

## **HAKEM MAHKEMESİNİN KENDİ YETKİSİ HAKKINDA HÜKÜM VERMESİ**

*Dr. Âlim TAŞKIN*

### **A. HAKEM MAHKEMESİNİN KENDİ YETKİSİ HAKKINDA KARAR VERMESİ**

#### **I- Türk Hukukunda**

Bir uyuşmazlık hakkında mahkemenin veya hakem mahkemesinin hangisini görevli ve yetkili olduğu konusu, HUMK'nun 519. maddesinde düzenlenen "bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip halledilemeyeceği" hususunda uyuşmazlıkların çözümü bakımından çeşitli sorunlar ortaya çıkar. Bu bağlamda devlet yargısı ve hakem yargısı bakımından öncelikli sorun, hakem tayini konusunda ortaya çıkmaktadır. Söz konusu kanun hükmü (HUMK m.519) mahkemenin bu konudaki konumunu düzenlemesi bakımından özellik arzeder.

Hakemini tayin etmeyen davalıya, davacının hakemini seçmesini bildirmesi (HUMK m. 520) ve davalının tahkim davacısının açmayı düşündüğü davanın tahkim yoluyla çözülemeyeceğinden hareketle; HUMK'nun 519. maddesine göre "menfi tesbit davası" açması<sup>1</sup> veya davacının doğrudan mahkemeden davalının hakemini seçilmesi talebinde bulunması ve davalının, davanın tahkim yo-

\* G.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra İflas Hukuku Öğretim Görevlisi.  
1. Yargıtay'a göre "Taraflardan birinin HUMK'nun 520. maddesine göre, karşı tarafa hakemini seçmesini bildirmesi üzerine karşı taraf, davanın tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceğinin tesbiti için anılan yasanın 519. maddesine göre bir tesbit davası açabilir. Davacı idare karşı tarafla aralarındaki uyuşmazlığın hakemde görülüp görülmeceğinin tesbiti ile ilgili olarak iş bu davayı açtığına ve bu davanın mahkemece incelenerek sonuca bağlanması gerektiği halde aksine düşünce ile talep edilen şekilde tesbit davası açılmayacağından bahisle istemin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir" 15.HD, 12.4.1993, 227/1692 (ERTEKİN, Erol / KARATAŞ, İzzet: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 127).

luyla çözülemeyeceği itirazında bulunması gibi durumlarda, resmi yargının yetkili olduğu kanunda (m.519) düzenlenmiştir. Kanuna göre "Bir nizam hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece, basit usulü muhakeme ile hallolunur".

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

Tahkim yargılamasının başlangıcından önce olduğu gibi, hakem mahkemesinin teşkilinden sonra da, tahkim yargılaması sırasında açılacak davada yargılamanın hukuki temelden yoksun olduğu, hakem yargılamasını gerektiren nedenlerin ortadan kalktığına yönelik olarak, tahkim sözleşmesinin geçerliliği veya içeriği ve kapsamı hakkında, hakem mahkemesine itirazda bulunulup bulunulmayacağı, hakem mahkemesinin kendi yetkisine ilişkin ara kararı verip veremeyeceği veya bu kararın kesin olup olmadığı, kısaca hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi halini, HUMK'nun 519. maddesi karşısında incelenmesi gereğini zorunlu kılmaktadır.

Yargıtay, gerek tahkim sözleşmesinin gerekse asıl (temel) sözleşmenin geçersizliğinin genel mahkemelerde görülmesi gereğinden hareketle; hakem mahkemesinde dava açılması halinde dahi, davanın tahkim şartının kapsamına girmeyeceği gerekçesinden hareketle, HUMK m.519'a göre hakem mahkemesince tarafa mahkemeye başvurusu için önel verilmesi gerektiği ve açılan davanın bekletici sorun yapılmasının isabetli olacağı görüşündedir.<sup>2</sup>

2. Yargıtay kararına göre "Gerek tahkim sözleşmesinin geçersizliği, gerekse asıl sözleşmenin geçersizliği genel mahkemelerde görülür. Bu nitelikteki davalar tahkim usulü ile hakemlerce görülemezler... Dava hakemlere açılmış olsa dahi, dava niteliği ve özelliği itibariyle tahkim şartının kapsamına girmediğinden usulün 519. maddesine hakem kurulunun, tarafa mahkemeye başvurusu için önel vermesi ve açılacak davayı bekletici sorun kabul etmesi gerekir. Öte yandan 24.12.1992 tarihli hakem kararının yukarıda açıklananlar karşısında 2. sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair açılan bu dava için kesin hüküm oluşturmaz. Görev konusunun kesin hüküm teşkil etmeyeceği kökleşmiş Yargıtay inançlarındandır." (13. HD, 17.2.1994, 9170/10152).

Doktrinde HUMK'nun 519. maddesinde düzenlenen hükmün, emredici olduğu<sup>3</sup>, taraflarca görev ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, hakemlerce çözülmesinin kararlaştırılmayacağı ve bu hususu öngören sözleşme yapılamayacağı<sup>4</sup>, hakemlerin davada görevli olup olmadıklarını kendilerinin tesbit edemeyeceği, itiraz halinde uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Kanunda (m.519) bir prensip boşluğu bulunduğu, kanun hükmünün tahkim yargılamasını sürüncemede bırakmak isteyen tarafın suistimaline açık olduğu ve hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında resmi yargıyı bağlayacak şekilde hüküm verme yetkisiyle ilgisi bulunmayan Alman hukukundaki hükme (ZPO §1037) benzer bir çözümün hukukumuz bakımından da uygulanması gerektiğine işaret edilerek, taraflardan birinin tespit davası açmış olmasına rağmen, tahkim yargılamasına başlanabileceği veya devam edilebileceği, hakemlere böyle bir yetkinin tanınmış olduğu da doktrinde savunulmuştur<sup>6</sup>.

Bir uyuşmazlığın hakemler vasıtasıyla çözülemeyeceğine yönelik olarak geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunmadığı veya o konuda tahkimin caiz olmadığı, hakemlerin veya hakemlerden birinin hakemler tarafından yapılacak işlemler bakımından, yetkili veya görevli olmadığı hususu ileri sürülmesine rağmen hakem mahkemesinin yargılamaya devam ederek karar vermesi halinde HUMK'nun 533. maddesine göre, temyiz incelemesine tâbi olup olmadığı, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan mesele hakkında karar vermelerini düzenleyen HUMK m.533/3'ün kapsamı içine girip girmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler savunulmak-

3. BİLGE, Necip: Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 88; OGUZMAN, Kemal: Tartışmalar, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 113; ERTEKİN/KARATAŞ, s. 125; ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 126; HUMK m. 519'un âmir hüküm olmadığı hakkında karşı görüş için bkz. POSTACIOĞLU, İlhan: tartışmalar, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1965, s. 110-111.
4. DUYUNLARI, Kemal: İç Tahkim, Ankara 1997, s. 35.
5. KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, 5. B. C.4, İstanbul 1991, s. 4020-4021; ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, s. 352; BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 749 YEGEN-GİL, Rasih: Tahkim (L'arbitrage), İstanbul 1974, s. 252. Hakemlerin önlerindeki bir uyuşmazlığın yetkileri içinde olup olmadığını kural olarak kendilerinin görüp karara bağlayamayacağı hakkında bkz. YILMAZ, Ejder: Milletlerarası Ticari Tahkime Dair Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi ve Türk Tahkim hukuku Hakkında Bazı Düşünceler (Bir Yorum), Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1990, s. 22.
6. ALANGOYA, Tahkimin Niteliği, s. 134; POSTACIOĞLU, İlhan: Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975, s. 789 dn (16 bis).

tadır<sup>7</sup>. Yargıtay'a göre, hakemlerin mahkemenin yetkisine giren bir konuda, kendini yetkili görerek karar vermesi HUMK'nun m.533/3 gereği bir temyiz sebebidir<sup>8</sup>.

Taraflar arasında tahkim şartının bulunması ve tarafların hakemlerini seçmiş olması halinde, hakemlerin kendilerini uyuşmazlık hakkında yetkili görmeleri ve taraflardan birinin uyuşmazlığın mahkemede görülmesi gerektiğini ileri sürmesiyle birlikte, hakem mahkemesinden süre talebinde bulunulmaması ve mahkemeye de başvurulmaması halinde, nasıl bir usul takip edileceği konusunda kanunda açık bir hüküm yoktur<sup>9</sup>.

Yargıtay tarafından verilen bir karara göre, taraflar arasında geçerli bir tahkim şartının yokluğu halinde, hakemlerin kendilerini görevli kabul ederek davaya bakıp hüküm vermeleri HUMK m.533/3'e aykırıdır<sup>10</sup>.

Avrupa Sözleşmesinde mahkemenin hakem tarafından verilen kararı kontrol yetkisi mahfuz tutulmakla birlikte (m. V/2), hakem mahkemesinin kendi yetkisiyle birlikte, tahkim sözleşmesi ve esas sözleşmenin varlığı veya geçerliliği hakkında resen hüküm verme yetkisi kabul edilmiştir (m. V/3).

Avrupa Sözleşmesine (m.5) göre, taraflardan biri tahkim sözleşmesinin yokluğu, butlanı veya hükümden düşmüş olması nede-

7. ALANGOYA, Tahkim Niteliği, s. 127. Bkz. OĞUZMAN, Tartışmalar, s. 113; POSTACIOĞLU, Medeni Usul, s. 791 dn 17; ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 6.B, İstanbul 1997, s. 972.
8. Yargıtay kararında şu görüşlere yer verilmektedir. "Tahkim konusunda doğrudan etkileyecek asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair çıkan uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesine kadar hakemlerin davayı bekletmesi gerekir. Hakemler mahkemenin yetkisine giren bir konuda mahkemeye başvurulmasını dikkate almadan karar vermekle ve kendilerini yetkili görerek asıl davayı sonuçlandırmakla yetkileri sınırları dışında kalan konuda karar vermiş bulunmaktadır. Bu durum HUMK md. 533/3 maddesi gereğince bir temyiz nedenidir. Hakem kurulu kararının anılan yasa maddesi altında bozulması gerekir." (13.HD 17.11.1994, 7536/10153).
9. Yargıtay; davanın hakemde görülemeyeceğine itiraz edilmesi üzerine hakem mahkemesinin mehil vermesi ve buna rağmen dava açılmaması ile ilgili verdiği bir karara göre, "Tahkim itirazı mahkemece ve Yargıtay'ca resen nazara alınabilen itirazlardan olmayıp, taraflarca zamanında ileri sürülmesi halinde incelenmesi mümkün olup, Yargıtay aşamasında kendiliğinden gözetilemez... Tahkim itirazı üzerine davalı konuyu HUMK'nun 519. maddesine göre, mahkemeye götürüp davaya bakılabilip, bakılamayacağı hakkında bir karar alınmamış ve mehilin gereğini yerine getirmemiş olduğundan itirazından vazgeçmiş ve olayda kamu düzenine aykırı bir durum bulunmadığından hakemlerin görevleri kesinleşmiş olup bu husus Yargıtay incelemesi sırasında nazara alınmamıştır." (15.HD, 24.10.1996, 4769/5549).
10. Bkz. 15.HD, 10.7.1991, 3171/3665 (ERTEKİN/KARATAŞ, s. 125).

niyle hakemin görevsiz olduğuna ilişkin bir defî ileri sürmek istediği haller de, hakem yargılaması sürecinde en geç esasa ilişkin savunması ile birlikte ileri sürmek zorundadır. Uyuşmazlığın hakemin yetkisi dışında kaldığına dayanılarak defî ileri sürülmesi halinde, hakem yargılaması sırasında derhal ileri sürülmesi gerekir. Tarafın defide bulunmakta gecikmesi halinde, hakem mahkemesi kabul edilebilir bir nedene dayanılması halinde, def'in kabulüne karar vermekte serbesttir m. V/1<sup>11</sup>. Tahkim yargılamasında öngörülen süre içinde defî de bulunulmaması halinde, defî mahkemede dahi ileri sürülememekle birlikte, def'in süresinden sonra ileri sürülüp sürülmediğine ilişkin hakem kararı hakkında mahkemenin kontrol yetkisi bulunmaktadır (m. V/2).

Avrupa Sözleşmesinin uygulama alanını düzenleyen I. madde- de milletlerarası ticari ilişkilerden doğan veya doğacak uyuşmazlıklarda, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi kabul edilmiş olmakla birlikte, milli tahkimi düzenleyen hükümlerde bu yetkinin tanınmamış olması, kanımızca önemli, bir farklılıktır. Tahkim yargısında esas olan, resmi yargının etkisinin en aza indirilmesi amacı, milli tahkimi düzenleyen hükümler bakımından da esas alınarak, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi; yasama tasarrufu ile yapılacak bir kanun değişikliği ile kabul edilmesi isabetli olacaktır.

## II. Yabancı Hukuklarda

İsviçre hukukunda hakem mahkemesinin yetkisini düzenleyen Anlaşmaya (Concordat m.8) göre, tahkim sözleşmesinin geçerliliği, içerik ve kapsamı hakkında taraflardan biri tahkim yargılaması sırasında itirazda bulunması halinde hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında hüküm vermekle yetkilidir.

Hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında ara kararı verebileceği gibi kesin bir karar da verebilir (Concordat m.8/1). Tahkim yargılaması sırasında hakem mahkemesine yönelik yetkisizlik itirazı, esasa ilişkin savunmadan önce ileri sürülmesi gerekir (Concordat m.8/2).

11. Yargıtay uyuşmazlığın tahkim yoluyla görülmesi gerektiğine ilişkin beyanın tahkim defî olarak ileri sürülmesi gerektiğini ifade eden kararına göre "Davalının esasa cevap süresi içerisinde tahkim yoluna başvurulamaması gerektiği ileri sürülmelidir. Bu savunma mahkemece defilere ait hükümler gibi tetkik edilerek çözümlenir. Cevap süresi geçtikten sonra bildirilmesi halinde karşı tarafın açık veya kapalı muvafakatı olmadıkça nazara alınamaz." (19.HD, 4.5.1995, 10564/11939).

Hakem mahkemesinin yetkisine ilişkin itiraz üzerine, hakem mahkemesinin yetkisi veya yetkisizliği hakkındaki ara kararı kesin değildir (Concordat, m.9). Hakem mahkemesi önünde (Concordat m. 3/f) yetki itirazında bulunan taraf, hakem mahkemesinin haksız olarak kendi yetkisi veya yetkisizliği hakkındaki kararına karşı, kararın iptali için itirazda bulunabilir (Concordat m.36/6).

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanununun (IPRG) 186. maddesinde, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verebileceği, yetkisizlik itirazının esas hakkındaki savunmanın yapılmasından önce ileri sürülmesi gerektiği<sup>12</sup> ve genel olarak hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkındaki kararının bir ara kararı<sup>13</sup> olduğu ifade edilmiştir. Hakem mahkemesinin itiraz hakkındaki kararı bir ön karardır. Hakem mahkemesinin yetki itirazının kabulü yönünde karar vermesi halinde, hakem yargılaması sona ermiş olacağından, nihai kararın hüküm ve sonuçları doğar.

Alman hukukuna göre, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında müsbet veya menfi yönde mahkemeyi bağlayıcı bir sonuç doğuracak karar verip veremeyeceğine ilişkin olarak; hakem mahkemesinin yetkisi; çoğunlukla tahkim sözleşmesinin hukuken geçerli olup olmadığı hususunu içermekle birlikte, tahkim sözleşmesi ile sınırlı olmayıp, aynı zamanda yasal hükümler sonucu ortaya çıkan diğer nedenleri de kapsamaktadır.

Alman hukukunda Federal Mahkeme kararındaki görüş tarzı<sup>14</sup>; hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi (kompetenz-kompetenz) hakkındaki anlaşmanın yasal ve meşru olduğu yolundadır. Bu yoruma aynen katılan Habscheid'e göre bu karar yalnızca Almanya'da değil aynı zamanda ülke dışında da farklı yankı bulmuştur. Federal Mahkemenin verdiği sonraki tarihli bir kararda<sup>15</sup> da aynı esaslara yer verilmiş, böylece bu uygulamanın

12. Bkz. WALTER, Gerhard / BOSCH, Wolfgang / BRÖNNIMANN, Jürgen: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Kommentar zu Kapitel 12 des IPR-Gesetzes, Bern 1991, s. 93.
13. Bkz. KALPSÜZ, Turgut: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim (Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum 11 Nisan 1997, s. 20).
14. BGH, 3.3.1955, KTS 1961, s. 26vd, Federal Mahkeme Kararı için bkz. HABSCHIED, Walther J: Zur Frage der Kompetenz – Kompetenz der Schiedsgerichte (Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981) s. 429 vd.
15. 5.5.1977. BGHZ 68, 356 ff NJW 1977, 1397 ff.-Karar için bkz. HABSCHIED, Kompetenz-Kompetenz, s. 429vd.

yerleştiği ve hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında tarafların anlaşma yapmaları yerleşmiş bir uygulama haline gelmiştir<sup>16</sup>.

Alman hukukunda (ZPO §1025, §1026) hakem ehliyeti ve anlaşmazlığın bütünüyle belirlenmesi objektif olarak sınırlıdır. Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesinin doğru bulunması ve kabulü halinde, mahkemenin kontrol fonksiyonu devre dışı kalmakla birlikte, bu konuda konulan hükümlerin ihlali halinde kanuna (ZPO §1041/1) göre, caiz olmayan bir usule göre karar verilmiş olması halinde iptal davası açılarak hakem kararı iptal olunabilir. İptal davası üzerine tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin de incelenmesinde, asıl sözleşmenin geçerliliği ile bağ kurularak incelenmekle birlikte, her iki sözleşme birbirinden bağımsızdır<sup>17</sup>.

Bir görüşe göre Uncitral Model Kanun'un 16. maddesinde düzenlenen hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm verme yetkisinin tamamına ilişkin hükümlerin Alman hukukunda kabul edilmesi ve bu yetki ile temel sözleşme ve tahkim şartı arasında ilişki kurulması noktasından hareket edilmesi, bütünsel olarak tamamlayıcı olacaktır<sup>18</sup>.

Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi (kompetenz-kompetenz) ile ilgili olarak kanunda yapılacak değişikliğin, iyiniyet yüksek ruhlu yardımseverlik, devlet yargısıyla birlikte kullanışlı bir bütünlük arzemesi, saflık, özgünlük içermesi, doğru ve isabetli bir düzenleme yapılması gereğine işaret edilmektedir<sup>19</sup>.

Alman tahkim hukukunda uzun süredir yapılan tartışma ve çalışmalar kamuoyunun bilgisine ve tartışmasına açıldıktan sonra<sup>20</sup>,

16. Hakem mahkemesinin bu yetkisi (kompetenz-kompetenz) hakkındaki gelişmeler hakkında bkz. ZÖLLER, Richardt: Zivilprozeßordnung, 19. Aufl, Köln 1995, §1025 Nr 57, s. 2004.
17. Hakem mahkemesinin yetkisi hakkında bkz. HEIERMANN, Wolfgang: Die Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte und die Einrede des Schiedsvertrags: Festschrift für Ottoarndt Glosner zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1994, s. 129vd; SCHLOSSER, Peter: Das Recht der Internationalen Privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Tübingen 1989, Nr 541-542, s. 415 vd.
18. SCHLOSSER, Peter: Notwendige Reformen des Deutschen Rechts der Schiedsgerichtsbarkeit, München ZIP, 8/87, s. 498, Uncitral Model Kanununun Alman hukuku bakımından eleştirisi hakkında bkz. (aynı eser), s. 500vd.
19. Bkz. SCHLOSSER, Notwendige Reformen, s. 500vd.
20. Alman Hukukunda Adalet Bakanlığı tarafından tartışma taslağı hazırlanmış ve yayınlanmıştır. (Bkz. Bericht der Kommission zur Neuordnung des Schiedsverfahrens-

tahkim usulü hakkında yeni hükümler kabul edilmiştir. Bu hükümlere (SchiedsVfG § 1040) göre<sup>21</sup>, kendi yetkileri konusunda hakem mahkemesinin karar verme yetkisi bakımından hakem mahkemesi, kendi yetkisi ve bağlantılı olarak tahkim anlaşmasının mevcut olup olmadığı veya geçerli olup olmadığı konusunda karar verebilir. Bu konuda hakem mahkemesince tahkim kaydı; sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız bir anlaşma olarak değerlendirilir (SchiedsVfG §1040/1).

Hakem mahkemesinin yetkisiz olduğuna ilişkin itiraz en geç davaya cevapla birlikte ileri sürülür. Böyle bir itirazın ileri sürülmesi nedeniyle bir taraf, hakem tayin etmekten veya bir hakemin tayin edilmesini etkileme hakkından yoksun bırakılmış değildir. Hakem mahkemesinin yetkisini aştığına ilişkin itiraz, hakem yargılaması sırasında ileri sürülebilir. Hakem mahkemesi; her iki durumda da daha sonra ileri sürülecek (gecikmiş) itirazı, ilgili tarafın gecikmeyi haklı kılan nedenler göstermesi halinde itirazı kabul edebilir (SchiedsVfG § 1040/2).

İtiraz üzerine hakem mahkemesi kendini yetkili görürse, bu takdirde itiraz hakkında (§1041/2 ye göre) kural olarak bir ara kararı verir. Bu durumda her iki taraf, kararın kendilerine yazılı olarak tebliğ edildiği andan itibaren 1 ay içinde, mahkemeden konuya ilişkin bir karar vermesini talep edebilirler. Mahkemeye böyle bir talepte bulunulmuş olması halinde dahi hakem, hakem yargılamasına devam edebilir ve bir karar verebilir (SchiedsVfG § 1040).

Alman hukukunda tahkim hakkındaki yeni düzenleme, kanımızca usul kanunundaki (ZPO) hükümlerden daha kapsamlı ve taraf iradelerine ve tahkimin amacına uygunluk bakımından daha uygun bir düzenlemedir. Bu yeni düzenlemeyle, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi çeşitli yönleriyle tartışmalı olmaktan çıkmış ve tahkim yargısına resmi yargının etkisi olması gerektiği gibi sınırlandırılmış ve böylece yalnızca itiraz üzerine mahkemenin denetim yetkisinin varlığı tanınmış olmaktadır.

recht mit einem Diskussionsentwurf zur Neuregelung des Zehnten Buches des ZPO und Begründung zu den einzelnen Vorschriften, Bonn, 1994). Tartışma taslağı hakkında ayrıca bkz. YILMAZ, Ejder: Alman Hukukunda Milletlerarası Tahkim (Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi, Sempozyum 11 Nisan 1997, s. 132 vd.

21. Alman hukukunda yeni (Vom 22 December 1997) yasal düzenleme "Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz - Schieds VfG)" hakkında bkz. Bundesgesetzblatt Jahrgang 1997 Teil I Nr. 88, ausgegeben zu Bonn. am 30 Dezember 1997, s. 3224 vd.



Avusturya hukukunda bu terim (kompetenz-kompetenz), yani hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm verme yetkisi mutlak usulde yetkiyi ifade etmekte ve bu yetki, tahkim sözleşmesiyle kararlaştırılmaktadır. Avusturya hukukunda bu konu sorun olma özelliğini korumaktadır. Fasching'e göre; hem kanuni hem de akdi olarak, hakem mahkemesinin kendi yetkileri konusunda hakem mahkemesinin karar verme yetkisi istisnasız olarak kabul edilemez. Yazar, Avusturya dışındaki hakem mahkemesinin bu yetkisini kullanarak verdiği kararların, Avusturya kamu düzenini ihlal etmesi nedenine dayandırarak, bu ülkenin kamu düzeni bakımından uygulanamayacağını savunmuş, ancak bu görüşten daha sonra vazgeçilerek, hakem mahkemesinin bu yetkisine dayanarak verdiği hakem kararına karşı, mahkemede süresinde itiraz edilebileceği görüşüyle sınırlandırılmıştır<sup>22</sup>.

Hakem mahkemesinin yetkisi, İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarında çeşitli yönleriyle düzenlenmiştir. Diğer tahkime ilişkin konularda olduğu gibi bu konuda da milli tahkime ilişkin düzenlemeler, çeşitli yönleriyle birbirine paralel düzenlenmekte ve uygunluk göstermektedir. Tahkim hakkındaki hükümlerin, olması gerektiği gibi aynı yönde uygunluk, benzerlik ve bazı hallerde ayniyet göstermesi, milletlerarası tahkimde bütünlük sağlanması bakımından isabetli ve yerinde bir gelişmedir. Hukukumuzda tahkime ilişkin hükümler bakımından aynı yönde yasal düzenlemeler yapılması, bugün için geç kalınmış olmakla birlikte kaçınılmaz bir olgudur.

## **B. KURUMSAL TAHKİMDE VE UNCITRAL MODEL KANUNDA HAKEM MAHKEMESİNİN KENDİ YETKİSİ HAKKINDA KARAR VERMESİ**

Hakemin kendi yetkisi hakkında karar verebileceğine ilişkin hükümler, bir uluslararası düzenleme olarak; Milletlerarası Ticaret Odası Uzlaştırma ve Tahkim Tüzüğü'nde bulunmaktadır. ICC Tahkim Kurallarına (m.8) göre, taraflardan birinin tahkim sözleşmesinin varlığı veya geçerliliğine ilişkin Divana karşı ileri sürdüğü nedenler, Divan tarafından sözleşmenin varlığının kabul edilmesi üzerine Divan, öncelikle tahkim şartının varlığını tesbit etmekte ve daha sonra ileri sürülen iddiaların kabul edilebilir olup olmadığı ve

22. RESPONDEK, Andreas: Aufhebungsklage gegen Schiedssprüche nach Österreichischen Recht, RIW 1993, Heft 5, s. 380; FASCHING'in görüşleri hakkında bkz. (aynı eser) s. 380 dn. 63- 64.

esası hakkında hüküm vermeksizin tahkimin devamına karar vermektedir. Tahkim sözleşmesinin varlığı veya geçerliği tahkim şartının varlığının tesbiti hakkında, hakem mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verme hakkına sahip bulunmakta ve bu yetkisini kullanarak tahkim yargılamasının devamı yönünde karar vermektedir. (ICC Tahkim Kuralları m.8/3).

Taraflarca aksi öngörülmemek kaydıyla, tahkim sözleşmesinin yokluğu veya geçersizliği yönündeki iddialar, tahkim sözleşmesinin geçerli olması koşuluyla hakemin yetkisizliği sonucunu doğurmaz. Taraf iradesinin esas alınması ve üstünlük tanınmasının tabii sonucu olarak, tahkim sözleşmesinin geçersizliği veya yokluğu halinde, hakem tarafların hukuki durumlarını belirlemekte ve tarafların talepleri hakkında karar verme konusunda kendini yetkili görmektedir (ICC Tahkim Kuralları m.8/4)<sup>23</sup>.

ICC Tahkim Kuralları ile yeniden düzenlenen tahkim hükümlerinde hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi de düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye göre; tahkim konusu uyuşmazlığın herhangi bir tarafının, tahkim anlaşmasının varlığı, geçerliliği ve kapsamı konusunda bir veya daha fazla itirazın varlığı halinde, Divan bu itiraz veya itirazların haklılık veya kabul edilebilirliklerini hiç incelemeden kurallara göre, tahkim anlaşmasının varlığının ilk bakışta görülebilir olması halinde, tahkimin uygulanmasına karar verebilir. Böyle bir davada hakem mahkemesinin yargı yetkisi konusundaki karar, hakem mahkemesinin bizzat kendisi tarafından alınır (ICC Tahkim Kuralları m.6/2). İtirazda bulunan tarafın tahkime veya tahkim prosedürünün herhangi bir aşamasına katılmayı reddetmesi veya katılmaması halinde dahi, tahkim prosedürü işlemeye devam eder (ICC Tahkim Kuralları m.6/3). Hakem mahkemesinin tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul ettiği durumlarda, aksine bir anlaşma yoksa, hakem mahkemesinin sözleşmenin batıl olduğu veya var olmadığı iddiası nedeniyle yargı yetkisi sona ermez. Sözleşmenin yokluğu veya batıl olması hallerinde dahi hakem mahkemesinin, tarafların haklarının belirlenmesi ve onların iddia ve savunmaları hakkında karar verme yetkisi devam eder (ICC Tahkim Kuralları m.6/4). Görüldüğü gibi yeni

23. ICC Tahkim Kuralları, Türk hukukunda kabul edilmiş olan esastan (HUMK m. 519) farklı olarak hakem, kendi yetkisi hakkında karar verebileceğinden, hakemlerin kendi yetkileri hakkında verecekleri kararın Türk kamu düzenine aykırı bir karar vasfı taşıyacağı hakkında bkz. KALPSÜZ, Turgut: Milletlerarası Ticarete Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Halli, Ankara 1989, s. 10.

ICC Tahkim Kuralları esas ve usule ilişkin önemli bir farklılık göstermemekte, önceki düzenlemede yer alan esas, usul ve ilkelerin korunduğu görülmektedir.

Uncitral Model Kanunda da hakem mahkemesinin tahkim sözleşmesinin varlığı veya geçerliliğine yönelik itirazlar hakkında, karar verme yetkisine sahip olduğu ayrı bir hükümle düzenlenmiştir (m.16/1). Bu kanuna göre tahkim şartı tahkim sözleşmesinin diğer şartlarından bağımsız bir anlaşma olarak kabul edilmesi esası benimsenmiştir. Hakem mahkemesi itiraz üzerine yetkili olup olmadığına ilişkin olarak yapacağı tahkim yargılaması sırasında, tahkim sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karar vermesi halinde bu karar, tahkim şartının da zorunlu olarak geçersizliği sonucunu doğurmaz<sup>24</sup>.

Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin, hakem mahkemesinin yetkisizliğine ilişkin itirazı, en geç cevap dilekçesinin verilmesine kadar hakem mahkemesinin yetkisi kabul edilmekle birlikte, yetkilerinin sınırları dışına çıkıldığına ilişkin itirazın ise derhal ileri sürülmesi gerekir. Gecikmeyi haklı gösteren nedenlerin yokluğu halinde itiraz geçersizdir (m. 16/2).

Yetkisizlik itirazı üzerine hakem mahkemesi itiraz hakkında bir önsorun olarak veya esasa ilişkin kararında, bu konuda karar verme bakımından takdir hakkına sahiptir. Hakem mahkemesinin itirazı önsorun olarak inceleyip, yetkili olduğuna karar vermesi halinde bu karar kesinlik taşımaz. Taraflar kararın alındığı tarihten itibaren 30 gün içinde mahkemeye (m.6) başvurabilirler. Bu halde hakem mahkemesi yargılamaya devam ederek karar verebilir. Mahkeme hakem mahkemesinin yetkisizliğine karar vermesi halinde, bu karar kesin olduğundan hakem mahkemesi yargılamaya devam edemez.

Mahkemede dava görülürken hakem mahkemesinin yargılamaya devam etmesi ve sonucunda karar vermesi halinde Uncitral Model Kanunda (m 34/2-3) öngörülen iptal nedenlerinin varlığı halinde hakem kararı iptal edilir. Tahkim sözleşmesinin geçersiz olması (m. 34/2-a), hakemlerden birinin tayini ile ilgili usulüne

24. Bkz. BİRSEL Mahmut, T/BUDAK, Ali Cem: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler. Türk Tahkim Hukuku ve Uncitral Kanun örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi, (Sempozyum Bildiriler, Tartışmalar Ankara 11 Nisan 1997) s. 214, 259.

uygun bildirimde bulunulmaması, hakem mahkemesinin teşkilinin tarafların anlaşmasına ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olması, iptal nedenleri arasında sayılmıştır.

Hukukumuzda tahkim sözleşmesinin taraflarının, tahkim sözleşmesiyle veya tahkim şartıyla hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında mahkemeyi bağlayacak veya adeta mahkemenin yerine geçecek şekilde müsbet veya menfi yönde mahkemenin yetkisini ortadan kaldıracak nitelikte (hakem mahkemesinin kararına karşı mahkemeye başvurulamaması gibi) esas ve usule yönelik hüküm verme yetkisi tanınıp tanınmadığı HUMK'nun 519. maddesi karşısında önem arz etmektedir.

Hakemlerin yetkileri hakkında karar verme yetkisine sahip olup olmadığı sorunu, kamu düzenini de yakından ilgilendiren sözleşme yapma serbestisi ile yakından ilgilidir. Doktrinde; usul hukukunda sözleşme serbestisinin sınırlarının tesbitinde, maddi hukukta olduğundan farklı unsurlar esas alınmakta, usul hukukunun temel prensiplerine ve amaçlarına ters düşen, hakimin yasaları uygulama ve uygulanmasını sağlama görevine ilişkin yargı fonksiyonunu engelleyen ve nihayet kamu yararına aykırı olan durumlarda, sözleşme serbestisinin tanınmadığı kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

Prensip olarak usul hukuku hükümleri, özel hukuktan farklı olarak emredici niteliktedir. Usul hukukunda açıkça sözleşme serbestisinin tanındığına ilişkin genel bir hükme yer verilmemiştir. Usul hukukunun kamu hukuku yönü ve fonksiyonel yapısı bunu gerektirmektedir<sup>26</sup>.

Usul hukukunda bu esaslardan hareketle, hakemlere mahkemeler için bağlayıcı sonuç doğuracak şekilde hüküm verme yetkisinin tanınamayacağı taraflarca bu tür bir etkiye ilişkin konulacak kaydın, kamu düzenine aykırı olacağı savunulmaktadır<sup>27</sup>.

25. BÜLOW tarafından ifade edilen görüşe göre; taraflara usul hukuku alanında hukuki ilişkilerini bizzat düzenlemeye yönelik olarak tanınmış yasal serbesti, tarafların her pozitif hukuk normunu ihmal etmesi veya ona uymama yetkisinin tanınması anlamına gelmez. taraflar ancak bu serbestiyi belirli sınırlar içinde kullanabilirler. Usul hukuku sözleşmelerinin geçerlilik alanı ile ilgili yazarın görüşleri hakkında geniş bilgi için bkz. HELLWIG, Hans Jürgen: Zur Sytematik des Zivilprozeßrechtlichen Vertrages, Bonn 1968, s. 82 vd.

26. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: İddia ve Müdafaanın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967, s. 198.

27. ALANGOYA, Tahkimin Niteliği s. 151; ALANGOYA, Yavuz: Uncitral Tahkim Yönetmeliği Hakkında (İhan Postacioğlu'na Armağan, İstanbul 1990), s. 19; ÜSTÜNDAĞ, Medeni Yargılama, s. 930; KALPSÜZ, Milletlerarası Ticarete s. 10;

Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında "mahkemeyi de bağlayıcı sonuç doğuracak şekilde" hüküm verme yetkisi ve bu yetkinin taraflarca kararlaştırılarak hakemlerin yetkili kılınmalarının kabulü halinde, uyuşmazlığın hakemlerde çözülüp çözülemeyeceği konusundaki ihtilafların mahkeme tarafından çözümlenmesi gerektiğini içeren HUMK'nun 519. maddesindeki mahkemenin denetim (kontrol) fonksiyonunun ortadan kaldırılması sonucu doğar ki bu durum kamu düzenine aykırılık teşkil eder<sup>28</sup>.

HUMK'nun 519. maddesi emredici bir hüküm olmakla birlikte, kamu düzenine ilişkin değildir. Kamu düzenine aykırılık ile kanunun emredici hükümlerine aykırılık birbirinden farklıdır. Kanunun amir hükümleri genellikle toplumsal yarar ve dolayısıyla kamu düzeni düşüncesiyle konulmuş olmakla birlikte, her emredici hükme aykırılık aynı zamanda kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmaz.

Kamu düzeni, devlet sisteminde esas alınan asli prensipler ve politikalar siyasi esas ve değerler kamu düzeni kavramı içerisinde değerlendirilir<sup>29</sup>. Bu bağlamda hakemlerin kendi yetkileri hakkında hüküm vermeleri HUMK'nun 519. maddesine göre emredici usul kuralına aykırılık oluşturduğu halde mahkemenin yetkisinin tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuran bir yetki sözleşmesi, kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Tarafların hakemlere bu anlamda bir yetki vermeleri kamu düzenine aykırıdır. Bu tür bir yetkinin verilmesi ve bu yetkiye dayanılarak verilen hakem kararı HUMK'nun 533. maddesine göre kamu düzenine aykırılık nedeniyle temyiz edilebilir.

Hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında verdiği kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ve hakem kararının butlanı sonucunu doğurduğu hakkında bkz. DAYINLARLI, Kemal: Milli, Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 61; Ayrıca Bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 6.B, İstanbul 1997, s. 948, 951; TANRIVER, Süha: Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Ali Bozer Armağanından Ayrı Bası (Kasım 1998) s. 573.

28. Sözleşme serbestisinin kullanılabilmesi için tarafların amaçlarının usul kanununun genel amacı ile ters düşmemesi gerektiği, ayrıca usul kanununun doğrudan hakime tanıdığı görev ve fonksiyonları ortadan kaldıracak nitelikte olmaması ve nihayet kamu yararının korunmasına yönelik usul normunun varlığı durumunda bu alanda bir usul sözleşmesi yapılmasına imkan olmadığı da ifade edilmiştir. Bkz. TULUAY, Metin: Delil Anlaşmaları, Basılmamış Tez, s. 24.
29. Bkz. ÖKÇÜN, Gündüz, A: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967, s. 141 vd; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 9.B, İstanbul 1998, s. 147vd; DAYINLARLI, Kemal: Kamu Düzeni s.7vd; ŞANLI, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s.392vd.

Uncitral Model Kanunda olduğu gibi hakem mahkemesine, mahkemenin tamamen yetkisini ortadan kaldırmayan, devre dışı kalmasını gerektirmeyen bir yetkinin tarafarca tanınması, hakem mahkemesinin, kararına karşı, tarafların mahkemeye başvurabilmesi hali kamu düzenine aykırılık oluşturmaz. Hakem mahkemesine mahkemeyi de bağlayacak şekilde kendi yetkisi hakkında hüküm verme yetkisinin tanınmadığı durumlarda, mahkemenin yetkisi ortadan kaldırılmaksızın hakemlerin yetkilerinin tarafarca kararlaştırılmış olması halinde bu durum emredici hükme aykırılık oluşturacağından, HUMK'nun 533. maddesinde düzenlenen nedenlerden birinin gerçekleşmediği sürece, hakem mahkemesi kararı yalnızca emredici hükme aykırılıktan dolayı temyiz sebebi oluşturmaz.

Hakemlerin yetkilerini aşmaları halini düzenleyen MÖHUK'un 45/h maddesi ve New York Sözleşmesinin V/1 c maddesi ile aynı esasları içeren hükümler olduğundan, hakemlerin kendilerini yetkili görerek uyuşmazlık hakkında karar vermeleri halinde, tenfizin istendiği yer mahkemesi olarak Türk mahkemesi bu bağlamda, hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermiş olduklarını tespiti halinde aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafın talepte bulunması ve bu durumun ispatı üzerine tanıma ve icra talebini reddedebilir<sup>30</sup>.

Türk hukukunda kamu düzeni olarak kabul edilen bazı nedenler ve kamu düzeninden sayılan haller Avrupa Sözleşmesi ve New York Sözleşmesi, Concordat Model Kanun ve IPRG gibi kanunlarda ve kurumsal tahkimde hakem kuruluşlarının (örneğin ICC gibi) tahkim düzenlemeleri kamu düzeninden sayılmamaktadır. Bu bağlamda hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi bu anlaşma ve kanunlarda ve düzenlemelerde kabul edilmiştir.

Kanımızca hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar veremeyeceklerini ve bu konuda mahkemelerin yetkili olduğunu düzenleyen HUMK'nun 519. maddesi, tahkimin gelişim süreci bakımından, tahkimin esasları ile bağdaşmayan bir içerik taşımaktadır. Modern hukukta ve çeşitli düzenlemelerde farklı esas ve prensipler kabul edildiğinden, hakemin kendi yetkisi hakkında hüküm verme

30. New York Sözleşmesinin V/1 ve MÖHUK 45/h, c maddelerine göre, hakemin tahkim sözleşmesi veya tahkim şartındaki yetkilerini aşarak karar vermesi halinde, hakem kararının tenfizi hakkında bkz. AKINCI, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 196; Tahkim konusu uyuşmazlığın milletlerarası ticarete ilişkin olması ve çeşitli ülkelerin hukuk sistemleri ile irtibatlı olması durumunun gözönünde tutularak daima tenfiz ülkesinin kamu düzeninin dar yorumlanması gerektiği hakkında bkz. ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 409.

yetkisinin bulunup bulunmadığı veya tanınıp tanınmayacağı, kural olarak ihtilafli ve tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Bu bağlamda HUMK'nun 519. maddesi de dahil olmak üzere milli hukukta, uluslararası tahkimde tanıma ve tenfiz konusunda ihtiyaçları karşılayacak hükümler içeren yasal düzenlemelerin yapılması, geç kalmış ve kaçınılmaz bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak tahkim hakkında münferit hükümlerde değişiklik yapılması, yasal düzenleme ihtiyacını bütünüyle karşılamaktan uzak olduğundan, milli ve milletlerarası tahkimi düzenleyen hükümlerin tamamı ele alınarak yeniden düzenlenmesi, isabetli ve köklü bir çözüm olacaktır. Bu konuda yapılacak yasal düzenlemede Uncitral Model Kanun (m. 16) esas alınabilir olmakla birlikte, devlet yargısıyla birlikte uygulanmaya elverişli ve bir bütünlük garantisi çerçevesinde hareket edilmelidir.