahkime elverişliliği kabul etmemiz güçtür. Zira kooperatiflerin yapısı ve varoluş amacı dikkate alınarak getirilen birtakım sınırlamalar, ortakların tamamen kendi iradelerini ortaya koymalarını ve bunun kooperatif tarafından kabulünü mümkün kılmamaktadır. Bu nedenle, kooperatif ortaklarının kendi aralarında ve kooperatif ile ortaklar arasındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını söyleyebiliriz. Ancak kooperatifin maddi hukuka göre üçüncü kişilerle aralarında bulunan uyuşmazlıklar açısından tahkim sözleşmeleri yapmalarına engel bir durum bulunmamaktadır.

¹⁷ Hakem kararında davalının talebinin, genel kurul kararının iptalini gerektiren kar payı istemine ilişkin olup, şirketin ana sözleşmesinde yer alan tahkim şartının bu tür uyuşmazlık açısından geçersiz olduğu, 6100 sayılı HMK'nın 439/2-a maddesi uyarınca uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, hakem kararının iptaline karar verilmiştir. Yargıtay 11. HD. 01.07.2019 T. 2019/2226 E, 2019/5000 K. bknz. sf:197.

¹⁸ Yargıtay 11. HD, 05.12.2012 tarih ve 2011/13485, 2012/19915 bknz. sf:795

Örneğin, kooperatifin mülkiyetinde bulunan bir arsa üzerinde bedel mukabili bina inşa edilmesi konusunda bir yükleniciyle eser sözleşmesi yapması ve bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümü konusunda bir tahkim sözleşmesi yapılması mümkündür ve bu tahkim sözleşmenin geçerliliği konusunda bir tereddüt yaşanmayacaktır.

j. İş Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Bireysel iş hukuku alanına ilişkin uyuşmazlıklar, iki tarafın iradelerine tabi olduğundan teorik olarak tahkime elverişli görünse de uygulamada birtakım gerekçelerle tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Bireysel iş hukuku alanındaki uyuşmazlıkların tahkime elverişli olarak kabul edilmemesinin gerekçesi olarak, işçi ve işverenin eşit konumda olmadığı, bundan da öte işçinin zayıf konumda olduğu, bu haliyle aralarında yapacakları sözleşmede eşit şekilde müzakere yapamayacakları, buna bağlı olarak kararlaştırılacak tahkim sözleşmesinde işçi aleyhine bir durumun yaratılacağı endişesi ileri sürülmektedir¹⁹

Tahkim sözleşmesinin kurulması sırasında işverenin güçlü durumunun işveren lehine kullanılması durumunun tahkim yargılaması sırasında da tezahürü söz konusu olabilecektir. Tahkim yargılamasının, tarafların anlaşmaları çerçevesinde yürütmesi, işçinin korunmasına ilişkin iş mevzuatında bulunan hükümlerin uygulanma yeri bulamaması, bulsa bile hakem kararına karşı sınırlı sebeplerle iptal davası açılması ve esas yönünden denetim yapılmaması gibi sebepler, tahkim yargılamasını da işçi için dezavantajlı hale getirmektedir. Kısacası, işçi işveren arasında bulunan bu eşitsizlikten dolayı işçinin korunması amacıyla iş mevzuatında getirilen hükümler ve oluşturulan yargısal içtihatlarla bir denge oluşturulmuştur. Tarafların özgür iradeleri ile oluşturulan tahkim sözleşmesinde ve akabindeki tahkim yargılamasında, işçinin zayıf konumu nedeniyle, bu dengenin sağlanması mümkün olmadığından iş hukuku alanındaki uyuşmazlıklar tahkime elverişli olarak kabul edilmemektedir.

Uygulamada, işçinin zayıf durumu nedeniyle korunması anlayışı yanında, iş mahkemelerinin görevine ilişkin birtakım yasal düzenlemeler de bireysel iş uyuşmazlıklarında

¹⁹ Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasını veya tamamının seçme imkânının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. İşçinin işveren karşısında ekonomik açıdan zayıf olduğu iş sözleşmesinin kuruluşunda ve devamında işverene hukukten bağımlı olduğu tartışmasıdır. İşçi işveren otoritesi altında ve onun emir ve talimatları ile iş görür. Denetim altındadır. İrade serbestliği yoktur. Bu şekilde yapılan bir tahkim sözleşmesi Borçlar Kanunu gereğince batıl olacaktır. Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir. Yargıtay 22. HD. 26.09.2016 Tarih ve 2016/27462, 2016/21049 bknz. sf:797

tahkime engel olarak görülmektedir.²⁰ 5521 sayılı Kanunun 1. maddesi gereğince, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıklardan kaynaklanan davalarda görevli mahkeme iş mahkemeleridir. Uygulamada, mahkemenin görevine ilişkin bu düzenlemeler de bireysel iş uyuşmazlıklarının tahkime elverişsiz olarak görülmesinde dikkate alınmaktadır.

Bireysel iş uyuşmazlıklarında tahkime elverişsizlik, iş sözleşmesinin kurulması ve devamı süresinde geçerlidir.²¹ İş sözleşmesinin feshinden sonra işçinin işverene bağımlılığı kalmadığından bu korumacı yaklaşımın bir tarafa bırakılmasında bir sakınca bulunmamaktadır. 4857 sayılı Kanunun 20. maddesine göre de; iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminin kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabileceği gibi, tarafların anlaşmaları halinde uyuşmazlık aynı sürede hakeme de götürülebilir. Uygulamada da iş sözleşmesinin feshinden sonra hakeme gidilebileceği kabul edilmektedir. Fesih ile işçi işveren ilişkisi sona erdiğinden artık güçlü ve zayıf kıyaslaması da ortadan kalkmaktadır. İşverenin işçi üzerinde bir tahakkümü da kalmadığından tahkime ilişkin anlaşmada özgür iradelerinin bulunmadığı ileri sürülemeyecektir.²² Ancak tahkim şartının bulunduğu sözleşme, iş sözleşmesinin feshinden sonra düzenlenmekle birlikte, aynı sözleşmede işçinin çalışmasına ilişkin işçilikten kaynaklanan haklarının da yer alması durumunda yine tahkim sözleşmesi geçerli kabul edilmemektedir. Bu durumda da işçinin haklarını alabilmek için tahkim şartını

²⁰ İşçi ve işverenler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri 5521 sayılı Kanunun 1. maddesi gereğince İş Mahkemeleridir. Doğal yargıcı iş yargıcısıdır. İşe iade davalarında 4857 sayılı Kanunun 20. maddesi gereğince ayırık hüküm getirilmiştir. “Taraflar arasında uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.” tümcesi yeni bir yargı yeri getirmektedir. Başka bir anlatımla, Yasa Koyucu “özel hakem” kurumunu feshe bağlı bir sonuç olarak görmüştür. Hüküm sözünden de bu anlaşılmaktadır. Bkz. Yargıtay 22. HD, 28.06.2013 Tarih ve 2012/12, 2012/14853. bknz. sf:800

²¹ Ayrıca Dairemizin kararlılık kazanan uygulaması gereği iş sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında düzenlenen tahkim sözleşmesi geçersizdir.

Somut olayda, özel hakem şartını içeren belirsiz süreli iş sözleşmesi 19.06.2012 tarihinde imzalanmıştır. Fesih 30.01.2016 tarihinde yapılmıştır. İş sözleşmesinin kurulması veya devamı sırasında yapılan özel hakem sözleşmesi veya iş sözleşmesindeki hakem kaydı işçinin serbest iradesini yansıtmaması sebebiyle geçersiz olduğundan, uyuşmazlığın özel hakemce görülme imkanı bulunmamaktadır. Mahkemece tahkim ilk itirazının reddi ile davanın esasına girilip taraf delilleri toplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın usulden reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 22. HD, 26.09.2016 tarih ve 2016/27462 E. 2016/21049 K. bknz. sf:797

²² Gerek metodoloji, gerek taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği, işe iade davalarının özel hakeme götürülmesinin ancak iş sözleşmesinin feshinden sonra anlaşma - sözleşme ile mümkün olacağı sonucuna götürür. Aksi halde, işçinin iradesi dışında kendisinin yabancı olduğu bir yargılama sürecine zorlanması söz konusu olur. Yasanın amacı dışında bir sonuç doğar. Hükümün bu fıkrasının önceki düzenlemesindeki “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya ...” tümcesinin Anayasa Mahkemesi’nin 19.10.2005, 2003/66 esas, 2005/72 karar sayılı kararı ile iptal edilerek işçinin iradesine üstünlük tanınması yukarıdaki gerekçeyi doğrulamaktadır. Somut olayda, 13.01.2010 tarih ve “ibraname ve feragatname” başlıklı her iki tarafında imzasını içeren belgede, sözleşmenin feshi ve işe iade istemi ile dava açılması halinde söz konusu uyuşmazlığın halli bakımından özel hakeme gidilmesi konusunda tahkim sözleşmesi yaptıkları ve sözleşmenin tarihinin fesih ve davacıya tebliğ tarihinden sonra olduğu anlaşılmaktadır.

Fesihten sonra yapılan özel hakem sözleşmesi geçerlidir. Böyle olunca, özel hakem sözleşmesi uyarınca dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. Yargıtay 22.HD, 28.02.2012 Tarih ve 2012/12, 2012/14853. bknz. sf:800

kabul etmek zorunda kalacağı, yine işverene karşı zayıf durumda olmasından yararlanılacağı ve serbest iradesinin bulunmayacağı dikkate alınarak tahkim şartının geçerli olmadığı kabul edilmektedir.²³

Yargıtay uygulamasında, 4857 sayılı Kanunun 20. maddesi gereğince fesihden sonra tahkime gidilmesi durumunda, sözleşmesinin içeriğinin de sınırlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Yasanın tahkime izin vermesi feshe bağlı olduğuna göre tahkim sözleşmesinin içeriğinin de feshe bağlı haklarla sınırlı olacağı kabul edilmektedir.

Kuşkusuz bireysel iş uyuşmazlıkları için kabul edilen tahkime elverişsizlik hali, toplu iş uyuşmazlıkları için geçerli değildir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmeleri Kanununun 51. maddesi gereğince, tarafların Yüksek Hakem Kurulu'na başvuru hakları bulunmaktadır. Yine aynı Kanunun 52. maddesi gereğince, tarafların anlaşarak toplu hak veya çıkar uyuşmazlıklarının her safhasında özel hakeme başvurma hakları da bulunmaktadır. Taraflar özel hakeme başvurdıklarında ve toplu iş sözleşmesinde aksinin de kararlaştırılmamış olması durumunda HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır.

k. Tüketici Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Uygulamada tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların da²⁴ tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişsiz olarak kabul edilmesinde birkaç sebep birlikte ileri sürülmektedir. Bunları; Tüketici Kanunu ve Anayasa dahil mevzuatta yer alan tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin kamu düzeninden görülmesi, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 5. maddesinde yer alan tüketici şartının bulunması, Tüketici Mahkemeleri ve Tüketici Hakem Heyetleri'nin bulunması, HMK'nın 17.

²³ Ekonomik ve sosyal üstünlüğü olan davalı işveren ile işçi arasında düzenlenen 05.06.2006 tarihli iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokolün 6 ve aynı tarihli sulh ve imza sözleşmesinin 7. maddelerinde 4857 sayılı İş Kanununun 20. maddesine dayalı uyuşmazlık çıkması halinde uyuşmazlığı hakem yolu ile karar bağlanacağı şartına yer verilmiştir. Özellikle davacı tanıkları, işverenin hazırladığı bu belgeleri imzalama zorunluluğu getirdiğini, imzalanmadığı takdirde referans vermeyeceklerini ve aynı sektörde davacının iş bulamayacağını beyan etmişlerdir. Davalı tanıkları da, davalı işverenin davacı işçinin performansından memnun olmadığını, davacının bu durumu düzeltmediğini, tazminat verildiğinde davacı işçinin ayrılacağını kabul ettiğini belirtmişlerdir. Diğer taraftan iş sözleşmesinin anlaşma yolu ile feshi ve sonuçlarına ilişkin protokol ve aynı tarihli sulh ve ibra sözleşmelerinin fesih yanında, işçinin işçilik haklarının da ödenmesini içerdiği, bir bakıma bu hakların ödenmesinin tahkim şartını içeren bu sözleşmelerin imzalanmasına bağlanıldığı, davacının imzalamak zorunda bırakıldığı, davalı şirketin davacı işçi üzerinde, ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul ettirdiği anlaşılmaktadır. Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgulara göre sözleşmelerdeki tahkim şartının Borçlar Kanununun 20. maddesi uyarınca mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur. Taraflar arasında hukuken geçerli bir tahkim şartının varlığından söz edilemeyeceğinden, geçersiz tahkim şartına dayanılarak mahkemece görevsizlik kararı verilemez. Ayrıca, HUMK. m. 533/3 maddesi uyarınca, hakemler de yetkileri ve görevleri dahilinde olmayan bir uyuşmazlık hakkında karar veremeyeceklerdir. Yargıtay 9. HD, 09.12.2008 Tarih ve 2007/35895 E, 2008/11994 K, bknz. sf:209

²⁴ Yargıtay 13. HD, 25.06.2009 Tarih ve 2009/2833, 2009/8769 sayılı kararı bknz. sf:211.

maddesinde sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapabilecekleri hükmünün bulunması, TBK'nın 262. maddesinde yer alan taksitle satım sözleşmelerinin tarafı olan ve Türkiye'de ikamet eden alıcının yetki sözleşmesi ve tahkim sözleşmesi yapamayacağına ilişkin hükmün tüm tüketici uyuşmazlıklarına teşmil edilmesi ve genel olarak da tüketicinin satıcı ve sağlayıcılara göre zayıf konumda olması olarak sayabiliriz.

Tüketicinin taraf olduğu uyuşmazlıklar aslında tarafların iradelerine tabi uyuşmazlıklardandır. Bu niteliği itibarıyla tahkime elverişli olmakla birlikte, yukarıda değinilen çeşitli sebeplerle uygulamada tahkime elverişsiz olarak kabul edilmektedir. İş uyuşmazlıklarında kabul edilen, işçinin zayıf durumda olduğu ve bu sebeple korunması gereken üstün bir menfaatinin bulunduğu önkabulü burada da bulunmaktadır.

6502 sayılı Kanun ile tüketicinin taraf olduğu uyuşmazlıkların kapsamı artık çok genişletilmiş durumdadır. Bu Kanun öncesinde, asliye hukuk mahkemelerinin görevi tanımlanırken “diğer mahkemelerin görev alanlarına girmeyen uyuşmazlıklarda asliye hukuk mahkemeleri görevlidir” diye göreve ilişkin genel bir ifade kullanılırken, bu Kanundan sonra bu ifadenin bir anlamı kalmamıştır. 6502 sayılı Kanunun 2. maddesinde; “bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar” ifadesi bulunmaktadır. Bu Kanunla, tüketici mahkemelerinin görev alanı çok daha geniş bir alanı kapsar hale gelmiştir.

Kanunun 3. maddesinde; tüketici, ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek ve tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Yine aynı maddede tüketici işlemi ise; mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımlar da dikkate alındığında, tüketici tanımı ve işleminin alanı çok genişlemiş, eski kabul ve kalıpların bir anlamı kalmamıştır. Eskiden tüketici denilince aklımıza, tüm hükümlerini karşı tarafın düzenlediği abonelik sözleşmesi gibi tip bir sözleşmenin tarafı olan, sözleşmenin görünürde tarafı olan ancak hükümleri hakkında çok da bilgisi bulunmayan, bilgisi bulunsa dahi tartışma olanağı bulunmadığı hükümleri peşinen kabul etmek zorunda kalan, mal ve hizmet piyasalarında daha çok küçük miktarlı uyuşmazlıkların tarafı olan kişiler gelirdi. Yeni Kanunla tüketici uyuşmazlıklarının alanı çok genişlemekle kalmamış, kanun koyucu bu konudaki iradesini ortaya koyarken tüketici işleminin tanımını yapmakla yetinmemiş, uygulamada yorum yoluyla sınırlarının daraltılmasının önlenmesi için tüketici işleminin özellikle, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil

olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi kapsadığını açıkça hüküm altına almıştır. Yeni tüketici rejimi ile artık bir taşınmaz alım satımı da, bankada yüklü parası bulunan mevduat hesabı sahibi de, bir davada vekili ile arasında vekâletten kaynaklanan uyuşmazlık sahibi de tüketici konumuna getirilmiştir.

Yeni tüketici anlayışı sonrasında artık tüketicinin sözleşmenin zayıf tarafında olduğu ve bu amaçla korunması gereken üstün bir değer bulunduğuna önkabulünün de tartışılması gerekmektedir. Örneğin, İstanbul Beykoz'da bir inşaat firması tarafından yapılan denize nazır siteden bir villayı iki milyon dolara satın alan kişi yeni Kanuna göre tüketici ve bu işlem de tüketici işlemidir. Bu örnekteki kişinin zayıf olduğunu ve bu nedenle Kanunun tanıdığı konum dışında korunmaya muhtaç olduğunu söyleyebilir miyiz? Bu örnekleri çoğaltabiliriz, ancak bu örneklerin çokluğu klasik tanımı içinde kalan tüketici tanımı olgusunu da ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumda, herhangi bir önkabule dayanmadan değerlendirme yapılması en sağlıklı yol olarak önümüzde durmaktadır. Tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olup olmadıkları açısından da bu önkabulü bir tarafa bırakarak ortaya çıkan her uyuşmazlığa göre değerlendirme yapmak yerinde olacaktır.

Tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişsiz olarak görülmesinde ileri sürülen anayasanın 171. maddesi ve 6052 sayılı Kanunun 1. maddesi yönünden tüketici uyuşmazlıklarını değerlendirdiğimizde, bu hükümlerin varlığı ve yerine getirilmesi tüketici uyuşmazlıklarını acaba tarafların iradelerine tabi olmaktan çıkartıyor mu? Anayasa 172. maddesi gereğince devletin, tüketiciyi koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yine Kanunun 1. maddesinde Kanunun amacı, kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu tedbirleri almak olarak düzenlenmiştir. Bu hükümler gereğince devlet, gerekli tedbirleri alıp ve gerekli düzenlemeleri yaptığında, tüketici uyuşmazlıklarını tarafların iradelerine tabi olmaktan çıkarttığını söylemek çok zorlayıcı bir yorum olacaktır. Serbest piyasanın düzenlenmesi ve korunması gibi birçok alanda devlete yüklenen yükümlülükler bulunmaktadır. Serbest piyasada gerçekleşen ticari alım satımın düzenlenmesinde ve sağlıklı olarak yürütülmesinde de kamu yararı vardır, tarafların iradesine bakılmaz diyemeyeceğimiz gibi tüketici uyuşmazlıklarında da, bu yükümlülük, tarafların serbest iradelerini ortadan kaldırmamaktadır.

6052 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer alan haksız şartlar da tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olmadığına dayanak yapılmaktadır. Tüketici sözleşmelerine konulan tahkim şartını peşinen haksız şart olarak görmemiz mümkün değildir. Ancak sözleşmeye konulan tahkim şartının, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye konulması, tarafların sözleşmeden

doğan hak ve yükümlülüklerini dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olması halinde haksız şart niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Bunun değerlendirilmesi de ancak uyuşmazlık çıktığında mümkün olacaktır. Uyuşmazlık çıktığında ve tahkim şartının haksız şart niteliğinde olduğu anlaşılırsa kuşkusuz tahkime ilişkin bu hükmün geçersizliği söz konusu olacaktır (madde 5/2).

Uygulamada Tüketici Hakem Heyetleri ve tüketici mahkemelerinin bulunması da uyuşmazlığı tahkime elverişsiz kılan sebeplerden biri olarak sayılmaktadır. Belirli miktara kadar olan uyuşmazlıklarda Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru zorunluluğu nedeniyle tüketici uyuşmazlıklarındaki hakem heyetlerine başvurunun zorunlu tahkim olduğu da ileri sürülmektedir. Ancak, belirli bir miktar üzerindeki uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvuru zorunluluğu bulunmadığından Tüketici Hakem Heyetlerinin bulunması, tüketici uyuşmazlıklarının tümü açısından değerlendirdiğimizde, tahkime elverişsiz olduğunu söyleyemeyiz.

Yine tüketici mahkemelerinin bulunması ve Kanunun 73. maddesi gereğince bu davalara tüketici mahkemelerinde bakılacak olması da uyuşmazlığı tahkime elverişsiz kılmaz. Zira bu husus mahkemenin görevine ilişkindir. Bir tüketici uyuşmazlığı devlet mahkemelerinin önüne geldiğinde, diğer göreve ilişkin hükümlerde olduğu gibi, uyuşmazlığa hangi mahkemenin bakacağını göstermektedir.

Tüketici mevzuatında, tüketici uyuşmazlıklarının çözümü noktasında, Tüketici Hakem Heyetleri ve tüketici mahkemelerinin bulunması nedeni ile bu uyuşmazlıklara bakacak mercilerin sadece buraların olduğu düşüncesinin, bu uyuşmazlıklarda da zorunlu arabuluculuğun getirilmesi sonrasında yeniden değerlendirilmesi gerekir. Kanun koyucu, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde sadece Tüketici Hakem Heyetleri ve tüketici mahkemelerinin görevli bulunduğu düşüncesine katılmıyor olsa gerek ki, bu uyuşmazlıkların çözümünde alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak arabuluculuğu getirmiştir.

22.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanunun 59 maddesi ile TKHK'a 73/A maddesi olarak eklenen madde ile tüketici uyuşmazlıkları da zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Bu madde hükmü gereğince, bir kısım tüketici uyuşmazlıklarında tüketici mahkemelerinde dava açılmadan arabulucuya başvuru yapılmış olması zorunludur ve bu başvuru yapılmış olması dava şartıdır. 6325 sayılı Kanunun 1. maddesinde Kanunun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacağı belirtilmiş olması ve tüketici uyuşmazlıklarını da arabuluculuk kapsamına alması karşısında artık kanun koyucu açısından

tüketici uyuşmazlıklarının kişilerin serbest iradelerine tabi olmadığı düşüncesi kuşkulu hale gelmiştir.²⁵ Bu tespit karşısında da, kişilerin serbest iradelerine tabi bir uyuşmazlık türü olarak tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişli olduğunu söyleyebiliriz.

Yargıtay uygulamasında dayanak olmamakla birlikte öğretide dile getirilen bir diğer engel ise, HKM'nın 17. maddesindeki yetki sözleşmesidir. Bu görüşe katılmak da mümkün değildir. Bu madde tamamen mahkemelerin yetkisine ilişkindir. Kanun koyucunun, bu yetki sözleşmesini kimlerin yapabileceğine izin verdiğine ilişkin bir düzenlemedir. Tahkim veya diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Aksini düşündüğümüzde, sadece tacirler ve kamu tüzel kişilerinin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurabileceği sonucu çıkar ki, bunu kabul etmek mümkün değildir. Zira birçok uyuşmazlıkla ilgili arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulabileceğine ilişkin yasal düzenleme bulunmaktadır.

Yine Yargıtay uygulaması dışında öğretide tüketici uyuşmazlıklarının tahkime elverişsiz olduğuna dayanak olarak gösterilen sebeplerden birisi de TBK'nın 263. maddesidir. Aynı Kanunun 262. maddesi gereğince, yerleşim yeri Türkiye olan taksitli satım sözleşmelerinde tahkim sözleşmesi yapılamaz. Bu madde de yer alan tahkime elverişsizlik durumunun, bu mahiyette olan uyuşmazlıklara da uygulanacağı hükmünün geniş yorumlanması mümkün değildir. Zira 262. maddede açıkça, yerleşim yeri Türkiye'de olan alıcı ifadesi ile, bunun bir taksitli satım sözleşmesi olduğu ve taraflardan birisi olan alıcının yerleşiminin Türkiye olduğunu kabul etmektedir.

Netice itibari ile tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarının peşinen tahkime elverişli olmadığını kabul etmek pek de isabetli görünmemektedir. Her uyuşmazlığa göre bu çekincelerin değerlendirilmesi ve değerlendirme yapacak ilgili mercii tarafından karar verilmesi gerekir. Örneğin, tüketici sözleşmesine konan tahkim şartının haksız şart olduğu iddia edildiğinde, bunun yerine göre hakem heyeti tarafından açılan davada, tahkim itirazında bulunulduğunda veya açılmış iptal davası sırasında değerlendirilmesi ve haksız şart bulunduğunun anlaşılması durumunda, tahkim şartının haksız şart vasfında olması nedeniyle bulunduğu aşamaya göre gerekli kararın verilmesi mümkündür.

²⁵ Kurtulan, Gökçe; Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Tahkime Elverişliliği, TBB Dergisi 2017(131), s. 253.

1. Kira Hukuku Alanındaki Uyuşmazlıklar

Taşınmazların kiralanmasından doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği konusunda bütüncül bir uygulama söz konusu olmayıp, bir kısım uyuşmazlıklar tahkime elverişli görülmezken diğer bir kısım uyuşmazlık tahkime elverişli görülmektedir. Yargıtay uygulamasında, taşınmazların kira bedelinin tespitine ilişkin uyuşmazlıklar ile kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı kabul edilmektedir.²⁶ Bu uyuşmazlıklarda tahkime elverişsizliğin gerekçesi olarak, kamu düzenine aykırı olması ve bu uyuşmazlıkların tarafların iradelerine tabi olmaması gösterilmiştir.

Bu düşünceye göre kira bedelinin belirlenmesi ve kiralananın tahliyesi kamu düzenine ilişkindir. Kira ilişkilerinde ve özellikle konutların kiralanmasına ilişkin kira sözleşmelerinde tarafların eşitliği söz konusu değildir. Sözleşmede kiracı zayıf konumdadır ve bu konumu nedeniyle sözleşme hükümlerini karşı tarafın arzusu doğrultusunda kabul etmek zorunda kalabilir. Ayrıca kira bedelinin ne miktarda olacağı yalnızca tarafların arzusuna tabi olmayıp, mahkeme tarafından resen dikkate alınacak birtakım kıstaslara göre belirlenmektedir.

Buna karşın birtakım kira hukukuna ilişkin uyuşmazlığın ise tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay uygulamasında da, kira alacağının tahsiline ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğu kabul edilmektedir.²⁷ Bu uyuşmazlıkta Yargıtay artık kiracının zayıf konumundan yararlanılacağını düşünmemektedir. Yine taşınmazların kira bedelinin belirlenmesinde ve tahliyesinde bulunan ölçü ve sınırların bu uyuşmazlıkta bulunmamasının da bu düşüncede etkili olduğu görülmektedir. Tacirler arasındaki kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da tahkime elverişsiz olduğuna ilişkin Yargıtay kararlarına rastlamamaktayız. Bunda da tarafların eşit konumda olması nedeniyle bir tarafın zayıflığına dayanan üstün yararın dikkate alınmaması ve özellikle tacirlerin basiretli davranma yükümlülüğünün bulunmasının etkili olduğunu söyleyebiliriz.

Taşınmazların kiralanmasına ilişkin sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar, taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıklar olmayıp, tamamen sözleşme ilişkisinden kaynaklanan ve bu hali ile şahsi hakka dayanan uyuşmazlıklardır. Bu nedenle taşınmazların aynından doğan uyuşmazlıklarla karıştırılmaması gerekir. Taşınmazların kiralanmasına dair sözleşmeler de genel sözleşme serbestisi ilkesi içinde düzenlenen ve tamamen tarafların serbest iradelerine tabi olan sözleşmelerdir. Bu açıdan tahkime elverişliliği konusunda bir tereddüt yaşanmaması

²⁶ Yargıtay 3. HD, 02.12.2004 tarih ve 2004/13018, 2004/13409 bknz. sf:210

²⁷ Yargıtay 6. HD, 30.01.2013 tarih ve 2012/9581, 2013/1334 . bknz. sf:294

gerekir. Yine iş hukuku, tüketici hukuku uyuşmazlıkları gibi birtakım uyuşmazlıklarda olduğu gibi taraflardan birisinin zayıf konumda bulunduğu ve bu nedenle korunması gerektiği düşüncesine dayanan önkabulün burada da uygulanmasının doğru olmadığı kanaatindeyim.

m. İtirazın İptali ve Menfi Tespit Davaları

Taraflar arasında mevcut bir tahkim sözleşmesinden kaynaklanan talebin ilamsız icra takibine konu olup olamayacağı, cebri icraya konu olacak ise itirazın giderilmesi için itirazın kaldırılması ve itirazın iptali davalarının hakemde açılıp açılmayacağı, bu davalar hakemde açılacak ise icra inkâr tazminatı ve kötünîyet tazminatlarına hakemlerin karar verip veremeyecekleri, yine bu taleplerle ilgili olarak menfi tespit ve istirdat davalarının hakemde açılıp açılmayacağı konularında farklı görüşler bulunmaktadır.²⁸

Bir uyuşmazlıkla ilgili olarak tahkim sözleşmesi yapılmakla, bu uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde dava açılmayacağı gibi aynı mahiyette olan icra dairelerinde de ilamsız icra takibinde bulunulamayacağı ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. İcra takibinde bulunmakla icra dairesinin uyuşmazlık hakkında bir karar vermesi söz konusu değildir. Uyuşmazlık değerlendirilmemekte, taraflardan birisinin haklı veya haksızlığına karar verilmemektedir. Uyuşmazlık, ancak itirazın iptali davası açılması halinde değerlendirilecektir. Bu bakımdan icra dairelerinin mahkemeler ile aynı kapsamda tutulması mümkün değildir.

İlamlı icranın cebri icra niteliği de tahkime konu bir uyuşmazlığın tahsiline engel değildir. İlamsız takibe itiraz edilmediğinde icra dairesinin cebri tahsil niteliği devreye girdiğinden ve borçlunun itirazı buna engel olduğundan borçlunun tahkim sözleşmesiyle kurulan iradesinin ortadan kaldırılması da söz konusu olmayacaktır. Ayrıca şu hususu da dikkate almak gerekir. Tahkim, iki tarafın iradesine tabi bir sözleşmedir. Tahkime konu uyuşmazlık hakkında dava açılması durumunda, davalı isterse süresinde tahkim itirazında bulunmayarak uyuşmazlığın mahkemede görülmesini sağlayabilir. İtiraz etmemesi durumunda yeni bir sözleşme ilişkisinin ortaya çıktığını söyleyebiliriz. İlamlı icra takibinde de itiraz edilmesi ile takip duracak ve tarafların tahkim iradesine göre uyuşmazlık kararlaştırılan yerde çözülecektir. Bu bakımdan taraflar arasında bulunan tahkim sözleşmesine konu bir alacağın (veya ilamsız takibe konu olabilecek herhangi bir talebin) ilamlı icraya konu yapılmasına bir engel bulunmamaktadır.

²⁸ Yılmaz, Ejder; Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 531-554.

İİK'nın 67. maddesi gereğince, alacağının tahsili için ilamsız icra takibinde bulunan ve takibine itiraz edilen alacaklı, itirazın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde genel mahkemeye başvurarak genel hükümler dairesinde alacağının varlığını iddia ve ispat edebilir. Burada tarafların takip talebindeki itiraz ve defileri ile bağlı olmadan ilgili tüm delilleri ile alacaklı olduklarını ispat etmeleri mümkündür. İtirazın iptali davasında verilen karar da taraflar açısından kesin hüküm oluşturur. İtirazın iptali davasında, bir eda davası gibi tahsil hükmü kurulmasa da gerek ispat gerek uyuşmazlığı kesin olarak çözüme kavuşturması ve kesin hüküm olması yönünden bir eda davasından farkı bulunmamaktadır.

Tahkim sözleşmesine konu bir uyuşmazlıktan kaynaklanan bir alacakla ilgili taraflardan birisi, bir alacak davası açmak yerine ilamsız icra takibinde bulunmakta ve itiraz üzerine itirazın iptali davası açmaktadır. Burada alacağın doğrudan tahsili için dava açmakla, önce ilamsız icra takipte bulunup itiraz edilmesi halinde itirazın iptali davası açılması arasında bir fark bulunmamaktadır. İtirazın iptali davasının sıradan bir alacak davasından farkı, itirazdan itibaren bir yıl içinde açılması ve dava sonunda kurulacak hükmün bir tahsil hükmünden ziyade itirazın haksızlığının tespit edilerek iptali mahiyetinde olmasıdır.

İtirazın iptali davasına ilişkin bu açıklamalar da dikkate alındığında, bu davanın tahkimde görülmesine hiçbir engel bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesine konu bir uyuşmazlıkla ilgili olarak ilamsız icra takibinde bulunulduğunda ve takibe süresinde itiraz edildiğinde alacaklının tahkimde dava açması mümkün olduğu gibi mahkemede dava açılması halinde tahkim ilk itirazında bulunulması da mümkündür. Bu durumda mahkemece bu itiraz dikkate alınarak davanın usulden reddine karar verilmesi gerekecektir.

İlamsız icra takibine itiraz üzerine alacaklının başvuracağı diğer bir yol olan itirazın kaldırılmasında ise farklı bir durum söz konusudur. Elinde İİK'nın 68. maddesinde belirtilen nitelikte belgeler bulunan alacaklı, genel mahkemede itirazın iptali davası açmak yerine, itirazın kendisine tebliğinden itibaren altı ay içerisinde icra hâkimine başvurarak itirazın kaldırılmasını isteyebilir. İtirazın kaldırılması bir dava olmadığı gibi, icra hâkiminin verdiği kabul ve red kararı da taraflar açısından kesin hüküm oluşturmamaktadır. İtiraza uğrayan takip konusu uyuşmazlık hakkında kesin bir karar verilmekten ziyade, durmuş olan cebri icranın ilerlemesini sağlayan, cebri icra içinde değerlendirilebilecek, icra hukukuna özgü bir merciidir. İcra hâkimliğinin bu statüsü ile verilen kararın niteliği dikkate alındığında, tahkimden çok farklı bir yerde bulunduğu görülecektir. Tahkimde hakemin icra hukukuna ilişkin böyle bir karar vermesi mümkün olmadığından itirazın kaldırılması talebinin tahkimde görülmesi de mümkün değildir.

Tahkim sözleşmesine konu bir uyuşmazlık hakkında başlatılan ilamsız icra takibine yapılan itiraz üzerine, alacaklının icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını istemesi ve karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunması durumunda, icra hâkiminin tahkim ilk itirazını kabul ederek itirazın kaldırılması talebinin usulden reddine karar vermesi gerekir.

İtirazın iptali davasında, belirli koşulların bulunması halinde, icra inkâr tazminatı ve kötü niyet tazminatına hükmedilebilmektedir. İİK'nın 67/2. maddesi gereğince, itirazın iptali davasında borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, ret veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminatla mahkûm edilir.

İtirazın iptali davasının tahkimde görülmesi halinde hakemlerin bu tazminatlara hükmedin hükmedemeyeceği de tartışma konusudur. Bu tazminatların niteliğine bakıldığında, bir cezadan öte, belirli koşulların bulunması halinde hükmolunan tazminat niteliğindedir. Ceza niteliğinde olmadığı ve itirazın haklılık durumunun tespiti ile sınırlı olduğu dikkate alındığında, kamu düzenine ilişkin bir tarafının bulunmadığının kabulü gerekir. Bu durumda tahkim yargılamasının sonucunda, hakemlerce icra inkâr tazminatı veya kötü niyet tazminatına hükmedilmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Yargıtay uygulamasında bu konuda daireler arasında görüş farklılıkları bulunmakla birlikte, kamu düzenine aykırı olmadığının vurgulandığı kararlar da bulunmaktadır.²⁹ Bu dava tahkimde görülüyor ise, tahkimdeki hakemin de bu tazminatlara hükmedebilmesi gerekir.

Borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığının tespitine ilişkin olarak menfi tespit davası açabilir (İİK m. 72). Menfi tespit davasına konu uyuşmazlığın tahkime elverişli olması kaydıyla, bu davanın tahkimde görülmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Olumlu bir durumun hakemler tarafından tespiti ile olumsuz bir durumun tespiti arasında da bir fark bulunmamaktadır. İİK'nın 72. maddesi gereğince açılan menfi tespit davasında takibin durdurulmasına da karar verilebilmektedir. Hakemler tarafından cebri icra organına yönelik olarak takibin durdurulması yönünde karar verilemeyeceği ileri sürülerek,

²⁹ HMK'nın 439 maddesinde hakem kararının iptali sebepleri tahdidi olarak sayılmış olup, hakem kararının içeriğinin tartışılmaması gerektiğinin düzenlendiği, tarafların iddia ve savunmaları ile kararın gerekçesinin hakem kararında açıkça belirtildiği, davacı tarafça hakem kararının icra inkar tazminatı ile ilgili talebin reddine ilişkin 3 no'lu bölümünün kamu düzenine aykırı olduğu iddia edilmekte ise de, İİK'nın 68. m. yer alan belli koşulların gerçekleşmesi halinde icra inkar tazminatı verilebileceği öngörülmüş olup, istemin reddine karar verilmesinin kamu düzeni ile ilgisi bulunmadığı ve davacının ileri sürdüğü sebeplerin HMK'nın 439. maddesinde sayılan şartlardan olmadığı gerekçesiyle, talebin reddine karar verilmiştir. Y.11. HD, 06.04.2016, 2015/9193, 2016/3733 bknz. sf:214.

İİK'nın 72. maddesi gereğince açılan menfi tespit davasının tahkime elverişli olmadığı ileri sürülmektedir.³⁰ Bu konuda ileri sürülen gerekçeye katılmak mümkün değildir. Zira, tahkim yargılaması sonrasında verilen kararın bir ilam olarak icrası yine icra dairesinde yapılmaktadır. Yine HMK'nın 414. maddesi gereğince tahkimde ihtiyati tedbir kararı verilebilmektedir. Mahkeme tarafından verilmiş olan ihtiyati tedbirin tahkimde hakemler tarafından değiştirilmesi ve kaldırılması da mümkündür.

Netice itibari ile, taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinin tahkime elverişli olması şartıyla, menfi tespit davasının da tahkimde görülmesi mümkündür. Yargıtay uygulamasında da bu yönde kararlara rastlamaktayız.³¹ Yukarıda itirazın iptali davasında anlatılan gerekçe ile menfi tespit davasında takibin durdurulması nedeniyle hükmedilecek tazminatın (İİK m. 72/5) yine hakemler tarafından hükmedilmesi mümkündür. Yine borçlu olunmayan bir paranın ödenmesi nedeniyle açılan istirdat davasının da tahkimde görülmesine bir engel bulunmamaktadır.

³⁰ Pekcanitez/Yeşilırmak; Pekcanitez Usul, s. 2673.

³¹ Yargıtay 15. HD, 20.12.2012 Tarih, 2012/4979 E, 2012/7980 K. bknz. sf:215

HAKEM KARARLARINA KARŞI AÇILAN İPTAL DAVALARI***Tülin KURTOĞLU******Sunum Planı:**

- İptal davası (tanımı)
- İptal davası açılmazsa...
- İptal davasında görevli ve yetkili mahkeme
- İptal davasının açılması, inceleme usulü ve uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti
- İptal davası açılmasının sonuçları
- İptal davasında yapılacak incelemenin kapsamı ve sınırları
- İptal sebepleri
- İptal davasında verilecek kararlar ve sonuçları

İptal Davası (HMK m. 439, MTK m.15)

Tahkim yargılaması sonunda, hakem ya da hakemlerce verilen karardan memnun olmayan tarafın başvuracağı hukuki yol, iptal davasıdır. Dava, talebi gibi sonuçlanmayan davacı ya da aleyhine karar verilen davalı, hakem kararının kısmen ya da tamamen iptali için Devlet mahkemesinde bir dava açabilir ki bu dava “hakem kararına karşı açılan iptal davası” olarak adlandırılır.

Hakem kararlarına karşı iptal davaları, ilk olarak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile birlikte kabul edilmiştir.

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda hakem kararlarına karşı iptal davası değil, temyiz yolu öngörülmüştü.

1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) ise milli tahkime ilişkin hükümler düzenlenirken, MTK’dan esinlenilerek, hakem kararlarına karşı (doğrudan) temyiz değil, iptal davası açma yoluna gidilebileceği kabul edilmiştir.

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 3 Haziran 2022 tarihinde İTOTAM iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar VI” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi Başkanı

İptal Davası Açılmazsa;

HMK'ya tabi hakem kararları yönünden; karar doğrudan icra edilebilir. (HMK m. 439/4)

MTK'ya tabi hakem kararları yönünden; kararın icra edilebilmesi için, mahkemeden bu yönde bir belge alınması gereklidir (icra edilebilirlik belgesi).

Mahkemece yapılacak incelemede, uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olduğu ve kararın kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna varılırsa, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge verilir. (MTK/B/son cümle) Bu belgenin (icra edilebilirlik belgesi) alınmasından sonra kararın icrası mümkündür.

İptal Davasında Görevli Mahkeme

15.3.2018 tarihinde kabul edilen 7101 sayılı Kanun ile, hakem kararlarına karşı iptal davalarının, bölge adliye mahkemelerinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla açılacağı hükme bağlanmıştır. Bu konuda HMK ve MTK da gerekli değişiklikler de yapılmıştır.

19/04/2018 tarihli 2016/2 Esas, 2018/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı:

Milli tahkim kararları yönünden; HMK'nın yürürlüğe girdiği 01/10/2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartı) nedeniyle tahkime gidilmesi halinde, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra verilecek hakem kararlarına karşı, 19/04/2018 tarihli 2016/2 Esas, 2018/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince (mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yoluna değil) HMK hükümlerine göre iptal davası açılması yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.9.2018 tarihli, 2018/11-87 esas, 2018/1365 karar sayılı kararı ile, 7101 sayılı Kanun'da göreve ilişkin yapılan değişikliklerin, geçmişe etkili olarak eldeki davalarda da uygulanacağı kabul edilmiştir.

19/04/2018 tarihli 2016/2 Esas, 2018/4 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Uygulanmasına İlişkin Karar Örneği:

“...Az yukarıda da değinildiği üzere; 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4 karar sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı gereğince, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında verilen hakem kararlarına karşı da (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil) ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca

iptal davası açılması yoluna başvurulabilecektir. O halde iş bu davada da, taraflar arasındaki tahkim şartını içeren avukatlık sözleşmesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce imzalanmış olmasına rağmen, uyuşmazlık hakkında, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yolu hükümleri değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davasına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

Sonuç Olarak;

7101 sayılı Yasa ve 19.4.2018 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı gereğince, artık tereddütsüz bir şekilde tahkim yargılaması sonunda verilen hakem kararlarına karşı iptal davaları, bölge adliye mahkemelerinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla açılıp görülmekte ve bu sıfatla karar verilmektedir.

İptal Davasında Yetkili Bölge Adliye Mahkemesi

İptal davası, HMK'ya göre, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır. (m. 439).

Tahkim yeri belirlenmemiş ise davanın nerede açılacağı konusunda maddede açıklık bulunmamaktadır.

HMK'nın 410: “Tahkimde görevli ve yetkili mahkeme”: “Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir.”

Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkemenin düzenlendiği HMK'nın 410. maddesinin 2. fıkrasından yola çıkarak; “tahkim yeri belirlenmemişse, yetkili bölge adliye mahkemesinin, davalının yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyerinin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesidir.” denilmesi mümkündür.

MTK'da ise, yetkili bölge adliye mahkemesi konusunda, “tahkim yeri” şeklinde bir ifade bulunmamaktadır. MTK'nın 15/A/2. cümlesinde: “İptal davası, 3'üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır.” hükmü bulunmaktadır.

MTK'nın 3. maddesi ise; "Bu Kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi, davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir." şeklinde düzenlenmiştir.

Sonuç Olarak;

- HMK m. 439. ve 410. maddesi ve MTK'nın 15/A/2. maddesi gereğince;
- HMK'ya tabi hakem kararlarında yetkili bölge adliye mahkemesi;
- Tahkim yeri belirlenmişse; tahkim yeri bölge adliye mahkemesi,
- Tahkim yeri belirlenmemişse; davalının yerleşim yeri (ya da yerleşim yerinin bağlı olduğu) bölge adliye mahkemesidir.
- MTK'ya tabi hakem kararlarında yetkili bölge adliye mahkemesi;
- Davalının yerleşim yeri (ya da yerleşim yerinin bağlı olduğu) bölge adliye mahkemesidir. (Tahkim yerinin belirlenip belirlenmediğine bakılmaksızın)

İptal Davasının Açılması ve İncelenmesi

Maktu harç yatırılarak dava açılır.

İnceleme, çoğunlukla dosya üzerinden yapılır (HMK. m. 439/5). Ancak incelemenin duruşmalı olarak yapılmasına karar verilmesi de mümkündür.

Duruşma açılırsa, basit yargılama usulü uygulanır (HMK. m. 316/1/f). Dilekçeler aşaması dava ve cevap dilekçesinden oluşur. Cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri verilmez. Sözlü yargılama da yapılmaz.

İnceleme, ister duruşmalı, ister dosya üzerinden yapılsın, davalar öncelikle ve ivedilikle incelenerek sonuçlandırılır.

Davanın incelenmesi aşamasında öncelikle uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti gereklidir. Hakem kararlarına karşı açılacak iptal davası ile ilgili hükümler MTK ve HMK'da düzenlenmiştir. Hangi kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği her somut olaya göre tespit edilmelidir.

Milli hakem kararları yönünden HMK'nın, milletlerarası nitelik taşıyan hakem kararları yönünden ise MTK'nın uygulanması gereklidir. Milli ya da milletlerarası nitelik taşıyan hakem kararı ayırımının da yine HMK ve MTK'nın öngördüğü kriterlere göre yapılması gereklidir.

Buna göre; 4686 sayılı MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği hakem kararları milli hakem kararlarıdır. Bu kararlara karşı açılan iptal davalarında HMK hükümleri uygulanmalıdır.

Buna karşılık MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda MTK uygulanmalıdır.

Tahkim Yerinin Türkiye Olduğu, Yabancılık Unsuru İçermeyen Hakem Kararının İptaline İlişkin Davada HMK Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğine İlişkin Karar Örneği:

“.....01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK), tahkime ilişkin hükümleri 407. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. HMK'nın 407. maddesinde, 21.6.2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında, HMK'da düzenlenen tahkime ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dava konusu hakem kararlarında da tahkim yeri Türkiye olup, yabancılık unsuru içermediğinden, uyuşmazlığın 6100 sayılı HMK'da düzenlenen tahkim hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır. 28.2.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile değişik HMK'nın 439/1. fıkrası gereğince, Dairemizce ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakılmış olup, basit yargılama usulü hükümleri uygulanmıştır. Bilindiği üzere, 6100 sayılı HMK ile tahkim yargılamasına getirilen en önemli değişikliklerden biri, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak hakem kararlarına karşı (doğrudan) temyiz yolu yerine iptal davası açılması usulünün kabul edilmiş olmasıdır. Kanun'un yürürlüğünden sonra verilecek olan hakem kararlarına karşı artık sadece iptal davası açılması yoluna gidilebilecektir (HMK m. 439/1). İptal davası sonunda verilecek olan kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün ise de, temyiz aşamasında da inceleme, iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartını içeren sözleşme) nedeniyle tahkime gidilmesi halinde bu durumda verilecek hakem kararlarına karşı mülga HUMK hükümlerine göre temyiz yoluna mı yoksa 6100 sayılı HMK hükümlerine göre iptal davası açılması yoluna mı başvurulacağı konusunda uygulamada meydana gelen farklı görüş ve kararlar nedeniyle içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş olup, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4

karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında ve anılan tarihten sonra verilen hakem kararlarına karşı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açılması yoluna başvurulabileceği" açıkça belirtilmiştir." Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

Tahkim Yerinin Türkiye Olduğu, Yabancılık Unsuru İçeren Hakem Kararının İptaline İlişkin Davada MTK Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğine İlişkin Karar Örneği:

".....4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) 21.6.2001 tarihinde kabul edilmiş olup, 5.7.2001 tarihinde de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Tahkim usulüne uygulanacak kuralları düzenleyen söz konusu Kanun'un, "amaç ve kapsam" başlıklı 1. maddesi gereğince, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya anılan kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda, MTK'nın uygulanması zorunludur. Bu nedenle 5.7.2001 tarihinden itibaren yasa kapsamına giren uyuşmazlıklarda MTK uygulanacaktır. ("Yabancılık Unsuru Kavramı ve ICC Tahkimi" Prof. Dr. Ziya Akıncı, 6.4.2004 Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 6.4.2004 sh.39.) O halde tahkim şartını içeren ve MTK'nun yürürlüğe girdiği tarihten sonra imzalanmış olan 8.10.2015 tarihli sözleşmede, taraflar arasındaki her türlü ihtilafınTahkim Tüzüğü kapsamında çözüleceğinin kararlaştırılmış olması, yine söz konusu Tüzüğünmaddesinde de 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine atıf yapılmış olması nedeniyle, uyuşmazlığın söz konusu kanun kapsamında bulunduğu açıktır. (Bkz. 15. Hukuk Dairesi, 2002/4900 E. 2002/5118 K, 13.11.2002 T.; 15. Hukuk Dairesi 2002/4007 E. 2003/876 K. 25.2.2003 T. ; 15. HD. 2002/2760 E. 2002/4528 K. 10.10.2002 T.)" Ankara Bölge Adliye Mahkemesinin 2018/2 esas, 2019/1 karar sayılı 17.9.2019 tarihli kararı, Yargıtay 13. HD'nin 2019/3336 esas, 2019/11000 karar sayılı 07/11/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

Hakem Kararının Tenfizinin Gerekip Gerekemediği Hususu (Hakem Kararının, Yabancı Hakem Kararı Olup Olmadığının Tespiti)

- Milletlerarası nitelik taşıyan hakem kararı ile yabancı hakem kararı farklı kavramlardır.

- İptal davasına konu olan hakem kararının, tenfizi gerektiren yabancı bir hakem kararı olmaması gerekir.
- Tahkim yerinin Türkiye olmadığı, yabancı bir devlet otoritesi altında verilen hakem kararları, yabancı hakem kararları olup, yabancı hakem kararları nedeniyle Türkiye’de iptal davası açılamaz.
- Yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icra edilebilmesi için tenfizi gereklidir. Tenfize ilişkin hükümler MÖHUK ve New York Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Tenfiz prosedürü ve uygulanacak hükümler, iptal davalarından farklıdır.

İptal Davası Açma Süresi

HMK’ya tabi hakem kararları yönünden hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren 1 aydır.

MTK’ya tabi hakem kararlarında ise dava açma süresi hakem kararının taraflara tebliğ edildiği tarihten itibaren 30 gündür.

HMK’nın 436. maddesinde hakem kararında bulunması gereken hususlar belirtilmiş olup, bunlardan biri de başvurulması gereken kanun yolu ve süresidir. Hakem kararında başvurulması gereken kanun yolu ve süresi belirtilmemiş ise Anayasanın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesi gereğince davanın süresinde açıldığının kabulü gereklidir.

Uygulamada, süresinde iptal davası açmadığı hâlde, kendisine karşı iptal davası açılan davalının, davaya cevap dilekçesi ile, “hakem kararına katılma yolu ile iptal ya da istinaf başvurusunda bulunduğuna” dair taleplerle karşılaşılmaktadır. Oysa ki kanunda, süresinde iptal davası açmayan tarafın, katılma yolu ile iptal başvurusunda bulunabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Yine, hakem kararının iptali davası, bölge adliye mahkemesinde, istinaf kanun yolu olarak değil, ilk derece mahkemesi sıfatıyla açılıp görüldüğünden, bu davalarda “katılma yolu ile istinaf” hükümlerinin düzenlendiği HMK’nın 348. maddesinin uygulanması da mümkün değildir.

Hakem kararının iptali davaları, bölge adliye mahkemelerinde, tıpkı ilk derece mahkemelerinde açılan davalar gibi (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) açılıp görüldüğünden, istinaf kanun yoluna ilişkin hükümlerin bu davalarda uygulanması imkânı bulunmamaktadır.

Hakem Kararına Karşı Katılma Yoluyla İptal Başvurusunda Bulunulamayacağına İlişkin Karar Örneği:

“...Her ne kadar davalı iş bu davaya verdiği cevap dilekçesinde, hakem kararının "..... alacağının karşı taraftan alınarak tahkime başvuran tarafa verilmesine" dair bölümünün hatalı olduğunu, HMK'nın 348. maddesi kapsamında, tahkim kararına katılma yoluyla itiraz ettiğini ve yine katılma yoluyla istinaf başvurusunda bulunduğunu belirterek, davacının iptal başvurusunun reddi ile hakem kararının, ".....TL'nin tahsiline" ilişkin kısmının kaldırılmasını istemiş ise de, HMK'nın 439/4. maddesinde, taraflardan her birinin hakem kararının (veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının) kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir ay içinde iptal davası açabileceği açıkça düzenlenmiştir. HMK'nın iç tahkime ilişkin hükümlerinin bulunduğu 407. ve devamı maddelerinde, hakem karara karşı katılma yoluyla iptal başvurusunda bulunulabileceğine dair bir hüküm mevcut olmadığı gibi, Dairemizce ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan iş bu davada, (katılma yoluyla istinaf başvurusunun düzenlendiği) HMK'nın 348. maddesinin uygulanması da mümkün değildir. Dolayısıyla davalının cevap dilekçesindeki talebi de yerinde görülmemiştir.” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 15/5/2019 tarihli, E. 2018/1, K. 2019/2 sayılı kararı. (Yargıtay (kapatılan) 13. HD'nin 19/9/2019 tarihli, E.2019/4214, K.2019/8518 sayılı ilamı ile onanmıştır.)

İptal Davası Açılmasının Sonuçları

HMK kapsamındaki hakem kararları Türkiye’de verildikleri anda icra edilebilir. Bu kararlara karşı iptal davası açılması da kararın icrasını durdurmaz (HMK m. 439/4). Ancak hüküm altına alınan miktarı karşılayacak oranda teminat gösterilmek şartı ile talep halinde hükmün icrası durdurulabilir (HMK m. 439/4/son cümle).

MTK kapsamındaki hakem kararları yönünden ise; durum farklı olup, iptal davasının açılması kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur (MTK/A/2).

MTK’ya tabi hakem kararlarının icrası için mahkemeden hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge alınması gereklidir. Bu nedenle kararın icrası için iptal davasının reddine karar verilmesi de yeterli olmayıp ayrıca kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belge de alınması gereklidir (MTK m. 15/B/2).

İptal Davasında Yapılacak İncelemenin Kapsamı

Hakem kararının iptali davasında, incelemenin kapsamı iptal nedenleriyle sınırlıdır. Uyuşmazlığın esasına ilişkin konular inceleme kapsamı dışındadır. Başka bir ifade ile hakem ya da hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı iptal davasında incelenemez.

İptal Sebepleri (HMK m. 439)

- a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması,
- b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde sözleşmede belirlenen veya Kanun'da öngörülen usule uyulmaması
- c) Kararın tahkim süresi içinde verilmemesi,
- ç) Hakem veya hakem kurulunun hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi,
- d) Hakem veya hakem kurulunun tahkim sözleşmesi dışında kalan bir konuda karar vermesi veya talebin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması,
- e) Tahkim yargılamasının usûl açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması hâlinde bu Kanun hükümlerine (HMK ya da MTK) uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması,
- f) Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkına riayet edilmemesi,
- g) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması,
- ğ) Kararın kamu düzenine aykırı olması,

İptal Sebepleri Konusunda HMK ve MTK'nın Karşılaştırılması

Hakem kararlarının iptal sebepleri, HMK'nın 439., MTK'nın ise 15. maddesinde sınırlı olarak belirtilmiş olup, her iki Kanun'da da iptal sebeplerinin hemen hemen aynı olduğu görülmektedir.

Ne var ki, MTK'da iki bölüm hâlinde sayılan iptal sebeplerinden, birinci bölümdeki iptal sebeplerinin, “başvuruyu yapan taraf ...ispat ederse” şeklindeki ifade ile ancak davacının ispat etmesi durumunda dikkate alınacağı belirtilmiş iken, ikinci bölümdeki iptal sebeplerinin ise “mahkemece...tespit edilirse” şeklindeki açıklama ile, mahkeme tarafından resen

(kendiliğinden) dikkate alınacağı belirtilmiştir.

İkinci bölümde sayılan iptal sebepleri, “Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” ve “kararın kamu düzenine aykırı olması”dır.

O halde gerek söz konusu maddenin birinci bölümünde sayılan iptal nedenlerinin ispat edilmesi durumunda, gerekse aynı maddenin ikinci bölümünde belirtilen hususların, (hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı ya da kararın kamu düzenine aykırı olduğunun) mahkemece, gerek taraflarca ileri sürülmesi üzerine gerekse resen yapılan incelemede tespiti hâlinde hakem kararının iptaline karar verilebilecektir.

HMK’nın 439. maddesinde ise, MTK’nın 15. maddesinde olduğu gibi bir ayırım yapılmadan iptal nedenleri sayılmış ve bu nedenlerin tespiti hâlinde, hakem kararlarının iptal edilebileceği belirtilmiştir.

Her ne kadar HMK’da, iptal nedenleri sayılırken MTK’da olduğu gibi bir ayırım yapılmamışsa da, HMK’nın uygulanacağı hakem kararları yönünden de, tıpkı MTK’da açıkça hükme bağlandığı gibi “uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması” ve “kararın kamu düzenine aykırı olması” nedenlerinin, taraflarca ileri sürülmesine dahi, mahkemece resen (kendiliğinden) dikkate alınacağı, diğer iptal sebeplerinin ise ancak taraflarca ileri sürülüp ispat edilmesi halinde dikkate alınabileceği, gerek doktrinde gerekse uygulamada (çoğunlukla) kabul edilmektedir.

İptal Davasında Yapılacak İncelemenin Kapsamı ile İlgili Karar Örneği:

(HMK hükümlerinin uygulandığı bir hakem kararı)

“...HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilen hakem kararlarına karşı iptal davası yoluna başvurulabilmesinin en önemli sonucu, hakem kararlarının sadece iptal sebepleri ile sınırlı olarak denetlenebilmesidir. HMK'nın 439. maddesinin gerekçesinde de; "tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararının iptali sebeplerinin sınırlı olarak sayıldığı, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesinin, bir iptal sebebi olmadığı" özellikle vurgulanmıştır. Aynı şekilde madde gerekçesinde, tahkimin sözleşmesel bir kurum olduğu belirtilerek, "hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir riskin var olduğunu düşünen tarafın esasen tahkim yolunu seçmeyeceği, kaldı ki tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulünün taraflara bırakıldığı, uyuşmazlık konusunda uzman kişilerin hakem seçilmesi ile bu riskin de ortadan kaldırılacağı ifade edilmiştir." Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin (İlk

Derece Mahkemesi sıfatıyla) 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

İptal Davasında Yapılacak İncelemenin Kapsamı ile İlgili Karar Örneği:

(MTK hükümlerinin uygulandığı bir hakem kararı)

“.....Davacı, eldeki davada iptal nedenleri olarak; kararın emredici Türk Hukuk kurallarını ve Türk kamu düzenini ihlal ettiğini, Türk Borçlar Kanunu'nun 131. maddesine aykırılık teşkil ettiğini, anılan maddeye göre asıl borcun sona ermesi halinde buna bağlı olan tüm fer'i borçların ve ceza koşulunun da sona ereceğini, sözleşme konusu işin süresinden önce tamamlanarak teslim edilmesi nedeniyle asıl borcun sona erdiğini, böylece fer'i tüm borçlar ve ceza koşulunun da sona erdiğini, ayrıca kararın Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesine de aykırı olduğunu, tamamlanmış ve ihtirazi kayıtsız teslim edilmiş iş nedeni ile cezai şartın uygulanamayacağını, Borçlar Kanunu'nun 179/2. maddesinde düzenlenen ifaya eklenen cezai şartın istenebilmesi için borcun belirlenen zamanda veya yerde ifa edilmemesi gerektiğini, ifa edilmiş bir borç için cezai şart talep edilemeyeceğini, kaldı ki ihtirazi kayıtsız yapılan geçici kabul ile de cezai şart isteme hakkının düştüğünü, Yargıtay İçtihatlarının da bu yönde olduğunu ileri sürmüş ise de, hakem kararında, tarihli taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ile Türk Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri uygulanmak suretiyle uyuşmazlığın irdelenip değerlendirildiği ve bunun sonucuna göre bir karar verildiği anlaşılmaktadır. Somut olayda, ileri sürülen iptal nedenleri mevcut olmadığı gibi, hakem kararının esastan denetlenmesi de söz konusu değildir. (Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003, sh.185) Hakem kararının, MTK'nın 15. maddesinin e, f, g bentlerini ihlal ettiği, başka bir ifade ile hakemin, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği, istemin tamamı hakkında karar vermediği ya da yetkisini aştığı veya yargılamada kanun hükümlerinin veyahut tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediği de ispat edilememiştir. Yine Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olduğu, kararın kamu düzenine aykırı olmadığı da anlaşılmaktadır. Açıklanan tüm bu nedenlerle; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi gereğince, gerek davacı tarafından ileri sürülen, gerekse resen dikkate alınacak olan Tahkim Divanı nezdindeki no'lu tahkim dosyasında verilentarihli hakem kararının iptaline ilişkin nedenler mevcut olmadığından, davanın reddine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir.” Ankara BAM 4. HD'nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 2018/2 esas 2019/1 karar sayılı, 17.4.2019 tarihli kararı, Yargıtay 13. HD'nin 2019/3336 esas, 2019/11000 karar sayılı 07/11/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

İptal Davasının Pasif Husumet Yokluğu Nedeniyle Reddine İlişkin Verilen Karar Örneği:**Tahkim Türü:** Kurumsal tahkim**Dava:** Hakem kararının iptali**Karar:** Davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine

Özet: Hakem kararına karşı iptal davası, taraflardan birinin (tahkim yargılamasının davacısı ya da davalısının), hakem kararının diğer tarafına karşı açtığı davadır. İptal davası, iptali istenilen hakem ya da hakem kuruluna karşı açılmaz. Aksi halde davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.

“.... iptali istenen hakem kurulu kararının, dava dışıLtd.Şti ile davacı.....arasındaki ihtilafın çözümüne ilişkin olduğu görülmektedir. Eldeki dosyada, ilgili hakem kurulu kararının iptali için ... Hakem Kurulu'na karşı dava açılmıştır. Hal böyle olunca, sübjektif hakkın sahibi olan davacının, o hakka uymakla yükümlü olan ve hakem heyeti kararının diğer tarafında yer alanLtd.Şti yerine, dava konusu hakkın yükümlüsü olmayan, hakem kurulu kararında "karar mercii" sıfatı ile yer alan ... Birliği ...Hakem Kurulu'na karşı dava açmış olması ve bu durumun kabul edilebilir bir yanılgıya dayanmadığının anlaşılması karşısında davanın pasif husumet yokluğu nedeniyle reddine karar vermek gerekmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 2021/5 esas, 2021/10 karar sayılı 24.11.2021 tarihli kararı, Temyiz edilmeden kesinleşmiştir.

“HMK M. 439/b Hakem veya Hakem Kurulunun Seçiminde Sözleşmede Belirlenen veya Kanun'da Öngörülen Usule Uyulmaması” İptal Nedenine Dayalı Hakem Kararının İptaline İlişkin Karar Örneği:**Tahkim Türü:** Kurumsal tahkim**Dava:** Hakem kararının iptali**Karar:** Davanın kabulüne-Hakem kararının iptaline

“.....davalınınnin tahsili içinTahkim Merkezi Kurulu'na başvurduğu ve tarihli dilekçesi ile uyuşmazlığın çözümü için Merkez Hakem Listesinden’nın hakem olarak atanmasını talep ettiği,Tahkim Merkezi tarafından davacı tarafa gönderilen tebligat ile tebliğden itibaren en geç iki hafta içerisinde cevap dilekçesinin, delil listesinin sunulmasının ve davalı tarafından hakem tayin edilen’a itirazlarının olup olmadığının bildirilmesinin istendiği, bu tebligatın 27/08/2020 tarihinde davacı tarafa tebliğ edildiği, davacı tarafça iki

haftalık süre içerisinde 10/09/2020 kayıt tarihli cevap dilekçesi ile karşı tarafın seçmiş olduğu hakeme itiraz edildiği ve Tahkim Merkez Kurulu tarafından yeni bir hakem atanmasının talep edildiği, ancak tahkim sürecinin itiraz edilentarafından sonuçlandırıldığı vetarihli hakem kararı ile davalının taleplerinin kabul edildiği anlaşılmıştır. Hal böyle olunca, davacı tarafın iki haftalık süre içerisinde davalının seçmiş olduğu hakeme itiraz etmesi nedeniyle yukarıda yazılı hükümler gereğince Tahkim Yürütme Kurulu tarafından re'sen bir hakem seçilmesi gerekirken, davalı tarafça belirlenen hakem tarafından tahkim sürecinin sonuçlandırılmış olması iptal sebebidir. İptal sebebine göre davacı tarafın diğer iptal sebeplerinin incelenmesine gerek görülmemiş, hakem seçiminde Yönergede belirtilen usule uyulmaması nedeniyle davanın kabulüne, sayılıTahkim Merkezi Hakem Kararının iptaline karar verilmiş ve aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin 2021/1 esas, 2021/3 karar sayılı 21/05/2021 tarihli kararı. Yargıtay 3. HD'nin 2021/5847 esas, 2021/13774 karar sayılı 28/12/2021 tarihli ilamıyla kesinleşmiştir.

HMK'nın 439. Maddesinin ç Bendi İle İlgili İptal Sebebine (Hakem Veya Hakem Kurulunun Hukuka Aykırı Olarak Yetkili Veya Yetkisiz Olduğuna Karar Vermesi)

İlişkin İptal Davası:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Asıl ve Birleşen Davalar: Hakem kararının iptali

Karar - Asıl Davada: Davanın kabulüne-Hakem kararının iptaline

Birleşen Davada: Davanın reddine

Asıl dava; Tahkim Merkezinin esas sayılı dosyası üzerinden verilen tarihli esas hakkında hüküm tesisine yer olmadığına" dair hakem kararının, birleşen dava ise; Tahkim Merkezinin aynı dosya üzerinden verilen (tarihsiz) hakem kararının (usulden ret) iptali istemine ilişkindir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK), tahkime ilişkin hükümleri 407. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. HMK'nın 407. maddesinde, 21.6.2001 tarihli 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında, HMK'da düzenlenen tahkime ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Dava konusu hakem kararlarında da tahkim yeri Türkiye olup, yabancılık unsuru içermediğinden, uyuşmazlığın 6100 sayılı HMK'da düzenlenen tahkim hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği açıktır.

28.2.2018 tarihli 7101 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile değişik HMK'nın 439/1. fıkrası gereğince, Dairemizce ilk derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakılmış olup, basit yargılama usulü hükümleri uygulanmıştır.

Bilindiği üzere, 6100 sayılı HMK ile tahkim yargılamasına getirilen en önemli değişikliklerden biri, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak hakem kararlarına karşı (doğrudan) temyiz yolu yerine iptal davası açılması usulünün kabul edilmiş olmasıdır. Kanun'un yürürlüğünden sonra verilecek olan hakem kararlarına karşı artık sadece iptal davası açılması yoluna gidilebilecektir (HMK m. 439/1). İptal davası sonunda verilecek olan kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün ise de, temyiz aşamasında da inceleme, iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılacaktır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartını içeren sözleşme) nedeniyle tahkime gidilmesi halinde bu durumda verilecek hakem kararlarına karşı mülga HUMK hükümlerine göre temyiz yoluna mı yoksa 6100 sayılı HMK hükümlerine göre iptal davası açılması yoluna mı başvurulacağı konusunda uygulamada meydana gelen farklı görüş ve kararlar nedeniyle içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş olup, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında ve anılan tarihten sonra verilen hakem kararlarına karşı 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açılması yoluna başvurulabileceği" açıkça belirtilmiştir.

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verilen hakem kararlarına karşı iptal davası yoluna başvurulabilmesinin en önemli sonucu, hakem kararlarının sadece iptal sebepleri ile sınırlı olarak denetlenebilmesidir. HMK'nın 439. maddesinin gerekçesinde de; "tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararının iptali sebeplerinin sınırlı olarak sayıldığı, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesinin, bir iptal sebebi olmadığı" özellikle vurgulanmıştır. Aynı şekilde madde gerekçesinde, tahkimin sözleşmesel bir kurum olduğu belirtilerek, "hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir riskin var olduğunu düşünen tarafın esasen tahkim

yolunu seçmeyeceği, kaldı ki tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulünün taraflara bırakıldığı, uyuşmazlık konusunda uzman kişilerin hakem seçilmesi ile bu riskin de ortadan kaldırılacağı" ifade edilmiştir.

Yine HMK'nın 439. maddesinin 6. fıkrasında, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı başvurulacak olan temyiz kanun yolunda da incelemenin, maddede sayılan iptal sebepleri ile sınırlı olarak yapılacağı belirtilmiş olup, madde gerekçesinde de, "Altıncı fıkra, temyiz incelemesinin iptal sebepleri ile sınırlı olması prensibinin kesin bir şekilde belirlenerek, Yargıtay'daki incelemenin, iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçilmek istenildiği" ayrıca vurgulanmıştır.

Sonuç olarak iptal davasında denetim, iptal sebepleri ile sınırlı olup, uyuşmazlığın esasına ilişkin konular inceleme kapsamı dışında olacaktır. Başka bir ifade ile hakemin uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı iptal davasında incelenemeyeceği gibi, bu husus, iptal davası sonunda verilen kararın temyizi aşamasında da tartışma konusu yapılamayacaktır. (Bkz. Prof. Bahar Ceyda Süral Efeçinar, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel sayı 2014, sh.1385)

Kaldı ki doktrinde, taraflar arasında mahkemenin, hakem kararının usulen ve/veya hukuken uygun olup olmadığını inceleme hakkı olacağı konusunda bir kararlaştırma dahi yapılamayacağı, bu şekilde mahkemenin hakem kararı üzerindeki denetiminin kapsamının (anlaşma ile de olsa) genişletilemeyeceği, aksine bir durumun tahkimin niteliği ile bağdaşmayacağı da kabul edilmektedir. (Bkz. Pekcanitez Usul, "Medeni Usul Hukuku" c.III, sh. 2734 ; Prof. Bahar Ceyda Süral Efeçinar, "Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel sayı 2014, sh.1385)

Bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında;

Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin,2010 tarihli avukatlık sözleşmesinden kaynaklandığı, davacının avukat, davalının müvekkil sıfatında bulunduğu, söz konusu sözleşmenin, 9. maddesinde, "Sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516. ve ilgili maddeleri kapsamında tahkim yolu ile çözülecektir. Hakem heyetinin birisi, hakem kurulu başkanı olmak üzere asgari 10 yıllık hukukçu olarak fiilen görev yapmış üç hukukçudan oluşacaktır. Hakem kuruluna görevlendirme, Baro Merkezinde bulunan ve uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkemece taraflardan birinin sürekli avukatlık hizmetleri sözleşmesi örneği eklenmek suretiyle yazılı başvuru ile yapılacaktır." hükmünün bulunduğu anlaşılmaktadır.

Az yukarıda da değinildiği üzere; 19.4.2018 tarihli 2016/2 esas ve 2018/4 karar sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı gereğince, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce yapılan tahkim sözleşmesi uyarınca icra edilen milli tahkim yargılaması kapsamında verilen hakem kararlarına karşı da (1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yoluna değil) ancak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davası açılması yoluna başvurulabilecektir. O halde iş bu davada da, taraflar arasındaki tahkim şartını içeren avukatlık sözleşmesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce imzalanmış olmasına rağmen, uyuşmazlık hakkında, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533'üncü maddesinde düzenlenen temyiz kanun yolu hükümleri değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesi uyarınca iptal davasına ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

Asıl davada verilen hakem kararının iptali isteminin incelenmesinde;
Asıl davada; Tahkim Merkezinin, esas sayılı dosyası üzerinden (ikinci kez) verilen2018 tarihli "esas hakkında hüküm tesisine yer olmadığına" dair hakem kararının iptali talep edilmiş olup, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlık nedeniyle davacı tarafça, Asliye Hukuk Mahkemesinin ... Esas sayılı dosyası ile dava açıldığı, davalı tarafın tahkim ilk itirazı üzerine mahkemece, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği kabul edilerek, "davanın usulden reddine" karar verildiği ve söz konusu kararın Yargıtay ... Hukuk Dairesinin, E. ve ... Karar sayılı tarihli kararı ile onanarak kesinleştiği sabittir. Davacının bunun üzerine, Tahkim Merkezine başvurduğu, Tahkim Merkezinin Esas sayılı dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda Hakem tarafından uyuşmazlığın, "Tahkim Merkezinin yetkisinde olmadığı" gerekçesiyle "davanın usulden reddine" karar verildiği, davacının başvurusu ile Asliye Hukuk Mahkemesinin yazısı üzerine, Tahkim Merkezince dosyanın yeniden ele alınarak, aynı esasa kayıtlı dosya üzerinden2018 tarihli ikinci bir hakem kararı verildiği, söz konusu bu kararda, daha önce Tahkim Merkezince "davanın usulden reddine" dair verilen karara karşı süresinde iptal başvurusunda bulunulmadığından kararın kesinleştiği belirtilerek;

"1- Huzurdaki uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak evvelce Tahkim Merkezi Hakemi tarafından verilmiş ve kesinleşmiş bir karar bulunduğundan, tarafların da uyuşmazlığın çözümüneTahkim Merkezinde devam etmeleri konusunda bir uzlaşmaları söz konusu olmadığından, uyuşmazlık konusunun esasına ilişkin olarak bir hüküm kurulması mümkün bulunmadığından, esas hakkında bir hüküm tesisine yer olmadığına,

2- Davacının, huzurdaki ihtilaf bakımından tahkim yerinin, tahkim hakem ya da hakemlerinin belirlenmesi için görevli ve yetkili yargı merciine başvuruda bulunmasında muhtariyetine...." şeklinde hüküm kurulduğu ve TL avukatlık ücretinin davacıdan tahsili ile davalıya ödenmesine ve TL hakem ücretinin davacıdan tahsili ile hakeme ödenmesine karar verildiği anlaşılmaktadır.

Tahkim Merkezince verilen "davanın usulden reddine" dair ilk hakem kararından sonra davacı tarafça Asliye Hukuk Mahkemesine tekrar başvurularak görüş istenildiği, mahkemece, uyuşmazlığın Tahkim Merkezince çözülmesi gerektiği yönünde adı geçen kuruma müzekkere yazıldığı, bunun üzerine de davacı tarafından tekrar Tahkim Merkezine başvurularak uyuşmazlığın esastan çözülmesinin talep edildiği, Tahkim Merkezince aynı esas üzerinden verilen ikinci hakem kararına karşı da iptal istemiyle iş bu (asıl) davanın açıldığı görülmektedir.

Hakem kararlarından sonra yapılacak işlemler ve başvurulacak kanun yolları, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 437. ve devamı maddelerinde belirtilmiş olup, somut olayda daha önce uyuşmazlık hakkında "tahkim ilk itirazı nedeniyle davanın usulden reddine" dair karar veren mahkemenin (.....Asliye Hukuk Mahkemesi), yapılan başvuru üzerine "uyuşmazlığınTahkim Merkezinde görülmesi gerektiği yönünde" görüş bildirmesi ve gereğinin yapılması için adı geçen Tahkim Merkezine yazı (müzekkere) yazması ve bunun üzerine de anılan Tahkim Merkezince aynı dosya üzerinden ikinci bir hakem kararı verilmesi isabetli olmamıştır. Nitekim davalı tarafın başvurusu üzerine, aynı mahkemece (.... Asliye Hukuk Mahkemesi) bu kez de, böyle bir yetkisinin bulunmadığı belirtilerek, Tahkim Merkezine ikinci bir yazı yazılmıştır. Ez cümle, uyuşmazlık hakkında daha önce (usulden) karar veren mahkemenin (..... Asliye Hukuk Mahkemesi) yazısı üzerine, hakem kararının verildiğiTahkim Merkezince, yeniden bir hakem görevlendirilerek, ikinci bir hakem kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle usule aykırı olarak verilen ve davacıyı masraf ve vekalet ücreti nedeniyle fazladan yükümlülük altında bırakan/2018 tarihli ikinci hakem kararının yok hükmünde olduğunun kabulü gereklidir. O halde Tahkim Merkezince aynı esas üzerinden verilen ikinci hakem kararına karşı iptal istemiyle açılan iş bu (asıl) davanın kabulüne,2018 tarihli hakem kararının iptaline karar vermek gerekmiştir.

Birleşen davada verilen hakem kararının iptali isteminin incelenmesinde;

Birleşen davada ise;Tahkim Merkezinin,esas sayılı dosyası üzerinden verilen hakem kararının iptali talep edilmiş olup, davacının, daha önce Asliye Hukuk Mahkemesinin Esas sayılı dosyası üzerinden açtığı davada, "uyuşmazlığın tahkim yoluyla

çözülmesi gerektiği" belirtilerek "davanın usulden reddine" dair verilen kararın, Yargıtay Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmesi üzerine, bu kezTahkim Merkezine başvurduğu, Tahkim Merkezinin görevlendirdiği Hakem tarafından Esas sayılı dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda uyuşmazlığın, Tahkim Merkezinin yetkisinde olmadığı gerekçesiyle "davanın usulden reddine" karar verildiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle iptal davası açma süresi, hakem kararının veya tavzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren bir ay (HMK m. 439/4) olup, iş bu davanın süresinde açılıp açılmadığının incelenmesinde; hakem kararının, tarihinde her iki tarafa da tebliğ edildiği, tarihinde davacının Asliye Hukuk Mahkemesine başvurduğu, mahkemece tarihli yazı yazılarak, uyuşmazlığın Tahkim Merkezinde çözülmesi gerektiğinin bildirildiği, bunun üzerine Tahkim Merkezince dosyanın tarihinde yeni Hakem'a tevdi edildiği, tahkim dosyasının yeniden ele alınmasından sonra bu kez de davalı tarafça tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesine başvurularak, "uyuşmazlığın çözümü konusunda yeni bir Hakem atanmasının hukuka aykırı olduğu" belirtilerek Tahkim Merkezine bu konuda yeniden müzekkere yazılmasının talep edildiği, bunun üzerine Asliye Hukuk Mahkemesince,Tahkim Merkezine tarihli yeni bir müzekkere yazılarak, (önceki müzekkerenin tam aksine) "mahkemenin, Tahkim Merkezince verilen kararın kaldırılmasına ya da iptaline karar vermediğinin, olayda tahkime ilişkin HMK'nın 407 ve devamı maddelerine göre işlem yapılması gerektiğinin" bildirildiği, söz konusu bu aşamalardan sonra, Kanun'da belirtilen bir aylık süreden çok sonra iş bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar dava, Kanun'da belirtilen bir aylık süre içerisinde açılmamışsa da, HMK'nın 436. maddesinde, hakem kararında bulunması gereken hususlar belirtilmiş olup, bunlardan biri de "başvurulması gereken kanun yolu ve süresi"dir. Söz konusu hakem kararında başvurulması gereken kanun yolu ve süresi belirtilmemiş olduğundan, Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesi gereğince, iş bu davanın süresinde açıldığının kabulü gerekmektedir.

Hakem kararının iptali sebepleri, 6100 sayılı HMK'nın 439. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmişse de, somut olayda iptali talep edilen hakem kararında, " Tahkim Merkezinin yetkili ve görevli olmadığı" gerekçesiyle "davanın usulden reddine" karar verilmiş (işin esası ile ilgili bir hüküm kurulmamış) olduğundan, uyuşmazlığın, adı geçen Tahkim Merkezinde çözülüp çözülemeyeceği incelenip değerlendirilmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki; daha önce Asliye Hukuk Mahkemesinin Esas sayılı dosyası üzerinden açılan davada, "uymazlığın tahkim yoluyla çözümlmesi gerektiği" belirtilerek "davanın usulden reddine" karar verilmiş olup, iş bu karar, YargıtayDairesinin ... esas Karar sayılı ... tarihli kararı ile onanmış olmakla, uymazlığın tahkim yolu ile çözümlmesi gerektiği kesinleşmiştir. İhtilaf, tahkim yargılamasında "Tahkim Merkezinin görevli ve yetkili olup olmadığı" noktasındadır.

Bilindiği üzere tahkim, "zorunlu (mecburi) tahkim - ihtiyari tahkim", "iç (milli) tahkim - dış (milletlerarası) tahkim", "ad hoc (arızı) tahkim - kurumsal tahkim", "iki taraflı tahkim - çok taraflı tahkim", "tek kademeli tahkim - iki kademeli tahkim" şeklinde pek çok türlere ayrılmaktadır. Bunlardan biri de, "ad hoc (arızı) tahkim - kurumsal tahkim" türleridir. Kurumsal tahkim, tahkimin, taraflarca kararlaştırılan bir tahkim kurumu (tahkim merkezi) tarafından yönetildiği bir tahkim türüdür. (Bkz. Özbay, İbrahim-Korucu, Yavuz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim", Ankara 2016, sh. 23) Bu tahkim türünde, hakem ya da hakemlerin tespiti dahil olmak üzere, tahkimin işleyişine ilişkin tüm usul ve kurallar, tahkim kurumunca belirlenir. Kurumsal tahkim de, kendi içerisinde "uluslararası kurumsal tahkim" ve "ulusal (milli) tahkim" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Örneğin, Uluslararası Ticaret Odası (ICC), uluslararası bir tahkim kurumu (merkezi), "Türkiye Barolar Birliği Tahkim Merkezi" , "Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Merkezi", "İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC) ise, ulusal (milli) tahkim kurumlarıdır.

Ad hoc (arızı) tahkim türünde ise tahkim, bir tahkim kurumu (merkezi) olmadan yürütülür. Örneğin taraflar bu tahkimde hakem seçimini, kurumsal bir gözetim olmadan belirlerler. Kurumsal tahkim, önceden belirlenip duyurulan usul ve kurallar çerçevesinde yürütülmesi nedeniyle, yargılama usulünün daha hızlı, belirli ve öngörülebilir olması açısından giderek daha çok tercih edilmektedir. Bununla birlikte kurumsal tahkim merkezlerinin bürokratik yapısı ve bu tahkim türünün, kuşkusuz daha masraflı olması gibi nedenler de ad hoc tahkimin tercih sebepleri olabilmektedir.

Tahkimin, kurumsal bir tahkimde yürütülebilmesi için, tarafların ya tahkim sözleşmesinin yapıldığı sırada ya da uymazlığın çıkmasından sonraki aşamada, uymazlığın belirli bir kurumsal tahkim nezdinde giderilmesi yönünde anlaşmaları gerekli ve zorunludur. Bunun için tarafların, tahkim anlaşması yaparken, tahkim kurumunu da belirlemeleri, ya da aralarında mevcut olan sözleşmedeki tahkim şartında kurumsal tahkime atıf yapılmamış olmasına rağmen, uymazlık çıktıktan sonra tahkimin, kurumsal bir tahkimde görülmesi

konusunda açık ya da zımni (örtülü) iradelerinin örtüşmesi gereklidir. Aksi halde tahkim, ad hoc (arızı) tahkim olarak yürütülecektir.

Somut olaya bakıldığında; davalı şirket, gerek tahkim yargılamasında verdiği cevap dilekçesinde, gerekse iptal davasındaki dilekçe ve beyanlarında, "uyuşmazlığın Tahkim Merkezinde çözülemeyeceğini, zira söz konusu Merkezin, tahkim şartının öngörüldüğü sözleşme tarihinden çok sonraki bir tarihte kurulduğunu, bu nedenle taraf iradelerinin, uyuşmazlığın bu Merkezde çözülmesi yönünde olmasının fiilen imkan dahilinde bulunmadığını, esasen sözleşme tarihinde mevcut olan Baro Hakem Kurullarının da, Anayasa Mahkemesi kararı ile kaldırıldığını, dolayısıyla sözleşmede öngörülen merciin halen mevcut olmadığını" açıkça ve tekraren belirtmiş, Dairemizce yapılan duruşma sırasında da, "tahkimin, Tahkim Merkezinde görülmesini kabul etmediklerini, bu yönde bir rıza ve muvafakatlerinin bulunmadığını" beyan etmiştir.

O halde gerek sözleşmedeki tahkim şartında, uyuşmazlığın bir tahkim merkezinde görülmesi konusunda kurumsal bir tahkime atıf yapılmamış olması, gerekse taraflar arasındaki uyuşmazlık aşamasında da, bu yönde (kurumsal tahkim) açık ya da örtülü bir irade birliğinin bulunmaması karşısında, somut olayda tahkimin, kurumsal tahkim değil, ad hoc (arızı) tahkim olarak yürütüleceğinin kabulü gereklidir.

Nitekim, iptali talep edilen hakem kararının gerekçesinde de; "avukatlık sözleşmesinin, tarihli olduğu, her ne kadar sözleşmenin 9. maddesinde, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceği kararlaştırılmışsa da, sözleşmede kastedilen tahkimin, sözleşme tarihinden 4 yıl sonra kurulmuş olanTahkim Merkezi olmasının fiilen söz konusu olamayacağı, nitekim davalının bu konuda görev ve yetki itirazının bulunduğu, bu nedenle söz konusu ihtilafın tahkim yolu ile çözümündeTahkim Merkezinin görevli ve yetkili olmadığı" belirtilmekle aynı sonuca varılmıştır. Bu itibarla,Tahkim Merkezi nezdinde açılmış olan davada, görevli Hakemce verilen "davanın usulden reddine" dair kararda isabetsizlik bulunmamaktadır. Her ne kadar davacı tarafından, hakem kararında tarih bulunmadığı belirtilerek, kararın bu yönden de iptalinin gerektiği belirtilmişse de, hakem kararının, "Tahkim Merkezinin görevli ve yetkili olmadığı" gerekçesiyle "davanın usulden reddine" ilişkin olması, dolayısıyla işin esası konusunda bir inceleme yapılmamış olması, kaldı ki HMK'nın 437. maddesi gereğince, taraflardan her birinin, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde, hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini isteme hakları bulunmasına rağmen, davacının bu yola başvurmuyarak, bu hususu iptal sebebi yapmış olması karşısında, hakem kararının sırf bu nedenle iptali

talebinin, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun olmadığı sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla davacının bu konudaki iptal sebebi de yerinde görülmemiştir.

Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülebilmesi için hakemlerin nasıl belirleneceği konusuna gelince;

Esasen taraflar arasındaki sözleşmenin, tahkim şartının düzenlendiği 9. maddesinde, "sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklar, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 516. ve ilgili maddeleri kapsamında tahkim yolu ile çözülecektir." hükmü mevcut olup, sözleşmenin yapıldığı tarihte henüz 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte bulunmadığı, o tarihte 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dikkate alındığında, taraf iradelerinin, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünün, "söz konusu uyuşmazlığın çıktığı tarihte yürürlükte olan usul kanununa göre tahkim yoluyla yapılması" yönünde olduğu kabul edilmiştir.

Her ne kadar, maddenin devamında, hakem kuruluna görevlendirmenin, ... Baro Merkezinde bulunan ve uyuşmazlığa bakmakla görevli mahkemece, taraflardan birinin yazılı başvurusu ile yapılacağı belirtilmişse de, Avukatlık Kanunu'nun, avukatlık sözleşmesi ve vekalet ücretinden kaynaklanan her türlü anlaşmazlıkların, hukuki yardımın yapıldığı yer barosu hakem kurulunca çözümleneceğine, (hakem kurulunun, baronun bulunduğu yargı çevresinin en kıdemli asliye hukuk hakimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukattan oluşacağına) dair 4667 sayılı Kanun'la kabul edilen 167. maddesi, Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, tahkim yargılamasını yürütecek olan hakemlerin, doğrudan doğruya yazılı bir başvuru ile mahkemece tespiti ise mümkün değildir. Zira mahkemelerin görevleri, kanunla belirlenmiş olup, tarafların sözleşme ile mahkemelere kanuna aykırı şekilde görev ihdas etmeleri düşünülemez.

Sonuç olarak sözleşmede, kurumsal tahkime atıf yapılmadığı gibi, uyuşmazlığı çözecek hakem kurulunun, sözleşmede öngörüldüğü şekliyle oluşumu da mümkün olmadığından, hakemlerin seçimi ile tahkim yargılaması ve usulünün, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 416. ve devamı maddelerine göre yapılması gerektiği aşıkardır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "Tahkim" başlıklı 11. Kısımında "Hakem sayısı" ve "Hakemlerin seçimi" başlığı altında düzenlenen 415. ve 416. maddelerinde, tahkim yargılamasını yürütecek olan hakem ya da hakemlerin sayısı ve nasıl seçilecekleri hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Buna göre; “(m. 415) Taraflar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak, bu sayı tek olmalıdır. (2) Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir. (m.416) (1) Taraflar, hakem veya hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmakta serbesttir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki usul uygulanır:

- a) Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir.
- b) Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından seçilir.
- c) Üç hakem seçilecek ise taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki talebinin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemini seçmezse veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirlemezlerse, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından hakem seçimi yapılır. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.
- ç) Üçten fazla hakem seçilecek ise son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir.
- d) Hakemin birden fazla kişiden oluşması hâlinde en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması şarttır.
- (2) Hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen;
 - a) Taraflardan biri sözleşmeye uymazsa,
 - b) Kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği hâlde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa,
 - c) Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse,

hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır. Mahkemenin, gerektiğinde tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz. Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır.”

Yine aynı Kanun'un "Tahkim yeri" başlıklı 425. maddesine göre de;

“(1) Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir.”

O halde somut olayda, aksine bir kararlaştırma olmadığından üç hakem seçilecek olup, hakem heyeti, taraflardan her birinin bir hakem seçmesi ve bu şekilde seçilen iki hakemin de üçüncü hakemi belirlemeleri şeklinde oluşacaktır. Taraflardan biri, diğer tarafın hakem seçiminin kendisine bildirilmesinden itibaren bir ay içerisinde hakemini seçmez ise ya da seçilen hakemler bir ay içerisinde üçüncü hakemi belirleyemezlerse, taraflardan birinin (ya da her ikisinin) başvurusu ile hakem seçimi, mahkeme tarafından yapılacaktır.

7101 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile değişik 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 410/1. maddesinde, "Tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya işyeri mahkemesidir." hükmü mevcut olup, buna göre uyuşmazlığın ticari dava niteliğinde olmaması nedeniyle, taraflar arasında hakemlerin belirlenmesi aşamasında uyuşmazlık çıkması halinde başvurulacak mahkeme de, davalı şirketin merkezinin bulunduğu Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Yukarıda açıklanan tüm bu nedenlerle; asıl davada; davanın kabulüne, Esas sayılı Tahkim Merkezi Hakem kararının iptaline, birleşen davada ise, Tahkim Merkezine ait Esas sayılı hakem kararının iptali davasının reddine, hakem heyetinin HMK'nın 415, 416. ve devamı maddelerinde belirtilen usule göre belirlenmesine ve uyuşmazlığın bu şekilde belirlenecek hakem heyetince çözümlenmesine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesinin (İlk Derece Mahkemesi sıfatıyla) 2019/1 esas, 2021/5 karar sayılı 30.6.2021 tarihli kararı, temyizden feragat edilmesi nedeniyle kesinleşmiştir.

Hakem ya da hakem kurulunun, yetkisi olmadığı hâlde, "hak ve nesafete göre karar verdiği" iddiası da iptal davalarında sıkça ileri sürülen bir husustur.

Oysa ki bu konudaki iddianın dikkate alınabilmesi için, hakem ya da hakem kurulunun yetkisi olmadığı hâlde maddi hukuk kurallarını bir tarafa bırakarak, hak ve nesafete göre karar vermiş olması gerekir. Yoksa maddi hukuk kurallarının dikkate alınıp değerlendirilmesine

rağmen, kararda ortaya çıkan sonucun ilgili tarafın aleyhine olması, salt bu nedenle hakemlerin yetkilerini aştıklarını, başka bir ifade ile, yetkili olmadıkları hâlde hak ve nesafete göre karar verdiklerini göstermez. Zira hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı, başka bir ifade ile kararın pozitif hukuk kurallarına göre isabetli olup olmadığı, bir iptal sebebi değildir.

Nitekim taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın, Devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesini istemek suretiyle, bu sonucu zaten göze almış sayılmalıdırlar.

Hakem Ya Da Hakem Kurulunun, Yetkisi Olmadığı Hâlde, “Hak ve Nesafete Göre Karar Verdiği”nin, Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğinin, Tahkimin Süresinde Neticelendirilmediğinin, Tahkim Kararı Üzerindeki Karar Tarihinin Gerçeği Yansıtmadığının İleri Sürüldüğü Bir İptal Davasına İlişkin Karar Örneği:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Dava: Hakem kararının kısmen iptali

Karar: Davanın reddine

“...Davacı hakem kararının iptal nedenleri olarak; HMK'nın 439/2/(e) maddesine dayanmak suretiyle, HMK'nın 433. maddesinin açık hükmüne rağmen hakemin taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğini ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğunu, tahkim kararının hüküm kısmındaki usulü eksikliklerin Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile HMK'nın 436. maddesini ihlal ettiğini, tahkim yargılamasının, tarafların kararlaştırdıkları sürede neticelendirilmediğini, tahkim kararı üzerindeki karar tarihinin gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüştür.;

HMK'nın 433. maddesinin 3. fıkrasında, "Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane çözüm yoluyla karar verebilir." hükmü bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, hakem veya hakem kurulunun hakkaniyet veya nesafet kurallarına göre karar vermesi demek, pozitif hukukta olaya uygulanması gereken hukuk kurallarının mevcut olmasına rağmen, hakem veya hakem kurulunun pozitif ve meri hukuka ilişkin bu kuralları uygulamayıp, uyuşmazlığı hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre çözmesi demektir. Dava konusu hakem kararı incelendiğinde; taraflar arasındaki 5.6.2012 tarihli sözleşme hükümleri, Avukatlık Kanunu, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi, Türk Borçlar Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri ile ayrıca Yargıtay içtihatları incelenmek suretiyle uyuşmazlığın irdelenip değerlendirildiği ve bunun sonucuna göre bir karar verildiği görülmektedir. O halde somut

olayda hakemin, maddi hukuk kurallarına göre değil de hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiğinden söz edilemez. Aksine hakemin, uyuşmazlıkla ilgili maddi hukuk kurallarını uyguladığı, özellikle uyuşmazlığı Avukatlık Kanunu kapsamında ele aldığı, Türk Borçlar Kanunu'nun 26. ve 27. maddelerini irdelediği ve Yargıtay içtihatlarını da dikkate almak suretiyle bir karar verdiği anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle davacının, "hakemin, taraflarca yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiği ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğu" konusundaki iptal sebebi yerinde görülmemiştir.

Az yukarıda da değinildiği üzere, hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı, başka bir ifade ile kararın pozitif hukuk kurallarına göre isabetli olup olmadığı, bir iptal sebebi olmadığından, iş bu davada da inceleme kapsamı dışındadır. Esasen, taraflar, aralarındaki tahkim şartını içeren tarihli sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın, serbest iradeleri ile Devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesini istemek suretiyle, maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki riski de kabul etmiş sayılmalıdırlar.

Gerçekten de, iptal davasına konu olan tarihli hakem kararında, taraflar arasındaki avukatlık sözleşmesinde, verilecek hukuki yardıma karşılık olarak hem TL maktu, hem de Euro (veya taşınmaz devri öngörülen) nispi ücret belirlenmişse de, hukuki yardıma konu olan müddeabihin değerinin (.... Euro) sözleşme tarihindeki Türk Lirası karşılığı, tahkime başvuran tarafından verilen hukuki yardım ve harcanan mesai göz önüne alındığında, maktu ücret olarak kararlaştırılan0 TL vekalet ücretinin ödenmesi gerektiği, nispi ücret adı altında belirlenenEuro vekalet ücretinin ise Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi hükmü dikkate alındığında fahiş olduğu sonucuna varıldığı ve buna göre karar verildiği belirtilmiştir.

O halde hakemin, hak ve nesafet kurallarına göre değil, maddi hukuk kurallarına göre karar verdiği anlaşılmakta olup, hakem kararında, ilgili mevzuat hükümleri ile Yargıtay içtihatları incelenip, olayla ilişkilendirildikten sonra "verilen hukuki yardım ile harcanan emek ve mesaiye göreTL ücretinin ödenmesi gerektiği, Euro ücretin ise fahiş olduğu" yönündeki değerlendirme de bu sonucu değiştirmez. Başka bir ifade ile, bu şekilde bir değerlendirme, hakemin, kendisine tanınan yetkinin dışına çıkıp karar verdiğini göstermez. Nitekim Devlet yargısında görülen avukatlık sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların maddi hukuka göre çözümünde de, "verilen hukuki yardımın niteliği", "avukatın sarf etmiş olduğu emek ve mesai", "kararlaştırılan ücretin fahiş olup olmadığı", "edimler arasında dengenin mevcut olup olmadığı" gibi hususlar, avukatın hak ettiği vekalet ücretinin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Tüm bu nedenlerle davacının, "hakemin, taraflarca

yetkilendirilmediği halde hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verdiği ve bu hususun hükmün esasına etkili olduğu" konusundaki iptal sebebi yerinde görülmemiştir....

.....Az yukarıda da değinildiği üzere, hakemin hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı, başka bir ifade ile kararın pozitif hukuk kurallarına göre isabetli olup olmadığı, bir iptal sebebi olmadığından, iş bu davada da inceleme kapsamı dışındadır. Esasen, taraflar, aralarındaki tahkim şartını içeren tarihli sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın, serbest iradeleri ile Devlet yargısı yerine tahkim yoluyla çözülmesini istemek suretiyle, maddi hukukun doğru uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki riski de kabul etmiş sayılmalıdırlar.

Açıklanan tüm bu nedenlerle, HMK'nın iç tahkime ilişkin hükümlerinin düzenlendiği 407. ve devamı maddeleri ile, aynı Kanun'un, hakem kararına karşı iptal davasının düzenlendiği 439. maddesi gereğince, somut olayda gerek davacı tarafından ileri sürülen, gerekse resen dikkate alınacak olan, tarih ve esas sayılıTahkim Merkezi hakem kararının iptaline ilişkin nedenler mevcut olmadığından, hakem kararının kısmen iptaline ilişkin iş bu davanın ve davalının cevap dilekçesindeki, katılma yoluyla hakem kararının kısmen kaldırılmasına ilişkin talebinin reddine karar vermek gerekmiş, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur. " Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD'nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 2018/1 esas, 2019/2 karar sayılı 15/05/2019 tarihli kararı.Yargıtay 13. HD'nin 2019/4214 esas, 2019/8518 karar sayılı 19/09/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

Hakem kararının iptali davaları, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2.maddesindeki iyiniyet ve dürüstlük kurallarının en fazla uygulama alanı bulduğu davalardan biridir.

Örneğin, hakem kararındaki bir eksiklik ya da maddi bir hata, "tamamlama kararı" ile düzeltilebilecek nitelikte ise, öncelikle bu yola başvurulması gereklidir. Nitekim, HMK'nın 437. maddesinde, taraflardan her birinin, hakem kararının kendisine bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde, hakem kararında bulunan hesap, yazı ve benzeri maddi hataların düzeltilmesini isteme hakkı bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Tarafların bu yola başvurmayarak, hakem kararındaki (tamamlama kararı ile de düzeltilmesi mümkün olan) eksiklik ve hataları iptal sebebi yapmaları, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kabul edilebilir. Bu konuda, her somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerektiği açıktır.

Tahkimin Süresinde Sonuçlandırılmadığı ve Usulü Sebeplerin İleri Sürüldüğü İptal Davasında (Türk Medeni Kanunu’nun İyi Niyet Ve Dürüstlük Kurallarının Uygulandığı) Karar Örneği:

Tahkim Türü: Kurumsal tahkim

Dava: Hakem kararının kısmen iptali

Karar: Davanın reddine

“.....tahkimin süresinde neticelendirilmediği ileri sürülmüş ise de, HMK’nın 427/1. maddesinde tahkim süresi bir yıl olarak kabul edilmiştir. Kaldı ki davacının, hakem kararının lehine olan (..... TL maktu vekalet ücretinin davalıdan tahsili konusundaki) kısmı yönünden iptal talebinin bulunmadığı, aleyhine olan (reddedilen nispi ücrete ilişkin) kısmı yönünden iptal talebinin bulunduğu, ..., davacının, kararın lehine olan (maktu ücrete ilişkin) kısmı yönünden süre ve usulü eksikliklere ilişkin bir itirazda bulunmayıp, aynı kararda aleyhine olan (nispi ücrete ilişkin) kısım yönünden süre ve usulü eksiklikler nedeniyle itirazda bulunmasının dürüstlük kuralları ile bağdaşmayacağı dikkate alındığında, olayda davacı tarafından ileri sürülen diğer iptal sebeplerinin de yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.” "Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. HD’nin (İlk Derece Mahkemesi Sıfatıyla) 2018/1 esas, 2019/2 karar sayılı 15/05/2019 tarihli kararı" Yargıtay 13. HD’nin 2019/4214 esas, 2019/8518 karar sayılı 19/09/2019 tarihli kararıyla onanmıştır.

İptal Davalarında, Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 2.Maddesindeki İyiniyet ve Dürüstlük Kurallarının Uygulandığı Diğer Örnekler :

Örnek 1: Tahkim yargılamasında, davalı tarafın tahkimin geçersizliği konusunda herhangi bir itiraz ileri sürmeyip, sadece esasa ilişkin savunma yaptıktan sonra kararın iptali aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesi iyi niyet kurallarına aykırı olacaktır. Belirtmek gerekir ki aynı örnekte, tahkim yargılaması sırasında bu itirazların ileri sürülmüş olmasına rağmen, hakem ya da hakem kurulunca dikkate alınmamış ya da reddedilmiş olması hâlinde, aynı itirazların iptal davasında da ileri sürülebileceği kuşkusuzdur.

Örnek 2: Vekilin, özel yetkisi olmaksızın tahkim anlaşması yaptığına dair itirazın, tahkim yargılaması aşamasında ileri sürülmediği hâlde, ilk defa iptal davasında ileri sürülmesi, dürüstlük kurallarına aykırıdır.

Örnek 3: Tahkim süresi sona ermiş olmasına rağmen, buna itiraz etmeyerek yargılamaya devam eden tarafların, iptal davasında hakem kararının “tahkim süresinden sonra verildiğini” ileri sürerek iptalini talep etmeleri, dürüstlük kurallarına aykırıdır.

(Not: Tahkim süresinin kamu düzeni ile ilgili olduğu, bu nedenle resen dikkate alınması gerektiği konusunda da görüş ve yargı kararları bulunmaktadır.)

İptal Davasında Verilecek Kararlar ve Sonuçları

İptal davalarına konu olan hakem kararları, nihai kararlar olup, bunlar, uyuşmazlığın esasını nihai olarak sonuçlandıran (esasa ilişkin) kararlar olabileceği gibi, usûle ilişkin nihai kararlar da olabilir.

İptal davasına konu olan hakem kararı, “uyuşmazlığın tahkimde görülemeyeceği” gerekçesiyle davanın usûlden reddine ilişkin ise, bu durumda işin esası ile ilgili bir hüküm bulunmadığından, bölge adliye mahkemesince, sadece davanın tahkimde görülüp görülemeyeceği konusunda bir inceleme yapılarak, davanın tahkimde görülemeyeceği sonucuna varılması hâlinde, davanın reddine, aksi hâlde ise (davanın tahkimde görülmesi gerektiği sonucuna varılması hâlinde) davanın kabulüne, hakem kararının iptaline karar verilir.

Davanın Kabulü

Hakem kararının iptalini gerektiren şartlar mevcut ise, davanın kabulü ile hakem kararının iptaline karar verilir. Bu karar kesinleşirse hakem kararı ortadan kalkmış olur.

Bölge adliye mahkemesi, sadece kararın iptaline karar vermekle yetinir. Yoksa kararın iptali ile birlikte yeni bir karar veremez.

Kural olarak uyuşmazlığın yeniden tahkimde görülmesi mümkündür. Bu durumda yeniden hakem ya da hakemler belirlenerek, tahkim süresi yeniden başlar. Ne var ki iptal nedeni, tahkim anlaşmasının geçersiz olması, taraflardan birinin ehliyetsiz olması ya da uyuşmazlığın tahkime elverişsiz olması ise yeniden tahkime başvurulamaz. (HMK m. 439/7)

(MTK m. 15/A/2/son cümle)

Bu hâllerde uyuşmazlığın çözümü için Devlet yargısına başvurmak gereklidir.

(Not: MTK’da “m. 15/A/c kararın tahkim süresi içinde verilmediği” konusundaki iptal sebebi de tarafların yeniden tahkime başvuramayacakları bir iptal sebebi olarak kabul edilmiştir.)

Davanın Kısmen Kabulü (Hakem Kararının Kısmen İptali)

Hakem kararının kısmen iptali de mümkündür. Ancak kısmen iptal kararı verilebilmesi için, kararın iptal edilen kısmı ile iptal edilmeyen kısmının birbirinden ayrılabilir olması ve birbirini etkilememesi gereklidir. Aksi hâlde ya da bu noktada tereddüt hâlinde kararın tümünün iptaline karar verilmelidir.

Hakem kararının kısmen iptalinde de, (kararın tümüyle iptalinde olduğu gibi) bölge adliye mahkemesi, sadece kararın kısmen iptaline karar vermekle yetinir. Yoksa kararın kısmen iptali ile birlikte, hakem ya da hakemlerin yerine geçerek kısmen de olsa yeni bir karar veremez. HMK'ya tâbi olup, kısmen iptal edilen hakem kararları kesinleştiğinde, kararın iptal edilen kısmı dışında kalan bölümü icra edilebilir hâle gelir.

MTK'ya göre verilen hakem kararlarının icrası için ise mahkemeden icra edilebilirliğine ilişkin karar alınması gerektiğinden, hakem kararı MTK'ya tâbi ve açılan dava sonunda kısmen iptal kararı verilmiş ise, kararın iptal edilen kısmı dışında kalan bölümü için de yine mahkemeden kararın icra edilebilirliğine ilişkin karar alınması gereklidir. Alınacak bu karardan sonra, hakem kararı, iptal edilmeyen kısmı yönünden icra edilebilir hâle gelir.

Davanın Reddi

Bölge adliye mahkemesince, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapılan inceleme sonucunda, iptal nedenlerinin yerinde olmadığı sonucuna varılması hâlinde, davanın reddine karar verilir.

Bu durumda, HMK'ya tâbi olan hakem kararları, bu kararın kesinleşmesi ile birlikte icra edilebilir hâle gelir.

MTK'ya göre verilen hakem kararlarının icrası için ise mahkemeden kararın icra edilebilirliğine ilişkin karar alınması gereklidir. Alınacak bu karardan sonra hakem kararı ilamlı icraya konu edilebilir.

Diğer Kararlar

Davaya son veren taraf işlemleri olan, feragat, kabul ve sulh, hakem kararının iptali davasında da söz konusu olabilir.

Bölge adliye mahkemesince, davanın kabulü hâlinde, “kabul nedeniyle davanın kabulüne, hakem kararının iptaline”, davadan feragat halinde, “feragat nedeniyle davanın reddine”, sulh halinde de tarafların talebi doğrultusunda, “kararın iptaline” ya da “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilir.

İptal Davasında Harç ve Masraflar

İptal davası açılırken maktu harç ödenir.

Davacı tarafından yapılan yargılama giderlerinin, dava kabul edilirse, davalıdan tahsiline, dava reddedilirse, davacı üzerinde bırakılmasına karar verilir.

Dava lehine sonuçlanan taraf, davayı bir vekille takip ettirmiş ise, karar tarihinde yürürlükte olan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi gereğince yararına vekâlet ücretine hükmedilerek karşı taraftan tahsiline karar verilir.

İptal Davası Sonunda Verilen Karara Karşı Başvurulacak Kanun Yolu

Bölge adliye mahkemesinde açılan hakem kararının iptali davasında verilen karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir.

Yargıtay'da yapılacak denetimde de, hakem kararının esastan denetlenmesi söz konusu değildir.

İptal davalarına ilişkin temyiz incelemesi de, HMK ve MTK'da sayılan iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapılır.

Temyiz kanun yoluna başvurulması, kararın icrasını durdurmaz (HMK m. 439/6).

Karar düzeltme yoluna başvurulamaz.

TAHKİMDE İÇERİK DENETİMİ***Prof. Dr. Ali YEŞİLIRMAK******1. Giriş**

Tahkim, basit tanımıyla tarafsız ve bağımsız hakemler tarafından uyuşmazlığın nihai olarak ve yargılama yoluyla çözülmesidir. Tahkim yolunun cazibesi tarafların her yönüyle vakıf oldukları uyuşmazlığın çözümü için en uygun hakemleri seçmeleri, hakemlerin taraflara danışıp hukuki dinlenilme hakkını gözetmek yoluyla uyuşmazlığı çözümü için en etkin şekilde yargılamayı yürütmesi ve nihai bir karar vermesi şeklinde açıklanmaktadır. Buradan hareketle taraflardan ve onların temsilcilerinden (a) tarafların tahkim hakkında yeterli bilgiye sahip olarak en uygun hakemleri seçmeleri ve (b) hakemlerin tarafsız ve bağımsız şekilde (adil yargılanma hakkına uygun olarak) karar vermeleri ve etik kurallara uymaları beklenmektedir. Tahkim yargılamasının sonunda taraflar, sürecin nihai olarak tamamlanmasını ve verilen hakem kararının hızlı ve etkin bir şekilde icrasını beklemektedir. Tarafların tahkim yolunu seçmekle aldıkları risk, hakemin karar verirken hata yapmasıdır. Bu riski ortadan kaldırmak veya minimize etmenin yolu hakem (ve tahkim kurumu seçiminde) dikkatli davranmaktan geçmektedir. Tahkimin etkin bir şekilde kullanıldığı ülkelerde kanun koyucu, yukarıda belirtilen beklentiler doğrultusunda etkin tahkim altyapısını hazırlamakta ve yargı, tahkime sınırlı hallerde yardım ve denetim görevini yapmak suretiyle destek olmakta; bu şekilde tahkim dostu olarak hareket etmektedir.

Hakem kararının nihai olması, hızlı ve etkin bir şekilde icra edilebilmesinin ön şartı, içerik denetim yasağıdır. Tahkimde içerik denetimi, hakemin vermiş olduğu kararın maddi hukuk yönünden hukuka uygun olup olmadığının tahkim yeri mahkemesi tarafından denetlenmesidir. Tahkimde içerik denetimi yapılmayacağı kural olarak evrensel kabul gören bir yaklaşımdır. Bazı ülkelerde ise içerik denetimi taraf iradesine bırakılmıştır.

Türk Hukuku açısından içerik denetimi yapılmayacağı hem milli hem de milletlerarası tahkim bakımından kabul edilmiştir. Ancak bazı kullanıcılar (tacirler veya vekilleri) tahkimde içerik denetimini tercih edeceklerini beyan etmektedir. Yine ülkemizde bazı yargı kararları

* Türk Tahkim Akademisi tarafından 3 Haziran 2022 tarihinde İTOTAM iş birliği ile gerçekleştirilen ‘‘Tahkimde Güncel Sorunlar VI’’ Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

** İbn Haldun Üniversitesi Rektör Yardımcısı

incelendiğinde kamu düzenini geniş yorumlamak suretiyle ya da 1927 yılında kabul edilen mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) zamanında içerik denetimine olanak sağlayan bazı yargı kararlarına dayanmak yoluyla içerik denetimi yapıldığı görülmekte veya yapılması gerektiği tavsiye edilmektedir.

Bu makalenin amacı yukarıda açıklandığı gibi gerek bazı kullanıcılar gerekse bazı mahkemelerin içerik denetimi yapma ihtiyacını veya isteğini başka bir şekilde karşılamanın mümkün olup olmadığını mukayeseli hukuk açısından incelemektir.

1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi¹ altında içerik denetimi yapılamayacağı kabul edilmektedir ve bu makalenin kapsamı dışında kalacaktır.

Bu makalede önce içerik denetim yasağının ne olduğu, tarihsel gelişimi, karşılaştırmalı hukuk açısından konunun incelenmesi yapıp sonuç kısmında ülkemiz açısından öneride bulunulacaktır.

2. İçerik Denetim Yasağı ve Tarihsel Gelişimi

Mahkemelerin özellikle yabancılara karşı olası ön yargısından kaçınmak, ticari işlerdeki süratle bağlı olarak tahkimde kararın icrasına daha hızlı ulaşmak, temelde içerik denetim yasağının iki önemli sebebidir. Tahkim yargılaması usulünce yürütüldüğünde (yetkin bir tahkim kurumu ve/veya uzman, tarafsız bağımsız hakemler seçildiğinde) içerik denetimini haklı kılacak bir sebep de genel olarak ortaya çıkmamaktadır.

Tahkimde içerik denetiminin tercih edilmemesi kurumun tarihsel gelişimi ile çok ilgilidir². Tarihsel gelişime baktığımızda tahkimde içerik denetim yasağı bir başka ülke toprağında verilen hakem kararlarının icrasına ilişkindir. Hakem kararlarının esası içermeyen sınırlı şekilde denetime tabi olması ilk olarak Güney Amerika Devletleri arasında yapılan Usul Hukuku Sözleşmesi'nde görülmektedir³. Aynı yaklaşım 1927 tarihli Yabancı Hakem

¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Done at New York, 10 June 1958, United Nations, Treaty Series, vol. 330, p. 38 No. 4739 (1959); Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991, RG 21.5.1991/20877.

² Hakem kararlarında iptal sebeplerinin tarihsel gelişimine ilişkin olarak kapsamlı bir inceleme için bkz. Ali Cem Budak, "Hakem Kararları Maddi Hukuka Aykırılık Sebebiyle İptal Edilebilir mi? Hakem Kararlarının İptali Müessesesinin Tarihsel Kökeni", Public and Private Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, cilt 40, n. 1, 2020, s. 557-572.

³ Treaty Concerning the Union of South American States in Respect of Procedural Law, Signed at Montevideo, 11 January 1889 (madde 5).

Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Cenevre Protokolü'nde⁴ ve daha sonra 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi'nde⁵ ile 1961 tarihli Avrupa Tahkim Sözleşmesi'nde⁶ kabul edilmiştir. Bu uluslararası andlaşmalar milli kanunları ve özellikle de Birleşmiş Milletlerin Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law* ("UNCITRAL")) tarafından hazırlanan 1985 tarihli (2006 tarihli değişik şekli ile) Model Kanunu⁷ etkilemiştir.

Mülga HUMK'nun hakem kararlarına karşı başvurulacak yol olarak temyiz belirtilmektedir (madde 533). Maddenin içeriğinden ancak sınırlı usulî sebeplere dayanmak yoluyla temyize başvurulabileceği anlaşılmaktadır⁸. HUMK'nda belirtilen sebepler arasında kanuna aykırılık sayılmadığı halde Yargıtay, bir içtihadı birleştirme kararı ile tarafların aralarındaki sözleşmeyi Türk maddi hukukuna tabi kıldıkları hallerde kanuna aykırılığı bozma sebebi olarak saymıştır⁹. Bu yorumun sebepleri olarak taraf iradesine üstünlük tanımak ve maddi hukuk dışına çıkılıp karar verilmesinin hakemlerin yetki aşımı olarak sayılması gösterilmiştir¹⁰. Ekşi bu kararı gerekçe göstermek yoluyla 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri

⁴ Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards, Signed at Geneva, 26 September 1927, League of Nations, Treaty Series, vol. XCII, p. 302, No. 2096 (1929-1930) (madde 1 ve 2).

⁵ Madde 5.

⁶ European Convention on International Commercial Arbitration, Done at Geneva, 21 April 1961, United Nations, Treaty Series, vol. 484, p. 364, No. 7041 (1963-1964); Türkiye Cumhuriyeti ve Avusturya Cumhuriyetinin Taraf Bulundukları Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesine İlişkin Olarak Yaptıkları Ek Anlaşma ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Sözleşmesi ile Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasına Dair Karar, Karar Numarası: 91/2138, Karar Tarihi: 13.8.1991, RG 23.9.1991/21000; Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3730, Kabul Tarihi: 8.5.1991 RG 21.5.1991/20877. Sözleşme altında hakem kararlarının iptali için bkz. madde IX.

⁷ <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf>. Model Kanun 85 ülke ve 118 yargısal olarak bağımsız bölgede kabul edilmiştir.

⁸ Madde 533 şöyledir:

“Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur:

1 Tahkim müddetinin inkızâsından sonra karar verilmiş olması,

2 Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

3 Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmıyan meseleye karar vermeleri.

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

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

⁹ Yargıtay İBHKG, 1993-4/1, 28.01.1994, RG 13.4.1994/21904.

¹⁰ Id. Kararın gerekçesinin özü şu şekilde belirtilmiştir:

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

Kanunu (HMK) kapsamında açılacak iptal davalarında içerik denetimi yapılacağını belirtmektedir¹¹:

“Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da ifade edildiği üzere, taraflar, uygulanacak maddi hukuku belirlemişse, hakemlerin karar verme yetkilerini de sınırlamış olmaktadır. Eğer hakemler, tarafların belirlediği maddi hukuk kurallarının dışına çıkmak suretiyle karar vermişse, o zaman yetkilerini aştıklarını kabul etmek ve bu sebebe istinaden hakem kararının iptali için mahkemeye başvurma hakkını taraflara tanımak gerekir (HMK md. 439/2-ç).”

Bu görüş hakemlerin yetki aşımına ilişkin iptal sebebinin “kapsamının zorlama bir yorumla genişletilmesi sonucunda ulaşılmış bir görüştür.”¹²

Yukarıda ifade edilen görüş her ne kadar eleştirilse de Yargıtay’ın hem HMK hem de MTK kapsamında iptal davalarında, İçtihadı Birleştirme Kararı yönünde yorum yapma olasılığı hâlâ mevcuttur.

Büyük ölçüde Model Kanun’dan iktibas edilen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ile HMK’nun tahkime uygulanan hükümleri (11. Kısım) tahkimde içerik denetimini yasaklamaktadır. Nitekim MTK’nun m. 15/A maddesi şu şekildedir:

“Hakem kararına karşı **yalnızca iptal davası** açılabilir. ...”

Maddenin gerekçesinde¹³:

“Madde 15. - A) Hakem kararına karşı yetkili asliye hukuk mahkemesinde yalnızca iptal davası açılabilceği,”

belirtilmiştir.

Benzer şekilde bir düzenleme içeren HMK’nun 439. maddesi şu şekildedir:

“Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. ...”

Maddenin gerekçesi şöyledir:

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

¹¹ Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019, s. 186.

¹² Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2019, s. 435-436.

¹³ <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c067/tbmm21067122ss0712.pdf>>.

“İkinci fıkrada, tahkimin amacı, niteliği, tarihsel gelişimi gereği ve tahkimde sürati temin etmek için, hakem kararlarının iptali sebepleri sınırlı olarak sayılmıştır. Şu husus ifade edilmelidir ki, hakem veya hakem kurulunun, hukuku doğru uygulayıp uygulamadığı meselesi bir iptal sebebi değildir. Tahkim, sözleşmesel bir kurumdur. Yukarıda belirtilen riskin var olduğunu düşünen taraf öncelikle tahkim yolunu seçmez. Ayrıca, tahkimde hakem veya hakemlerin seçilmesi usulü, taraf serbestisine bırakılmıştır. Uyuşmazlık konusunda, uzman kişilerin hakem seçilmesi suretiyle var olduğu düşünülen riskin de ortadan kaldırılması imkânı taraflara tanınmıştır.”

Türk Hukuku açısından tahkimde içerik denetim yasağı, görüldüğü gibi kanunlarımızda (lâfız ve gerekçelerden anlaşıldığı gibi) açıkça belirtilmiştir. İçerik denetim yasağı veya hakem kararlarının temyiz yoluyla inceleme yasağı doktrinde de büyük çoğunlukla, iradi veya kanuni sebeplerle, kabul edilmiştir¹⁴.

3. İçerik Denetim Görüşü/İstemi/Beklentisi

Ülkemizde hukukçuların ve tahkim kullanıcılarının bir kısmı, yapılan birebir görüşmelerde, tahkimde içerik denetimi istemekte, beklemekte ya da bu yönde görüş bildirmektedir. Aynı yönde, her ne kadar yukarıda açıklandığı gibi hakem kararlarına ilişkin içerik denetim yasağının kanunen kabul edilmesine rağmen uygulamada içerik denetimi yapıldığı görülmektedir. İçerik denetimi ya iptal sebeplerinden olan kamu düzeninin geniş yorumlanması yoluyla ya da 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan şekliyle hakemlerin yetkilerini aşmaları şeklindeki iptal sebebinin zorlama yoluyla geniş yorumlanması şeklinde olmaktadır¹⁵. Kamu düzeninin geniş yorumlanmasına örnek olarak bazı Yargıtay kararları gösterilebilir¹⁶. Bu Yargıtay kararları imtiyaz sözleşmelerinde yer alan hazine ve kamu

¹⁴ Bkz. örneğin Ergin Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 201 (“[Yabancı hakem kararlarının, maddi içerik yönünden “doğruluğu” inceleme konusu yapılamaz. Burada da ‘*revision au fond*’ yasağı prensip olarak geçerlidir. Bu prensibin istisnası, ... hakem kararının kamu düzenine aykırılığının söz konusu olması halinde ortaya çıkar.”). Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2021, s. 790-791 (“Kanuna göre, mahkeme; sadece iptal sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasından hakem kararını inceleyebilir. MTK, bu düzenlemesi ile ‘esasa girme yasağı’ getirmiştir.”) (dipnotlar alınmamıştır). Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2020, s. 332 (tarafların devlet yargısı yerine uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolunu tercih etmeleri sebebiyle hakemlerin doğru karar verip vermedikleri hususunun temyiz yoluyla denetlenmemesi gerekir); H. Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2020, s. 656 (“... hakem kararlarının temyiz yoluyla denetlenmesi mümkün değildir. Bunun nedeni, tarafların tahkim yolunu tercih etmekle, uyuşmazlık hakkında devlet mahkemeleri yerine hakemler tarafından nihai olarak karar verilmesini tercih etmeleridir.”); Doğan Ağırman, Milli ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2022, s. 647 (“İptal davasında ..., hakem kararının tarafların ileri sürdüğü maddi vakıalara uygunluğu, hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığına bakılamayacaktır”).

¹⁵ Bu konuda bkz. yukarıda dipnot 11 ve ilgili metin.

¹⁶ Yargıtay 13 Hukuk E. 2012/8426 17.04.2012; E. 2012/8425 K. 2012/10348 17.04.2012 ve E. 2011/19737 K. 2012/25406 13.11.2012 (kararlar yayınlanmamıştır). Bkz. Şanlı/Esan/Ataman Figanmeşe, s. 791, dipnot 655.

masraflarına katkı paylarına ilişkindir. Yargıtay bu konuyu kamu düzeninde saymış ve açılan iptal davasında temyiz incelemesi yapmıştır. Yargıtay'ın yukarıdaki kararlarının değerlendirilmesi öğretide şu şekilde yapılmıştır:¹⁷

“... hakem kararı esastan incelemeye tabi tutulmuş, bu cümleden olarak hakem kararındaki maddi vakıalar yeniden ve farklı biçimde değerlendirilmiş, davada tatbiki söz konusu olan sözleşme ve kanun hükümleri yeniden ve farklı biçimde tavsif edilmiştir. Neticeten, taraflar arasındaki ihtilafın esası hakkında Yargıtay, (hakemlerin yerine geçerek) davanın reddi yönünde yeni bir karar vermiştir.”

4. Karşılaştırmalı Hukuk

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda tahkim dostu ülkelerde hakem kararlarına ilişkin içerik denetimi yasağı olduğunu görmekteyiz. Nitekim UNCITRAL Model Kanunu'nda¹⁸ ve örneğin İsviçre Hukukunda ise hakem kararlarının mahkeme tarafından içerik denetimi yapılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Buna karşılık içerik denetimine müsaade eden bazı ülke hukukları da mevcuttur. İçerik denetimine bazı hallerde izin veren ülke hukuklarının başında İngiliz Hukuku gelmektedir. İngiliz Tahkim Kanunu'nun 69. maddesine göre taraflar açıkça aksini kararlaştırmadı ise mahkemenin belirli şartların oluşması halinde nihai hakem kararına ilişkin içerik denetimi yapması mümkündür¹⁹. İngiliz Hukukunda içerik denetimi bazı şartlara bağlanmıştır. Öncelikle tahkim şartında aksi kararlaştırılmamış olmalı, tahkim yeri İngiltere ve İngiliz maddi hukuku uygulanmalıdır. Bu durumda bile temyiz incelemesi her iki tarafın talebi veya mahkemenin temyize müsaade etmesi durumlarında söz konusu olmaktadır (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/2). Mahkeme içerik denetimi için şu maddi şartların sağlanmış olmasını dikkate alır (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/3):

¹⁷ Id.

¹⁸ Binder, s. 446. UNCITRAL Document A/CN.9/216, para. 107. Model Kanunda içerik denetim yasağı açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak bu husus maddenin yazımından doğan olarak anlaşılmaktadır. Peter Binder, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, Kluwer 2019, s. 446. Model Kanunda hakem kararına karşı sadece iptal davası açılabilmesine imkân tanınmasının temel sebebi mahkeme kararlarına karşı milli yargılamalarda birçok imkânın mevcut olmasına karşı tahkimde bir farklılık oluşturmaktır. Id., UNCITRAL Documents A/CN.9/264, art. 34, para. 1. Bu durum aynı zamanda uluslararası alanda hakem kararlarına karşı hukuki çareler konusunda yaygınlaşan yaklaşımı da ifade etmektedir. UNCITRAL Documents A/CN.9/207, para. 103.

¹⁹ Bu konuda bilgi için bkz. örneğin, Lord Mustill/Steward C. Boyd, *Commercial Arbitration*, 2. bası, 2001, s. 355 vd.; David St. John Sutton/Judith Gill, *Russell on Arbitration*, 2003, para. 8-054 vd.; Fulya Teomete Yalabık, “The Impact of the Seat of Arbitration on Judicial-Interference: Do Sections 67, 68 and 69 of the English Arbitration Act 1996 regarding Challenges of Awards Make London An Attractive Hub?” *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, (2021) 70 *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 253. <<https://doi.org/10.26650/annales.2021.70.0009>>.

a) içerik denetimi yapılması istenilen husus, bir veya daha fazla tarafın haklarını önemli ölçüde etkileyecek ise,

b) içerik denetimi yapılması istenilen husus, hakem tarafından değerlendirilmiş olan bir mesele ise

c) nihai hakem kararında yer alan vakıalara ilişkin bulgular çerçevesinde:

i) nihai hakem kararı açıkça hatalı ise, veya

ii) mesele genel olarak kamusal anlamda önemli ise ve nihai hakem kararının doğruluğu o mesele konusunda en azından açıkça ciddi şüphe içeriyorsa, ve

d) tarafların meselenin hakem tarafından çözümü konusunda anlaşmış olmasına rağmen, o meselenin hâkim tarafından çözümü adil ve uygun olacak ise.

İçerik denetimi konusunda yapılacak temyiz başvurusunda incelenmesi istenilen hususun açıkça belirtilmesi gerekir (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/4).

Mahkeme nihai hakem kararını onaylayabilir, değiştirebilir, tamamının veya bir kısmının düzeltilmesi için hakeme geri gönderebilir ya da tamamı veya bir kısmını iptal edebilir (İngiliz Tahkim Kanunu m. 69/7).

Her ne kadar İngiliz Hukukunda içerik denetimine müsaade edilmişse de gerek aranan şartlar gerekse mahkemelerinin sınırlayıcı yaklaşımı sonucu 2019 yılında içerik denetimine ilişkin 39 temyiz başvurusunun tamamı reddedilmiştir²⁰.

Fransız Hukukunda mahkemeler (milli veya milletlerarası tahkimde) hakem kararı verildikten sonra istisnai durumlarda hakem kararını temyiz incelemesi (*revision*) esastan değiştirebilmektedir (Fransız Medeni Usul Kanunu m. 1502). Fransız Medeni Usul Kanunu'nun 595. maddesine göre temyiz incelemesi sadece şu hallerde yapılabilir:

a) Lehine karar verilen taraf hile kullanılmış ise,

b) Karar verildikten sonra kararın verilmesinde etkili olacak bir delil ortaya çıkmış ise,

c) Karara etkili olan bir belgenin doğru olmadığı sonradan ortaya çıkmış ise,

d) Kararda etkili olan bir tanık, uzman veya bilirkişi ifadesinin doğru olmadığı ortaya çıkmış ise.

Yukarıdaki her halde başvuru sahibinin kendisine yüklenemeyecek bir kusur sebebi ile karar kesinleşmeden bu hususların ileri sürememiş olması aranmaktadır.

²⁰ Commercial Court Users Group Meeting, 20 Kasım 2019, <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/02/Minutes-of-Comm-Ct-Users-Group-20.11.19.pdf>>.

Amerikan Hukukunda, tahkim kullanıcılarının talepleri doğrultusunda ve tahkim yolunun kullanımını artırmak için, taraf sözleşmesi ile kabul edilmesi şartıyla, hakem kararının bir başka hakem kurulu önünde esastan incelenmesi usulü kabul edilmektedir.²¹ UNCITRAL Model Kanunu’nun tarafların kararlaştırmaları halinde başka bir hakem kurulu vasıtasıyla içerik denetimi yapılmasını yasaklamadığını da ifade etmek gerekir.²²

5. Sonuç ve Öneri

Özellikle halka kapalı şirket uyuşmazlıklarının da tahkim yoluyla çözümünün önerildiği şu günlerde, Türk hukukunda tarafların seçimi halinde ve Türk maddi hukukunun uygulanması şartıyla, tahkim yeri Türkiye olan hallerde, hakem kararının açıkça hukuka aykırı görülmesi durumunda temyiz denetimine müsaade etmek yerinde olacaktır kanaatindeyim. Böyle bir yaklaşım içerik denetimi beklentilerini karşılayacağı gibi; bu yönde seçim yapmamış olanlar için de içerik denetim yasağını kuvvetlendirecektir.

²¹ Theodore K. Cheng, “Merits-Baed Review of Arbitration Awards: A Potentially ‘Appealing Option’”, NYSBA NY Litigator, c. 22, no. 2 (Güz 2017), s. 21-23. International Institute for Conflict Resolution and Prevention (CPR) 1999 yılında, JAMS 2003 yılında ve American Arbitration Association (AAA) 2013 yılında tarafların ihtiyarı ile temyiz incelemesi yapılmasına olanak tanıyan kurallar kabul etmiştir. Id.

²² UNCITRAL Document A/CN.9/216, para. 106; A/CN.9/264, art. 34, para. 2.

HAKEM KARARLARINA KARŞI İPTAL SEBEPLERİNDEN KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK**

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ*

I. Kamu Düzenine Aykırılık Kavramı

Uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini kabul eden hukuk devletinin, kamu düzenine aykırı kararları kabul etmesi ve bu tür kararların uygulanmasına izin vermesi düşünülemez. Bu nedenle tahkimin uygulandığı her ülkede kamu düzenine aykırılık iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. Kamu düzenine aykırılık kavramı ceza hukuku, özel hukuk ve kamu hukukunda inceleme alanı olan bir kavramdır¹. Bu kavramın bütün alanlar bakımından tanımını yapmak mümkün olmadığı gibi², zaman itibarıyla değişimi³ de bu tanımlı yapmayı mümkün kılmamaktadır.

Kamu düzenine aykırılık hâkim tarafından belirlenecektir⁴. Kamu düzeni, zamana ve yere göre değişebilir ve hatta her ülke bakımından farklılık arz edebilir. Geniş yorumlanmaya müsait gibi görünse de tahkim bakımından bunu dikkatle ve dar yorumlamak icap eder. Özellikle devlet mahkemesinde bu uyuşmazlık hakkında hüküm verilseydi nasıl bir hüküm verilmesi gerektiği ölçüsünden hareket ederek kamu düzenine aykırılık tespit edilemez. Her emredici hükmün ihlâli kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilemez. Bu nedenle kamu düzenine aykırılık emredici hükümlere nazaran daha dar bir alanı kapsar⁵.

** Türk Tahkim Akademisi tarafından 3 Haziran 2022 tarihinde İTOTAM iş birliği ile gerçekleştirilen “Tahkimde Güncel Sorunlar VI” Sempozyumunda sunulan tebliğin metnidir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Edis, S., Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 157; Atasoy, K., Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı, İstanbul 2020, s. 12 vd.

² Umar, B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1251; Demir Gökyayla, C., Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 23 vd.; Atakan, A., Kamu Düzeni Kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl:2007, Cilt:13 Sayı:1-2, s. 59; Okay Tekinsoy, Ö., İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, İstanbul 2011, s. 7; Ökçün, A. G., Devletler Hususî Hukuku’nun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 9.

³ Dayınlarlı, K., Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 7; Demir Gökyayla, s. 24; Karadaş, İ., 6100 Sayılı HMK’nda Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Ankara 2013, s. 228; Kamu düzeni kavramının yere ve zamana göre değişken nitelikte olması nedeniyle, bu kavramın nisbî (göreceli) olduğundan söz edilmektedir (Edis, s. 157).

⁴ Kamu düzeni kavramının zamana ve yere gören değişen içeriği, kamu düzenine aykırı olan hâllerin önceden tespitini engellemekte olup, bir hususun kamu düzenini ihlâl edip etmediğini iptal davasını inceleyen mahkeme tespit edecektir (Akıncı, Z., Milletlerarası Tahkim, 4. Baskı, İstanbul 2016, s. 281-282; Özbay, İ./Korucu, Y., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Tahkim (HMK m. 407-444), Ankara 2016, s. 248; Korucu, Y., Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Tahkim, Ankara 2015, s. 186).

⁵ Liebscher, C., Schiedsverfahrensrecht, Band II, Wien 2016, s. 491; Atakan, s. 68.

Kamu düzenine aykırılığın tam bir tanımının olmayışı, istenilen her yere uydurulmaya çalışılması anlamına gelmemelidir. Aksine yorum yapılmaya çalışılması, kamu düzeni kavramının amacına ve iyiniyet kurallarına aykırı kullanılması anlamına gelir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu vermiş olduğu kararda kamu düzenini şu şekilde açıklamıştır:

« İç hukukta kamu düzeninin çerçevesi, Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensiplerine dayanan kurallara, medeni toplulukların müstereken benimsedikleri ahlaki ilkeler ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejime, insan hak ve özgürlüklerine aykırılıklar şeklinde çizilebilir...⁶».

Hukuk Genel Kurulu tarafından iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi aşağıdaki biçimde çizilmeye çalışılmıştır.

“Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, medeni toplulukların, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık” şeklinde çizilmiştir. Tanıma ve tenfiz talebine konu yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespiti, esas itibariyle hâkimin takdirine bırakılmıştır. Ancak hakim, takdir yetkisini kullanırken milletlerarası özel hukukun varlık sebebini ve bu hukukun genel prensiplerini dikkate almak durumundadır”.⁷

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 439. maddesinin, ikinci fıkrasının, “ğ” bendine göre, hakem kararının kamu düzenine aykırı olması ayrıca iptal sebebi olarak belirtilmiştir. Bu bende göre kamu düzenine aykırılık tespit edilirse, hakem kararı mahkeme tarafından kendiliğinden iptal edilecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinin, A fıkrasının, 2/b bendine göre, “Kararın kamu düzenine aykırı olduğu”nun tespit edilmesi iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. Benzer düzenlemenin bulunduğu Alman Medeni Usul Kanunu’nun 1059. maddesinin ikinci fıkrasının 2/b bendine göre, “Hakem kararının tenfizi veya icrası kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa” iptal sebebi olarak kabul edilmiştir.

⁶ İBK 10.02.2012, 1/1 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷ HGK 26.11.2014, 11-1135/973 (Kazancı İçtihat Bankası).

İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun 393. maddesinde iptal sebepleri arasında kamu düzenine aykırılık sayılmamıştır. Eşitlik ilkesine aykırılık veya hukukî dinlenilme hakkına aykırılık (ZPO m. 393, d) ile açıkça maddî vakıalara veya hukuka veya hakkaniyete aykırı kararlar “*keyfi olması (willkürlich)*” nedeniyle iptal sebebi olarak kabul edilmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun’un 190. maddesine göre, “*hakem kararının kamu düzenine aykırı olması*” iptal sebebi olarak kabul edilmiştir (IPRG Art. 190 2, e).

II. Kamu Düzenine Aykırılık İptal Davasında Kendiliğinden Nazara Alınır

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinin A fıkrasının ikinci bendinin a ve b alt bent hükümlerinde yer alan iptal sebepleri için, “*tespit edilirse*” denilmiştir. Bunun anlamı kamu düzenine aykırılık açılan iptal davasında taraf veya taraflarca ileri sürülme bile mahkeme tarafından re’sen nazara alınacaktır⁸. Diğer sebepler ise, ancak taraf veya taraflarca ispat edilebilirse, kararın iptaline neden olacaktır. Alman Medeni Usul Kanunu’nun 1059. paragrafının ikinci fıkrasının ikinci bendinde de, “*mahkeme tespit ederse*”, ifadesi yer almaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ise, iptal sebepleri bakımından böyle bir ayırım yapılmamıştır. Ancak böyle bir ifade kullanılmamış olsa bile, kamu düzenine aykırılık mahkeme tarafından re’sen nazara alınacaktır.

İptal davası açan tarafın, iptalini istediği kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ispat etmesi gerekli olmayıp, kamu düzenine aykırılık taraflarca ileri sürülme de mahkeme tarafından kendiliğinden nazara alınır⁹. Yargıtay kararlarında da iptal davasında kamu düzenine aykırılığın mahkeme tarafından re’sen araştırılması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin:

“*Tahkim yargılamasına konu uyuşmazlıkta 4686 sayılı Kanun’un 2. maddesi gereğince yabancılık unsuru söz konusu olup, aynı yasanın 1/2. Maddesi gereğince, Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanacaktır. Taraflar arasındaki sözleşmenin 17.2 maddesinde, Türk maddi hukukunun uygulanması, 17.3 maddesinde de doğacak ihtilâfların ... Ticaret Odası Tahkim Uzlaşma Hakem Bilirkişilik Yönetmeliği uyarınca kurulacak hakem kurulu tarafından çözümleneceği kararlaştırılmıştır. MTK’ ya göre yapılan tahkim yargılamasında verilen kararlara karşı iptal davası açılabilecektir. MTK’ nın 15. maddesinden iptal nedenleri tek tek sayılmıştır. Birinci bölümde yer alan iptal sebepleri; tarafların ileri sürüp ispat edecekleri sebepler, ikinci bölümde ise; iptal davasına bakacak mahkemenin de resen dikkate alacağı*

⁸ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 278; Doğan, V., Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ankara 2020, s. 1191.

⁹ Pekcanitez, H./Yeşilirmak, A., Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2780; Özbay/Korucu, s. 248 vd.; Korucu, s. 186-187.

sebepler yer almaktadır. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması ve kamu düzenini aykırılık resen dikkate alınabilecek sınırlı iki sebeptir”¹⁰.

Hakem kararlarına karşı özel bir yol olarak kabul edilen iptal davası, sınırlı sayıdaki sebeplere dayanılarak açılabilir¹¹. Sınırlı olarak sayılmış olan iptal sebepleri, özellikle kararın içerik denetimi yapılacak şekilde geniş yorumlanmamalıdır¹².

Milletlerarası Tahkim Kanununa göre, yerleşim yerleri Türkiye dışında kalan taraflar tahkim sözleşmesine koyacakları açık bir beyanla, bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açma hakkından önceden feragat edilebilir. Uluslararası alanda hakem kararlarına karşı iptal davası açmaktan tarafların feragat edebilecekleri kabul edildiği için Milletlerarası Tahkim Kanununda da bu yönde hükme yer verilmiştir. Ancak iptal davası açmaktan feragatin geçerli olabilmesi için Milletlerarası Tahkim Kanununda önemli bir koşul öngörülmüştür. Buna göre, iptal davası açmaktan feragat, sadece tarafların yerleşim yerleri veya olağan oturma yerlerinin Türkiye dışında bulunması hâlinde mümkündür¹³. Bunun sebebi, tahkim sonunda verilen kararın; biri, tahkim yerinin bulunduğu yerde iptal davasını inceleyecek olan mahkemede; diğeri ise, kararın tenfizinin talep edileceği ülkede iki ayrı hâkimin kontrolünden geçmesinin önlenmesidir. Böylelikle iptal davasının açılacağı ülkelerde, iptal davasının açılması ve dolayısıyla mahkemelerin iş yükü önlenmiş olacaktır¹⁴.

İptal davası açılmasından feragat edilmediği hâlde, taraflar süresi içinde iptal davası açmazlarsa, yani iptal davası açma süresini geçirirlerse, bu durumda da hakem kararı kesinleşmiş olur ve mahkemeden kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belge alınarak ilâmlı icra takibine başlanabilir. İcra edilebilirlik belgesi verecek olan mahkeme tıpkı iptal davası açmaktan feragat edilmesindeki gibi, kesinleşmiş olan hakem kararının tahkime elverişli olup olmadığına ve kararın kamu düzenine ilişkin olup olmadığına ilişkin incelemeyi kendiliğinden yapacak ve bu koşulların mevcut olduğunu tespit ederse, hakem kararının icrası talebini reddedecektir.

¹⁰ Yargıtay 15. HD. 26.09.2019, 2474/3640, **Özbek**, M. S., Tahkim Hukuku, Ankara 2022, Cilt II, s. 2017.

¹¹ **Kuru, B./Aydın, B.**, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2021, C. II, s. 1901; **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2733; **Arslan, R./Yılmaz, E./Taşpınar Ayvaz, S./Hanağası, E.**, Medenî Usul Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 834; **Yılmaz, E.**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Ankara 2021, C. 4, s. 5498; **Özbay/Korucu**, s. 221-222; **Korucu**, s. 170-171; **Karadaş**, s. 217.

¹² **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2733.

¹³ **Akıncı, Z.**, Milletlerarası Tahkim ve İptal Davası, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2014, s. 28-29; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 264-265; **Süral, C.**, Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s.1387.

¹⁴ **Kalpsüz, T.**, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2007, s. 150-151; **Ataman Figanmeşe, İ.**, Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrole Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri, MHB 2011, 31/2, s. 76; **Süral**, s. 1386; **Göksu, T.**, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2013, s. 684.

Kamu düzenine aykırılık sebebinden feragat edilemez. Taraflar iptal davası açma hakkından feragat etseler bile kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal davası açabilirler. Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise, tarafların tahkim yargılamasından önce iptal davası açmaktan feragat edebilmeleri kabul edilmemiştir. Feragat ancak hakem kararının verilmesinden sonra mümkün olabilir.

III. Kamu Düzenine Aykırılığın Kabul Edildiği Hâller

Kamu düzeninin uluslararası hukukta yapılmış ve herkes tarafından kabul gören bir tanımı yoktur. Öncelikli olarak her ülke kendi hukukuna göre kamu düzenini belirlemektedir. İptal davasını inceleyen mahkeme için kamu düzeni, öncelikle Türk kamu düzeni olarak anlaşılmalıdır. Ancak uluslararası alanda kabul edilen kamu düzenine aykırılık Türk hukuku bakımından da kabul edilmiş ise, iptal sebebi olarak kabul edilir¹⁵.

Kamu düzenine aykırılık yargılama hukukuna ve maddî hukuka ilişkin olmak üzere ikiye ayrılarak değerlendirilebilir¹⁶. Başka bir ifade ile kamu düzenine aykırılığın hem maddî hukuk yönü hem de usûl hukuku yönü bulunmaktadır. Tahkim yargılaması sırasında usûlî temel hakların ihlâli hâlinde usûlî kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Tarafların eşitliği ilkesine veya hukukî dinlenilme hakkına aykırılık usûl hukukuna ilişkin kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilebilir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanununun 439. maddesinin birinci fıkrasının “f” bendinde bu husus ayrıca iptal sebebi olarak sayılmıştır.

Hakem kararları İnsan Hakları Sözleşmesine de tabidir¹⁷. Çünkü hakem kararları da tıpkı mahkeme kararları gibi kesin hüküm etkisini gösterir ve mahkeme kararları gibi cibrî icraya konu olurlar¹⁸. Adil yargılanma hakkının unsurları, makûl süre içinde karar verilmesi ile aleniyet ilkesi hariç olmak üzere, hakem mahkemesi kararları bakımından da geçerli olup¹⁹, iptal sebebi olarak değerlendirilmelidir.

¹⁵ Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi açısından kamu düzenine ilişkin aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tanriver, S.**, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 149 vd.; **Demir Gökyayla**, s. 24 vd. **Şensöz Malkoç, E.**, Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, İstanbul 2017, s. 381.

¹⁶ **Demir Gökyayla**, s. 140 vd.; **MünchKommZPO/Münch**, 1059 Rn.45; **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2775.

¹⁷ **Güvenalp, F. N.**, Milletlerarası Tahkimde İddia ve Savunma Hakkının İhlâli, İstanbul 2018, s. 7, s. 15.

¹⁸ Hakem kararlarının icrası hakkında bkz. **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2789 vd.; **Süral**, s. 1377 vd.

¹⁹ **Pekcanitez/Yeşilirmak**, Pekcanitez Usûl, s. 2733; **Güvenalp**, s. 7, s. 15. Yargıtay da kararlarında bu hususa vurgu yapmaktadır. Örneğin; “**Hukukî dinlenilme hakkı, sadece belli bir yargılama için ya da yargılamanın belli bir aşaması için geçerli olan bir ilke değildir. Tüm yargılamalar için ve yargılamanın her aşamasında uyulması gereken bir ilkedir. Bu çerçevede gerek çekişmeli ve çekişmesiz yargı işlerinde gerekse bu yargılamalarla bağlantılı geçici hukukî korumalarda, icra takiplerinde, tahkim yargılamasında, hatta hukukî uyumsuzluklarla ilgili yargılama dışında ortaya çıkan çözüm yollarında, her bir yargılama, çözüm yolu ve uyumsuzluğun niteliğiyle bağlantılı şekilde hukukî dinlenilme hakkına uygun davranılmalıdır. Hukukî dinlenilme hakkına aykırılık bir istinaf gerekçesi ve temyizde de bozma sebebidir. Hakkın ihlalinin niteliğine göre, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilebilir. Ayrıca adil yargılanma hakkının ihlali çerçevesinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilir.**” HGK, 13.02.2020, 22-2505/147, § 27 (Kazancı İçtihat Bankası).

Emredici hukuk kurallarına aykırılık mutlaka kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal sebebi sayılmaz²⁰. Bu sebeple kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal, emredici hukuk kurallarına aykırılık bakımından daha sınırlıdır. Çünkü emredici hukuk kurallarının ihlâli yeterli olmayıp, bu ihlâl ile aynı zamanda Türk hukuku bakımından korunan temel hakların da ihlâl edilmiş olması gerekir.

Emredici olsun veya olmasın bir kanun hükmünün uygulanmış ya da uygulanmamış olması tek başına kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal sebebi değildir. Bu aykırılığın aynı zamanda toplumun temel değerlerine, genel ahlâk ve adaba, Anayasa’da kabul edilen temel hak ve hürriyetlere de aykırı olması gerekir. Tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini aşan, toplumsal boyutu olan, toplumun kabul edemeyeceği, toplumsal vicdanı yaralayan, toplumda rahatsızlık oluşturan bir karar olması gerekir.

İptal davasını inceleyen mahkeme hakem kararında emredici hukuk kurallarının doğru olarak uygulanıp uygulanmadığına bakmamalı, özellikle hakem kararının icra edilmesi hâlinde bu uygulamanın kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini değerlendirmelidir. Bu anlamda hakem kararının icrası, temel haklara, ahlâkî fiikirlere ve adalet duygusuna aykırılık biçiminde olabilir. Örneğin hakemlerin butlanla malûl bir sözleşmeye dayanarak hüküm vermiş olmaları kamu düzenine aykırılıktır²¹.

Hakem kararının icrası bir suç oluşturacaksa bu da kamu düzenine aykırılık içinde değerlendirilmelidir²². Vergi kaçırma, kara para aklama, gümrük vergilerinden kaçınmak amacıyla yasa dışı işlemler yapma, naylon fatura düzenleme gibi hâllerin var olduğu hakem kararı kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmelidir.

Genel olarak kanunların kamu düzenini korumak amacıyla koyduğu hükümlere aykırılık hâlinde kamu düzenine aykırılık söz konusu olur. Bu anlamda kişilik haklarının ihlâli kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilebilir²³. Hakem kararının *icrası imkânsız ise* yine kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir.

Tahkime güvenin arttırılması için hakemlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı son derece önem taşımaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları, hâkimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığından çok farklı değildir. Hakemlerin bağımsızlığının işlevi, adil bir yargılama neticesinde taraflara eşit mesafenin korunması suretiyle, kararlaştırılan hukuk kurallarına

²⁰ Zira kamu düzenine aykırılık emredici hükümlere nazaran daha dar bir alanı kapsar (Bkz. yuk. dn. 6).

²¹ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2777.

²² Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2777.

²³ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2777.

uygun, adil ve taraflarca bu hususlarda hiçbir şüpheye mahal vermeyen bir kararın hakemlerce verilebilmesini sağlamaktır²⁴. Yargılama yapan hakemin bağımsız olması, uyuşmazlığı çözecek kişide bulunması gereken en önemli niteliklerdir. Hakemler de hakimler gibi bağımsız olmalıdır. Bu sebeple hakemler bağımsız olduğu için seçilir. Hakemin bağımsız olabilmesi için kimseye tabi olmaksızın, kimseyle arasında bağımlılık ilişkisi bulunmaksızın, kimseden emir ve talimat almaksızın, düşünce ve kanaatine tesir edecek veya baskılayacak herhangi bir ilişki içinde bulunmaksızın karar vermiş olması gerekir. Hakemlerin bağımsızlığı tahkim yargılamasının olmazsa olmaz ilkelerinin başında gelmektedir²⁵.

Hakemin bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanabilmesi için seçiminden sonra tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında bildirim yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bu yükümlülük hemen hemen tüm ülkelerde genel bir prensip olarak kabul görmüştür. Seçilen hakemin taraflara olan yakınlığı ve ilişkisi bilinemeyeceğinden, bunun bir red sebebi yapılabilmesi için hakemlerin seçildikleri uyuşmazlıkta, uyuşmazlık konusu ve taraflarla olan ilişkilerini bildirmesi zorunlu olarak kabul edilmiştir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK. m. 417) ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre (MTK. m.7, C, 1) hakemlerin konumunu etkileyecek, yani tarafsızlık ve bağımsızlıklarından şüphe etmeyi haklı gösterecek hâl ve şartların, tahkim yargılaması başlamadan önce açıklanması zorunluluğu getirilmiştir²⁶. Yabancı hukuklarda da benzer düzenlemeler vardır. Örneğin Fransız Medeni Usul Kanununun 1456. maddesinde, hakemlerin görevlerini kabul etmeden evvel tarafsızlıklarını ve bağımsızlıklarını etkilemesi muhtemel durumları bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir²⁷. Alman Medeni Usul Kanununun 1035/5 ve 1036/2'inci paragraflarında da hakemlerin bağımsız ve tarafsız olma yükümlülüğü kabul edilmiştir. Ulusal hukukların bildirim yükümlülüğü bakımından etkilendiği düzenleme, şüphesiz UNCITRAL Model Kanun'dur. Bu Kanunun 12. maddesine göre,

“Hakem olarak atanma ihtimali olan kişi, tarafsızlık ve bağımsızlığına ilişkin haklı şüphelere yol açması muhtemel bütün hal ve şartları bildirmek zorundadır. Bir hakem, atandığı andan itibaren tahkim yargılaması süresince, evvelce kendisinin tarafları bilgilendirmediği bu tür durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmelidir.”

²⁴ Kalpsüz, T., Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, ICC Milletlerarası Tahkim Semineri, 21 Mart 2008, s. 29 vd.; Tosun, Ö., Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, MİHDER 2013/2, S. 25, s. 215 vd.; Balkar Bozkurt, S., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü, İstanbul 2016, s. 91 vd.

²⁵ Balkar Bozkurt, s.98, 74; Tanrıver, Kamu Düzeni, s.156-157; Nomer, E., Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı, MHB, 1984/4, s. 29)

²⁶ Tanrıver, S., Medenî Usûl Hukuku, Cilt II, 2. Bası, Ankara 2022, s. 385-386; Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2692; Yılmaz, Şerh, s. 5452.

²⁷ Balkar Bozkurt, s.55.

Kurumsal tahkim uygulamasında da hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık beyannamesi imzalamaları zorunluluğu getirilmiştir. İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Tahkim Kurallarına göre, taraflarca seçilen hakem, Divanın onayından önce, Sekreterliğe imzalı bir tarafsızlık, bağımsızlık ve tahkim yargılaması için gereken zaman bakımından elverişlilikle ilgili bir beyanda bulunmak zorundadır (m. 18, 2)

Ticari Uyuşmazlıklardaki Hakemler İçin AAA/ABA Etik Kuralları, 2004 yılında yeniden gözden geçirilerek revize edilmiş ve hakemlerin, baş hakem başta olmak üzere, tarafsız olması gerektiği düzenlenmiştir. Milletlerarası alanda hakemler için kabul edilen etik kurallarda da hakemlerin bağımsız ve tarafsızlığı ile ilgili önemli düzenlemeler getirilmiştir. Hakemin bildirimde bulunmaması her şeyden önce hakemin taraflı davrandığı izlenimi doğuracaktır. Hakemin bildirim yükümlülüğüne aykırı davranması, kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmiştir.

Hakem veya bilirkişilerin bağımsızlık veya tarafsızlığı her zaman iptal sebebi oluşturmaz. Zira tahkim yargılaması sırasında hakemin ya da bilirkişinin tarafsız olmadığını bilen taraf, bunu belli bir süre içinde ileri sürmek zorundadır. Bu süre içinde ileri sürülmez ise, kamu düzenine aykırılıktan söz edilemez. Zaten daha sonra ileri sürülmek istenmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir²⁸.

Tahkim yargılamasının tabi olduğu usûl kurallarına göre hakemlerin gerekçeli karar vermeleri zorunlu olduğundan, gerekçesiz hakem kararına karşı hukukî dinlenilme hakkının ihlâli ve bu kapsamda kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal davası açılabilir. Ancak tahkimde uygulanacak usûl kuralları hakemlerin vereceği kararın gerekçesiz olabileceğini öngörüyorsa, bu durumda gerekçesiz karar kamu düzenine aykırı sayılmaz.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delil ya da deliller hakem kararında esas alınmışsa, hakem kararı kamu düzenine aykırı sayılmalıdır.

Hakem kararı için yargılamanın iadesini gerektiren hâller (HMK m. 443, 375, b, c, e, f, g, 1, i), kamu düzenine aykırılık ve dolayısıyla iptal sebebi teşkil eder. Bunun için ayrıca yargılamanın iadesi davası açılması gerekli değildir. İptal davasında ileri sürülebilen sebep olması yeterlidir.

²⁸ BGE 126 III 249 E.; Göksu, 662.

Tahkimin niteliğine uygun düşen dava şartlarındaki noksanlık, örneğin, taraf ya da dava ehliyetinin bulunmaması, dava takip yetkisinin bulunmaması gibi, dikkate alınmadan verilen hakem kararı kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal edilebilir²⁹.

Arbuluculuk görüşmelerinde yapılan müzakerelerin gizliliğin ihlâli sonucu açılan davada delil olarak kullanılması kamu düzenine aykırılık sebebiyle iptal sebebi oluşturur.

Usûl kuralları bakımından kamu düzenine aykırılık sayılan hâllerden birisi de hakemlerin karar verdiği uyuşmazlık hakkında kesin hükmün bulunmasıdır. Böyle bir durumda, yani kesin hükme rağmen hakemler ayrıca karar vermişlerse, hakem kararının iptali gerekir³⁰.

IV. Yargıtay Kararlarında Kamu Düzenine Aykırılık

Aşağıdaki Yargıtay kararları kamu düzenine aykırılık sayılan hâllere örnek olarak verilebilir.

- Savunma hakkının kısıtlanması ve bu suretle adil yargılanma hakkının ihlâli, ayrıca Türk kamu düzenine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir³¹.
- Yargıtay kamu gelirlerinin azalmasını kamu düzeni ile ilgilendirmiştir³².

*“...imtiyaz sözleşmelerinin niteliği ve amacı da göz önünde bulundurulmak suretiyle, **kamu gelirinin azalması** ile ilgili tahkim kararının doğurduğu sonuçların **Türk Kamu düzenine aykırı olacağı değerlendirilmeli ve bunun sonucuna göre bir karar verilmelidir**. Açıklanan hususlar göz ardı edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”*³³.

- Yargıtay hak düşürücü süreye aykırılığı da kamu düzenine aykırılık olarak kabul etmiştir.

«...hak düşürücü sürenin hukukumuzda kamu düzenine ilişkin kabul edildiği, bu nedenle hak düşürücü sürenin hakim tarafından taraflar ileri sürmese de re'sen nazara alınması gerektiği, mahkemelerce re'sen incelenmekte olan hak düşürücü süreye ilişkin itirazın TBK'nın 158. maddesi gereğince 60 günlük ek sürenin Yargıtay onama ilamının davacıya tebliğ edildiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiği halde, hakem heyeti karar düzeltmeye ilişkin

²⁹ Özbay/Korucu, s. 248.

³⁰ BGE 4 A 392/2010 E.6.2.1; Göksu, s.662.

³¹ 11. HD., E. 2019/2417 K. 2021/1051 T. 10.2.2021 (Kazancı İçtihat Bankası).

³² Doktrinde, Yargıtay'ın, kamu gelirlerinin azalması sonucuna doğuracak hakem kararlarının kamu düzenine aykırı olduğu yönündeki kararı eleştirilmiş; Yargıtay kararlarındaki yaklaşımın kabulü hâlinde kamunun taraf olduğu uyuşmazlıklarda kamu lehine karar verilmesi gereğinin ortaya çıkacağı belirtilmiştir (Doğan, s. 1193). Söz konusu eleştiriye ilişkin olarak ayrıca bkz. Özbek, Cilt II, s. 2022.

³³ 13. HD., 16.03.2017, 16140/3322, Özbek, s. 2022, dn.319.

ilamın davacıya tebliğ tarihi olan 09.02.2016 tarihinden itibaren hesaplanması gerektiği ve 60 günlük ek süre uygulanmak suretiyle **hak düşürücü süre geçtiği halde, hak düşürücü süreye ilişkin itirazın reddine ve esasa ilişkin karar verilmesinin kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden birleşen dosyada davacı vekilinin iptal davasının kabulüne,** asıl davada davacı vekilinin iptal sebepleri hükmün esasına, Yargıtay ilamlarına aykırı karar verildiğine yönelik bulunduğu, **iptal davasında kanunun yanlış uygulandığına yönelik inceleme yapılamayacağı,** HMK'nın 439. maddesi kapsamında incelenebilecek iptal sebeplerinden olmadığı gerekçesiyle asıl davada davacı vekilinin hakem kararının iptali isteminin reddine, birleşen davanın kabulü ile hakem heyetinin 10.05.2019 tarihli hakem kararının iptaline karar verilmiştir.

Kararı, asıl davada davacı-birleşen davada davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, asıl davada davacı-birleşen davada davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, asıl davada davacı-birleşen davada davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün **ONANMASINA.**”³⁴.

Yargıtay tahkim süresine uyulmadan karar verilmiş olmasını da kamu düzenine aykırı sayarak verilen hakem kararını iptal etmiştir.

«.....hakemlerin kararını tahkim süresi içinde vermeleri gerektiği, bu hususun kamu düzenine ilişkin olup mahkeme tarafından da resen dikkate alınacağı, somut olayda, hakem heyetince 30 günlük tahkim süresi içerisinde karar verilmediği gibi, tahkim süresinin HMK'nın 427. maddesinde belirtilen 1 yıllık süre olduğu kabul edilse bile bu süre içerisinde dahi karar verilmediği, **taarafların sürenin uzatılmasına dair dilekçelerinde sürenin ne kadar uzatıldığını bildirmemeleri karşısında da usulüne uygun bir süre uzatım anlaşmasından bahsedilemeyeceği gerekçesiyle, davanın kabulüne, davaya konu hakem heyeti kararının iptaline karar verilmiştir.**

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Bölge Adliye Mahkemesince ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapılan yargılama ve HMK'nın hakem kararlarının iptaline ilişkin 439. maddesi hükmü gözetildiğinde, verilen

³⁴ 11. HD, E. 2020/231 K. 2020/3734 T. 1.10.2020 (karararama.yargitay.gov.tr).

kararda bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir. ³⁵.

Yargıtay dava tarihinde muaccel olmayan ve dava dilekçesinin ibrazından sonra talep edilen bir alacağın karara bağlanmasını kamu düzenine aykırı bulmuş ve hakem kararının iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁶. Yargıtay 15. Hukuk Dairesine göre, davanın açıldığı tarihteki talep sonucuna göre karara bağlanması gerekir. Taleple bağlılık ilkesi kamu düzenine ilişkin olduğundan, talep edilmeyen bir konuda hakemlere karar verme yetkisinin kabulü hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilemez. Yine dava tarihinde var olmayan bir alacağın sonradan ileri sürülmesi iddianın değiştirilip genişletilmesi anlamına gelir ve dava açıldığı sırada dayanılmayan bir talebin sonradan talep sonucuna eklenmesi mümkün değildir. Hakemler davanın dava açıldığı tarihteki talep sonucuna göre karar vermelidir. Yine Yargıtay 15. Hukuk Dairesine göre taleple bağlılık ilkesi kamu düzenine ilişkin olduğundan, aksinin kabulü “*hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilemez*”. Bu gerekçeye katılamıyorum, zira dava dilekçesinde talep edilmeyen bir hususun sonradan ileri sürülmesi tahkimde kural olarak yasak değildir. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar tahkim yargılaması sırasında iddia ve savunmalarını genişletebilir veya değiştirebilirler ve bu konuda karar verilmesi kamu düzeni ile ilgilendirilemez.

Yargıtay kararlarında kamu düzenine aykırılık sayılmayan sebeplere aşağıdaki kararlar örnek olarak verilebilir:

- İcra ve inkâr tazminatının kamu düzeni ile ilgisi yoktur³⁷.
- Hatalı olarak inkâr tazminatına hükmedilmesi kamu düzenine aykırılık teşkil etmez³⁸
- Cezai şartın fahiş olması kamu düzeninden sayılmaz³⁹.
- Hakem heyetince gerekçesi açıklanarak yapılan hukukî yorum, toplumun kabul edemeyeceği, toplumsal vicdanı yaralayan, toplumda rahatsızlık oluşturan bir yorum olmayıp, kamu düzenine aykırı kabul edilemez ⁴⁰.

³⁵ 11. HD, 20.05.2019, E. 2019/1735 K. 2019/3874 (karararama.yargitay.gov.tr).

³⁶ 15. HD, 11.7.2019, 1234/3335 (Yılmaz, Şerh, C. 4, s. 5504-5507). Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 18.02.2022 tarihinde (E: 2019/5, K: 2022/1) dava tarihinde muaccel olmayan bir alacak için açılan davanın usûlden reddine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. “İfa zamanı gelmemiş (vadesi gelmemiş, muaccel olmayan, müeccel) bir alacak için açılmış davada, mahkemece ifa zamanının henüz gelmediği gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğine dair, 18.02.2022 tarihinde oy birliğiyle karar verilmiştir.” (RG, 04.11.2022, S. 32003).

³⁷ 11. HD, 06.04.2016, 9193/3733(karararama.yargitay.gov.tr).

³⁸ 11. HD, 27.11.2018, 3263/7408 (karararama.yargitay.gov.tr).

³⁹ 15. HD, 12.05.2014, 2183/3226 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁴⁰ Ankara BAM 27. HD. (Esas ve Karar numarası verilmemiştir), Özbek, s. 2017.

- Bileşik faizi kabul eden hakem kararları tenfiz edilebileceği Yargıtay kararları ile de kabul edildiğinden (Örneğin 11. HD. 25.05.2021, 4093/4406), hakem kararında bileşik faiz uygulanmış olması kamu düzenine aykırılık teşkil etmez⁴¹.

- Bir kanun hükmünün yanlış yorumlanmış ve uygulanmış olması tek başına kamu düzenine aykırılık içinde değerlendirilemez. Örneğin:

*“Bu hususlar dikkate alındığında, kararın kamu düzenine aykırı olması nedeniyle iptâline karar vermek için yalnızca hukuka aykırı olması yeterli değildir. Emredici olsun veya olmasın bir kanun hükmünün uygulanmamış veya yanlış uygulanmış olması da yeterli değildir. Bu aykırılığın aynı zamanda, toplumun temel değerlerine, genel ahlak ve adabına, Anayasa’da kabul edilen temel hak ve hürriyetler gibi temel değerlere aykırı olması gerekir. Netice itibarıyla, bir kararın kamu düzenine aykırı olarak kabul edilebilmesi için; tarafların sözleşmesel yükümlülüklerini aşan, toplumsal boyutu olan, toplumun kabul edemeyeceği, toplumsal vicdanı yaralayan, toplumda rahatsızlık oluşturan bir karar olması gerekir”*⁴².

- Keşif yapılarak bilirkişi raporu alınmaması, taraflar arasındaki sözleşmenin yeminli tercüman aracılığı ile tercümesinin yapılmamış olması, hakemlerin görev belgesi düzenlememeleri kamu düzenine aykırılık teşkil etmez. Yargıtay bu kapsamda;

*“Keşif yapılarak bilirkişi raporu alınması, yabancı dilde imzalanan sözleşmenin tercümesinin yaptırılması ve görev belgesinin düzenlenmesi hususları yargılamaya ilişkin olduğuna ve kanunda sayılan iptal sebepleri arasında yer almadığı gerekçesiyle mahkemenin bu durumu resen dikkate alamayacağına hükmetmiştir. Aksi halde bu durum iptal sebeplerinin düzenlenişi bakımından kanun koyucunun sınırlı sayı prensibi ile düzenlemesine aykırı kabul edilecektir. **Kamu düzenine ilişkin açıklamalar uyarınca, sayılan bu haller, delillerin toplanmasına ilişkin hususlardır ve kamuyu ilgilendiren bir durum söz konusu değildir. İç hukuk kapsamında emredici hukuk kurallarına aykırı bir durum da yoktur**”*⁴³.

V. Yabancı Ülkelerde Kamu Düzenine Aykırılık Kabul Edilen Hâllere İlişkin Örnekler

Kamu düzenine aykırılık zamana ve yere göre değişiklik arz etmekte ise de⁴⁴, bu konuda uygulamaya kolaylık sağlamak üzere, uluslararası alanda geçmiş kararlar derlenerek bir katalog hazırlanmaktadır. Nitekim, Milletlerarası Hukuk Enstitüsünün Ticari Tahkim Komisyonu raporuna göre,

⁴¹ İstanbul BAM 13. HD. 21.09.2020, 33/908; Özbek, s. 2031.

⁴² 15. HD, 26.09.2019, 2474/3640 (Lexpera).

⁴³ 15. HD, 26.09.2019, 2474/3640 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁴⁴ Özbay/Korucu, s. 248.

Usûlî kamu düzenine aykırılık olarak;

- Hakem kurulunun oluşumunda hile yapılmış olması,
- Hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi,
- Hakemin tarafsız ve bağımsız olmaması,
- Hakem kararında gerekçe olmaması,
- Uygulanacak hukukun açıkça göz ardı edilmesi, vakıaların açıkça göz ardı edilmesi kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmiştir⁴⁵.

Esasa ilişkin olarak ise;

- Hukukun temel ilkelerine aykırılık,
- Ahlâka aykırılık,
- Kamu menfaatlerine aykırılık,
- Tarafın yargılama sırasında sahte belge sunması,
- Hakemin tarafsızlık beyanında gerçeğe aykırı beyanda bulunması,
- Dinî ve ırkî ayrımcılık yapılması,
- Rüşvet ve kara para aklama konusundaki hükümlere aykırı davranılması kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmiştir⁴⁶.

Yabancı hukukla ilgili örnekler vermek gerekirse, aşağıdaki sebepler kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmemiştir⁴⁷.

- Yabancı bir ülkede görülen davadaki karşı alacağın dikkate alınmadan karar verilmiş olması,
- Tahkimde verilen kararın tenfiz edileceği ülke hukukundaki zamanaşımı süresinden farklı bir sürenin uygulanmış olması⁴⁸,
- Hakem mahkemesinin tazminatı hesaplamak yerine, takdir hakkını kullanarak tazminata karar vermesi,
- Paranın değer kaybından doğan finansal zararı tazmin edilebilir olarak kabul etmesi,

⁴⁵ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2777-2778.

⁴⁶ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2777-2778.

⁴⁷ Pekcanitez/Yeşilirmak, Pekcanitez Usûl, s. 2778-2779.

⁴⁸ Liebscher, s. 496.

- Hakem mahkemesinin asıl dava ile karşı davayı karıştırmış olması,
- Ceza mahkemesinde görülmekte olan davanın sonunda verilecek kararın kesinleşmesine kadar yargılamanın durdurulması (bekletici sorun yapılması) kamu düzenine aykırı kabul edilmemiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına göre;

- Hakem kararı, İsviçre hukukunda korunan temel ilkelere aykırılık içeriyorsa, bu durumda kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir. Nitekim ahde vefa (pacta sunt servanda) kuralına, hakkın kötüye kullanılması veya dürüstlük kuralına aykırılık, fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin korunmasına aykırılık, ayrımcılık yasağına aykırılık, zorunlu çalışma yasağına aykırılık gibi kararlar kamu düzenine aykırı kabul edilmiştir⁴⁹.
- Hakem kararında ispat edilmesine rağmen, söz verilen rüşvete hükmedilmesi kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Buna karşılık rüşvet verene, rüşvet olarak verdiği paranın iadesine karar verilmiş olmasını kamu düzenine aykırılık olarak kabul etmemiştir⁵⁰.
- Kişilik haklarına aykırılık kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmiştir.
- Temel haklar ile insan haklarına aykırılık kamu düzenine aykırılık teşkil eder.
- Buna karşılık Federal Mahkeme hakem kararında çelişkili gerekçelere yer verilmiş olmasını kamu düzeni ile ilgilendirmemiştir. Faize faiz yürütülmesi, zamanaşımına uyulmaması, bahis konusu edime hükmedilmiş olması da kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilmemiştir.
- Delillerin yanlış değerlendirilmiş olması,
- İspat kuralının yanlış uygulanması,
- Aleyhe bozma yasağına aykırı davranılması,
- Taraflarca getirilme ilkesine aykırı davranılmış olması,
- Vakıa tespitlerinin ve hukukun yanlış uygulanması,
- Hukuka uygun karar verilmesi yerine, hakkaniyete uygun karar verilmiş olması,
- Alacağın zamanaşımına uğramasına rağmen bunun dikkate alınmamış olması,

⁴⁹ Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, s.657, dn.4114.

⁵⁰ BGE 99 1a 417, E. 3 f.

- Hukuku hâkim re'sen uygular kuralının yanlış uygulanması, uluslararası hukukta kamu düzenine aykırı kabul edilmemiştir⁵¹.

Alman hukukunda;

- akıl ve tecrübe kurallarına aykırı bir delilin değerlendirilmiş olması,
- hakemin taraflardan birisinin kendi milliyetinden seçilememiş olması,
- faize faiz yürütülerek karar verilmiş olması,
- gizli olarak kaydedilmiş olan videonun delil olarak kararda kullanılmış olması,
- eksik, kötü veya mantık kurallarına aykırı gerekçenin yer alması,
- iflâs kararına rağmen yargılamaya devam edilmiş olması kamu düzenine aykırı sayılmamıştır⁵².

Sonuç

Tahkim yargılaması sonunda verilen kararlara karşı ancak sınırlı sebeplere dayanılarak iptal davası açılabilir. Böylelikle devlet yargısının müdahalesi, kanunda sayılmış sebeplerle sınırlı olarak yapılmalıdır. Genel olarak kabul edilen iptal sebeplerinden birisi de kamu düzenine aykırılıktır. Kamu düzenine aykırılığı hâkim takdir edecektir. İptal davasını inceleyen mahkeme, hakem kararının içerik denetimi yapmamalıdır. Gerek uluslararası gerekse ulusal alanda kamu düzenine aykırılık dar olarak yorumlanmaktadır. Kamu düzenine aykırılık,

⁵¹ Göksu, s. 659.

⁵² MünchKommZPO/Münch, 1059, Rn.46.

Ankara 2023

