

MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU HAKKINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Nuray EKŞİ*

I. Genel Olarak Milletlerarası Tahkim Alanında Yeni Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Yapılmasına Etki Eden Faktörler

Son yıllarda başlayan ve özellikle 1990'dan itibaren yoğunluk kazanan ulusal düzeyde milletlerarası tahkimi düzenleme çalışmalarının¹

* MÜ Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

1 Milletlerarası tahkime ilişkin ulusal düzenlemelerin bir çoğu Uluslararası Ticarî Tahkim Hakkındaki UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Kanun Modelini örnek almışlardır. 1985 UNCITRAL Model Kanunu, Birleşmiş Milletlere üye olan bütün devletlere tavsiye edilmiş bir metin olup başarılı bir çalışma olarak kabul edilmiştir. Bazı ülkeler UNCITRAL Model Kanununu aynen kabul ederek kendi kanunları haline getirmişlerdir. Bazı ülkeler ise bu Model Kanunu doğrudan veya dolaylı bir şekilde kullanarak yasal düzenlemelerini yapmışlardır. Ülkelerin listesi ve ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, Ankara 1999, s. 7.

Türk hukukunda, milletlerarası tahkim ayrı bir kanunla yani 4686 sayılı Kanun ile düzenlenmesine rağmen bazı ülkeler ayrı bir kanun yapmak yerine konuyla bağlantılı olduğu kabul edilen kanunlarla milletlerarası tahkimi düzenlemişlerdir. Örneğin, İsviçre, 1989 tarihli Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Kanununun 176-192. maddeleri arasında milletlerarası tahkimi düzenlemiştir. Almanya ise 1998 yılında Medenî Usul Kanununun (Zivilprozessordnung-ZPO) 10. kitabının 1025-1066. paragraflarında tahkimi düzenlemiştir. 10. kitapta yer alan hükümler yalnızca milletlerarası tahkimi değil

yanı sıra Milletlerarası Ticaret Odası (ICC²), Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesi (LCIA³), Amerikan Tahkim Derneği (AAA⁴) gibi kurumsal tahkim merkezleri kendi kurallarını önemli ölçüde revizyona tabi tutmuşlardır. Milletlerarası tahkim ile ilgili çalışmaların yeni bir ivme kazanması dünya ticaretinde globalleşme ve küreselleşmenin doğal bir sonucudur. Kurumsal tahkim merkezleri tarafından kendi kurallarında yapılan revizyonlar, daha çok bu kurumların tahkim kurallarını birbirine yakınlaştırmaları yönünde olmuştur. Böylece, kurumsal tahkim merkezleri arasında giderek artan rekabet, söz konusu tahkim merkezlerinin müdahalesini azaltacak ve daha hızlı bir yargılama yapılmasına imkân verecek şekilde kuralların yeniden yapılandırılmasına sebep olmuştur. Kurumsal tahkim merkezleri tarafından hazırlanan tahkim kuralları arasında bazı farklar varlığını halen daha korumakla beraber bu farklılıklar daha çok kurumun temel politikasına bağlıdır. Örneğin, kurumun, kendi kuralları kapsamında verilen bir hakem kararını hangi ölçüde denetime tabi tutacağı hususundaki tahkim merkezleri arasındaki farklılıklar varlığını sürdürmektedir. Bu konuda ICC, LCIA ve AAA'ya nazaran daha aktif bir rol oynamaktadır⁵.

Milletlerarası tahkim alanındaki yeni düzenlemelerde, daha önce üzerinde yeknesak bir çözüme varılamayan bazı temel konulara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu konuları altı başlık altında toplamak mümkündür:

- hangi konularda tahkime gidilebileceği,
- hakemlerin kendi yetkileriyle ilgili olarak ortaya çıkan sorunları çözme yetkisinin olup olmadığı,
- hakem yargılaması sırasında hakemlerin tedbir kararı verip veremeyeceği,

aynı zamanda milletlerarası nitelikte olmayan tahkimi de içermektedir. O halde hem millî hem de milletlerarası tahkim aynı hükümlere tabi olarak cereyan edecektir.

2 International Chamber of Commerce.

3 London Court of International Arbitration.

4 American Arbitration Association.

5 P. MALLOY, *Michael Current Issues in International Arbitration*, 15(2002)Transnational Lawyer, s. 45.

- çok taraflı tahkim,
- hakemlerin kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamak zorunda olup olmadıkları,
- mahkemelerin hakem yargılamasına hangi ölçüde müdahale edecekleri.

Tahkim, adlî yargının yanı sıra uyuşmazlıkların çözümlenmesinde başvurulan bir yöntem olarak daima var olmuştur. Bununla beraber, mahkemelere tanınan yetkinin aynı oranda hakemlere tanınmadığı bir gerçektir. Diğer bir ifadeyle, bu iki müessesenin yetkilerinde paralellik öngörülmemiştir. Hakem yargılamasına rağmen, bazı hususlar mahkemelerin tekeline bırakılmış, bu hususlarda hakemlerin faaliyet yapması ve karar vermesi engellenmiştir. Özellikle, cebrî önlemlerin alınmasını gerektiren durumlarda uyuşmazlık hakemler tarafından görülmesine rağmen mahkemelere başvurulması zorunluluğu getirilmiştir. Bir taraftan yargılama işlevinin hakemlere verilmesi diğer taraftan mahkemelere bu işleve zaman zaman müdahale etme yetkisinin tanınması, müdahalenin kapsamı konusunda ulusal hukuklarda farklılıkların olması; bu tür müdahalenin hakem yargılamasını uzatmak veya sürüncemede bırakmak amacıyla kötüye kullanılması tahkimden beklenen "hızlı yargılama", "kısa sürede uyuşmazlığın çözümü" gibi faydaların elde edilmesini engellemiştir. Oysa üzerinde tartışmasız bir şekilde görüş birliğine varılan husus, hakem yargılamasının hızlı olmasıydı. Ancak mahkemelerin müdahalesi, çoğu zaman, bu hızın önünü kesmekte; adeta mahkemelerde kaybedilen zaman kadar bir süreye ihtiyaç duyulmaktadır. Milletlerarası ticarî ilişkiler, bu tür müdahalelerle kaybedilen zamana tahammül edemeyecek bir hareketlilik içindedir. Bu yüzden milletlerarası ticarî tahkim alanında son zamanlarda yapılan yasal düzenlemelerle mahkemelerin müdahalesi mümkün olan en az seviyeye indirilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkemelerin müdahalesi tamamen bertaraf edilmiş değildir.

Mahkemelerin tahkime müdahalesini azaltmaya yönelik düzenlemelerin yanı sıra ikinci önemli gelişme, hakemlerin geçici ve koruyucu önlemler alabilme yetkisinde ortaya çıkmıştır. Geçici ve koruyucu önlemler, diğer ifadesiyle ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları sonuç olarak cebri icra organlarının devreye girmesini gerektirdiği için bu

kararları verme yetkisi mahkemelerin tekeline bırakılmıştır. Hakem yargılaması sırasında koruyucu ve önleyici tedbire ihtiyaç duyulursa hakemler veya taraflardan biri mahkemeye müracaat edecektir. Bu konuda mahkemelere tanınan tekel hakkı giderek kırılmakta ve artık son düzenlemelerde hakemlerin de ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almasını temin eden hükümlere yer verilmektedir. Burada temel sorun, hakemler tarafından verilen ve kararın icrasının istenildiği mahkemenin hukukunda mevcut olmayan örneğin, "Anton Piller Order"⁶ veya "Mareva Injuntion"⁷ şeklindeki geçici tedbirleri mahkemelerin icra edip edemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Acaba, ha-

6 İngiliz hukukunda yer alan ve özellikle fikrî mülkiyet davaları bakımından büyük önem taşıyan bir tedbir türü olan Anton Piller Order, adını "Anton Piller KG v Manufacturing Process Ltd." davasından almıştır. Bu tedbir türünde davacı, mahkemenin izni ile dava konusu olan veya olması muhtemel materyalleri, delilleri araştırmak, incelemek, fotokopilerini veya fotoğraflarını çekmek hakkına sahiptir. Hatta, davacı bunlardan gerekli gördüklerini tahrif edilme veya yok edilme tehlikesine karşı korumak amacıyla davalının hakimiyet alanından çıkarılarak avukatının veya mahkemenin denetimi altına alınmasını isteyebilir (EKŞİ, Nuray *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2. bası, İstanbul 2000, s. 267 dn. 1070; EKŞİ, Nuray *The Basic Types of Measures and General Requirements for Granting Interim Orders in the Laws of the EC Member States*, VII(1992-1993)1-3 MÜHF Hukuk Araştırmaları, s. 303).

7 İngiliz hukukunda yer alan ve bir tedbir türü olan Mareva Injuntion 1975 yılından itibaren Kıta Avrupa Hukukundaki ihtiyati haczin Common Law'da karşılığını teşkil etmek için kullanılmaktadır. Bu tedbir türü adını bir davadan almıştır (Davada verilen kararın metni için bkz. "Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA" II(1975)Lloyd's Report, s. 509). Bu davadan sonra İngiltere'deki malvarlığı üzerine konulan geçici ve koruyucu önlemler hep Mareva Injuntion adı altında verilmektedir. Mareva Injuntion için uygulama ile oluşturulan esaslar 1981 Supreme Court Act'in 37/1. maddesi ile yasallaştırılmıştır. Mareva Injuntion ile, davacının tek taraflı başvurusu üzerine, genellikle davalı tarafın yokluğunda verilen bir kararın onun mallarına geçici bir süre için el konulmaktadır. Mareva Injuntion dava öncesinde, dava veya icra aşamasında talep edilebilir. Bu kararın borçlunun bütün mallarına veya alacak iddiasına yetecek kısmına el konulur. Böylece ileride alınacak mahkeme kararı bu mallar üzerinde icra edileceğinden davacının alacağı garanti altına alınmış olmaktadır (EKŞİ, Nuray *Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi*, İstanbul 2000, s. 54-55 dn. 240).

kemlerce veya taraflarca başvurulmuş mahkeme sadece kendi hukukunda yer alan geçici tedbirlerin icrasına mı karar verecek yoksa kendi hukukunda olmamakla beraber hakemler tarafından verilen herhangi bir tedbirin icrasına karar verebilecek midir? Bu sorun esas olarak hakemlerin bir *lex fori*'sinin bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Mahkemelerin, belirli bir devlete ait olması nedeniyle onların daima bir *lex fori*'leri vardır. Buna karşın, milletlerarası tahkim işlemlerini yürüten hakemlerin belirli bir devlete bağlı olmamalarının sonucu olarak *lex fori*'lerinin varlığından da söz edilememektedir. Mahkemelerin *lex fori*'si olduğu halde hakemlerin uygulamak zorunda oldukları bir *lex fori*'leri bulunmaması geçici tedbir kararlarını verirken onlara serbestlik sağlamaktadır.

Yukarıda bahsedilen gelişmeler Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu etkilemiş ve yukarıda bahsedilen konularda hakemlere karar alabilme yetkisi tanınmıştır. Diğer bir anlatımla, 4686 sayılı Kanunda, milletlerarası tahkim alanında mahkemelerin hakem yargılamasına müdahalesi en aza indirilme gayretleri açıkça görülmektedir. Bütün bu gayretlere rağmen, hakemlerin mutlak olarak tahkim yargılamasında tam anlamıyla hâkimiyet kurmalarına ihtiyatla yaklaşılmış ve bazı konularda mahkemelerin müdahalesine izin verilmiştir.

II. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

A. Kanunun Hazırlık Çalışmaları

Türk hukukunda, milletlerarası tahkime ilişkin bir kanunun hazırlanması çalışmaları fazla eskiye dayanmaz. Kanunun taslağını hazırlayan Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü ilk çalışmalarına 1997 yılında başlamıştır. Bu çalışmalar yalnızca Enstitü bünyesinde sürdürülmemiş, muhtelif yerlerde yapılan toplantılara konuyla ilgili uzmanların katılımı sağlanmıştır. Ayrıca bu toplantılarda yapılan görüşmeler ve varılan sonuçların yayınlanması için büyük hassasiyet gösterilmiştir. Bu çalışmalara ilişkin olarak Enstitünün çıkarmış olduğu yayınların ilk cildinde yer alan tasarı metninin UNCITRAL⁸ Model Kanununun aynısı olduğu söylenebilir. Fakat daha sonra yapılan ça-

⁸ United Nations Commission on International Trade Law.

lışmalar neticesinde ortaya çıkan bugünkü metin UNCITRAL Model Kanununda yer alan kurallarla İsviçre Devletler zel Hukuku Hak-kındaki Kanunun milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerinden esin-lenilerek hazırlanmıştır. 21.6.2001 tarihinde kabul edilen 4686 sayı-lı Kanun 5.7.2001 tarihinde yrrlge girmiřtir⁹.

Türkiye'nin yabancı yatırımcı ve yabancı şirketleri daha fazla çekmek istemesinin, 4686 sayılı Kanunun hazırlanmasına etki eden faktörle-rin başında geldiği ifade edilmektedir. Türkiye'de yatırım yapmak is-teyen Avrupa Birliği yeleri ve Amerika Birleşik Devletleri, esas olarak sadece kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri açısından 1999 yı-lından önce mevcut yasal düzenlemeleri dikkate alarak milletlerarası tahkim alanında Türkiye'de reform yapılması ihtiyaını dile getir-mekteydiler. Aslında, sorun devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlık-larının tahkim yolu ile zm hususunda Türk mevzuatının yetersiz olmasından kaynaklanıyordu. Bu sorunun yeni bir kanun yapılarak özümlenmesi mümkün değildi. Sorunun zm için başta Anayasa olmak üzere İdari Yargılama Usulü Hakkındaki Kanun ve Danıştay Kanununda değişiklik yapılması gerekiyordu. Nitekim 1999 yılından itibaren yapılan yasal değişikliklerle devletin veya devletin kurumla-rının taraf olduğu yatırım uyuşmazlıkları için başvurulacak milletle-rarası tahkimin önündeki bütün engeller kaldırıldı. Özel kişiler ara-sındaki hukukî uyuşmazlıklar bakımından tahkime gitme konusunda zaten herhangi bir yasal engel mevcut değildi. Millî tahkim HUMK'-da düzenlenmiş ve böylece Kanunun yrrlge girdiği 1927 yılından beri Kanundaki hükümler çerçevesinde ihtiyarî tahkim yoluyla uyuş-mazlıklar zmlenmiştir. Türkiye, Milletlerarası Ticarî Tahkime İliş-kin Cenevre Konvansiyonuna taraftır¹⁰. Bu sebeple, Türk hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin bir düzenlemenin yokluğunun 4686 sa-yılı Kanunun hazırlanmasının temel gerekçesini teşkil ettiğini söyle-mek doğru değildir. 4686 sayılı Kanunun hazırlanmasının gerekçesi-ni, 1961 yılında yapılan Cenevre Konvansiyonunun, milletlerarası tahkim alanında yaşanan son gelişmelerin ortaya çıkardığı ihtiyaçla-ra cevap verememesi ve bu ihtiyaçların başarılı bir çalışma olan UN-CITRAL Model Kanununa paralel bir düzenleme ile giderilebilmesine

⁹ RG 5.7.2001/24453. Kanunun 18. maddesinde, bu Kanunun yayımı tarih-inde yrrlge gireceği ifade edilmiştir.

¹⁰ RG 23.9.1991/21000.

dayandırmak herhalde yanlış olmaz. Ayrıca, 4686 sayılı Kanun ile Fransa, İngiltere ve İsviçre gibi milletlerarası tahkim cenneti sayılan ülkelerden biri olmak için radikal bir adım atılmış olacağı düşüncesi de bu Kanunun hazırlanmasının nedenlerinden birini teşkil etmektedir.

B. Kanunun Amacı

UNCITRAL Model Kanunun temel olarak hedeflediği iki amaç 4686 sayılı Kanununda da gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Bu amaçlardan ilki, uluslararası alanda tahkim kuralları arasında bütünlüğü ve uyumu sağlamaktır. Böylece tahkime giden kişilerin benzer kuralları bilerek hukukî güven içinde hareket etmeleri temin edilmiş olacaktır. Gerek 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda gerekse diğer pek çok devletin tahkim düzenlemelerinde UNCITRAL Model Kanunu kısmen veya tamamen etkili olduğu için genel olarak tahkim kuralları arasında bir birlik sağlanmıştır. İkinci amaç, mahkemelerin milletlerarası tahkim üzerindeki yetkilerini ve denetimlerini azaltarak tahkimi taraf iradesine dayalı liberal bir kurum haline getirmektir. İkinci amaç çerçevesinde millî tahkime ilişkin hükümler içeren Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile mukayese edildiğinde, 4686 sayılı Kanunun daha liberal hükümler getirdiğini görmekteyiz. Çünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu tahkimin yargısal niteliğine önem verir, bu bağlamda hakemlere kendi yetkilerini denetleme imkânı tanımaz. Hakem kararlarına karşı temyiz yolundan feragati kabul etmez (HUMK md. 535); bazı konularda mahkemelere verilen yetkilerin hakemler tarafından kullanılmasını reddeder (HUMK md. 527); hakem kararının icrasını onun mahkemeye tevdi edilmesine ve temyiz süresinin geçmesine bağlar (HUMK md. 536).

4686 sayılı Kanunda, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir (md. 1/I). Kanun, "milletlerarası tahkim"i düzenlemekle beraber bu kavramın neyi ifade ettiği tanımlanmamıştır. Buna karşılık, hangi hallerin uyuşmazlığı yabancı unsurlu kılacağı tek tek saymıştır (md. 2). Taraflar arasındaki uyuşmazlığa yabancılik unsuru kazandıran hallerin varlığı halinde tahkimin, milletlerarası nitelik kazanacağı 2. maddede ifade edilmiştir. O halde Kanun, "milletlerarası" niteliğin tayininde taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi esas almıştır. Bu hukukî ilişkide Kanunda sayılan yabancılik unsurlarından bi-

rinin varlığı halinde tahkim de milletlerarasıdır. Böylece, Kanun "yabancılık unsuru" ile "milletlerarası unsur"u eş anlamda kullanmaktadır. Kanaatimizce, Kanunun şekli bakımından bu ifade tarzı yerinde olmamıştır. Kanunun adına sadık kalınarak yabancılık unsurunun kullanılmaması yalnızca milletlerarası unsur kavramı ile yetinilmesi yerinde olurdu. Kanunda uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandıran kriterler milletlerarası unsurunu tayin eden kriterler olarak ele alınmalıydı.

NOMER'e göre, "milletlerarası tahkim hukukunda, 'milletlerarası tahkim davası' veya 'milletlerarası hakem kararı' kavramları için yeknesak bir tarife veya açıklamaya ulaşılamamıştır. Ne zaman bir 'milletlerarası' tahkimden veya bir 'milletlerarası hakem kararı'ndan söz edileceği çeşitli hukuk nizamları tarafından farklı şekillerde cevaplandırılmaktadır. Bu sebeple bu gün için 'milletlerarası tahkim' ve 'milletlerarası hakem kararı' kavramları, bunları kullanan millî hukukların anlayışına bağlı olarak açıklanmak durumundadır"¹¹. Türk tahkim hukuku anlayışına göre, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa tabi olarak verilen hakem kararları milletlerarası hakem kararları; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre verilen hakem kararları ise milletlerarası olmayan hakem kararlarıdır. Bununla beraber, her iki kanuna göre verilen hakem kararı millî (Türk) hakem kararıdır^{12,13}.

11 NOMER, Ergin /ŞANLI, Cemal *Devletler Hususî Hukuku*, 12. bası, İstanbul 2003, s. 474.

12 NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 474.

13 4686 sayılı Kanununun 17. maddesine göre, bu Kanunda düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, HUMK'un hükümleri uygulanmaz. Bununla beraber Kanunun bazı hükümlerinde sadece HUMK'a değil aynı zamanda İİK'nin muhtelif maddelerine atıf yapılmıştır. Bu hükümler şunlardır: Tahkim itirazının HUMK'un ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabi olduğunun belirtildiği 5/I. maddesi; tarafların HUMK'a göre ihtiyati tedbir ve İİK'ya göre ihtiyati haciz talep edebileceklerini düzenleyen 6/IV. maddesi; delillerin toplanmasında hakem veya hakem kurulunun asliye hukuk mahkemesinden yardım istemesi halinde, mahkemenin HUMK'u uygulayacağına ilişkin 12/B maddesi; iptal davası sonucunda verilen karara karşı HUMK'daki hükümlere göre temyiz yolunun açık olduğunu düzenleyen 15/A-VI. maddesi. Ancak, 4686 sayılı Kanunun yaptığı atıf sebebiyle HUMK'da yer alan bazı hükümlerin uygulanması verilen hakem kararının milletlerarası niteliğini ortadan kaldırmaz.

C. Kanunun Uygulama Alanı

Kanunun uygulama alanına yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar girmektedir. Ayrıca, herhangi bir tereddüt olmaması için Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uygulanması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanunun kapsamına giren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün bu Kanuna tabi olduğu açıkça ifade edilmiştir.

4686 sayılı Kanunun uygulanabilmesi iki zorunlu unsurun bir araya gelmesine bağlıdır.

1. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması,
2. Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya kanunun taraflar veya hakemlerce seçilmiş olması.

Dikkat edilirse ilk şart alternatifli olmayan, mutlaka bulunması zorunlu olan bir unsurdan söz etmektedir. Buna karşılık ikinci şart kendi içinde alternatifli bir düzenlemeye sahiptir. Tahkim yeri Türkiye'de olmamakla beraber, Kanunun uygulanacağı taraflarca veya ad hoc tahkim veya kurumsal tahkimde hakemler tarafından kararlaştırılmışsa, tahkim, bu Kanun hükümlerine tabi olacaktır.

NOMER'e göre, "tahkim yeri" ile ne kastedildiği konusunda Kanun gerekli açıklığa sahip değildir. Ancak tahkim yeri de facto değil, fakat şeklen ifade edilmiş bir yer niteliğindedir (lex loci arbitri). Türkiye'de bulunan "tahkim yeri", tahkim davasının 4686 sayılı Kanununa, yani Türk tahkim yargısına tabi olmasını temin eden bir bağlanma noktası olarak kullanılmıştır¹⁴.

"Tahkim yerinin Türkiye'de olması, hakem mahkemesinin duruşmalarını ve müzakerelerini Türkiye'nin şu veya bu mahallinde yerine getirmesi hususunda kanunî bir yükümlülük getirmemektedir. Kanunun kullandığı tahkim yeri kavramı ile, ne hakemlerin bir araya geldikleri, şahit ve bilirkişileri dinlediği veya celselerin akdedildiği ma-

¹⁴ NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 475.

hal gibi, tahkim davasının bazı kısımlarının fiilen cereyan ettiği yer (place of arbitration, place d'arbitrage, Schiedsplatz) ve ne de hakem kararının verildiği mahal kastedilmektedir¹⁵. Kanun, Türkiye'de bulunan tahkim yerini, tahkim davasının Milletlerarası Tahkim Kanununun yürürlük alanına girmesine sebep olan bir unsur olarak görmektedir. Böylece, Türkiye'de bulunan tahkim yeri, hem Milletlerarası Tahkim Kanununun bir uygulanma şartı hem de tahkim ile Türk tahkim hukuku arasındaki bağılılığı temin eden bir kavram (seat of arbitration, siège d'arbitrage; Sitz des Schiedsgerichts) olmaktadır¹⁶.

Tahkim yeri, taraflarca veya onların tayin ettiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılabilir. Bu konuda bir anlaşma yoksa, tahkim yeri hakem veya hakem kurulunca, olayın özellikleri de dikkate alınmak suretiyle belirlenir (md. 9).

Yabancılık unsurunu gerçekleştiren haller Kanunda sayılmıştır. 2. maddeye göre, aşağıda belirtilen hallerden herhangi birinin varlığı uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir. Bu haller şunlardır:

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin¹⁷ ya da iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması,
2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanılarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması,
3. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması,
4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik

¹⁵ Bkz. 4686 sayılı Kanun md. 9/II, md. 14/A-3.

¹⁶ NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 475-476.

¹⁷ "Olağan oturma" kavramı yerine Türk hukukunda MÖHUK ile yasal bir kavram olarak kullanılmaya başlayan "mutad mesken" kavramının kullanılması daha uygun olurdu.

mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması,

5. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin son fıkrası, yabancılık unsurunun tayininde 4501 sayılı Kanun hükümlerini saklı tutmuştur. Çünkü, Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uygulanması Gereken İlkeler Dair 4501 sayılı Kanunun¹⁸ 2. maddesinde bu Kanunun uygulanması bakımından yabancılık unsuru tanımlanmıştır¹⁹.

D. Kanunun Uygulama Alanı Dışında Kalan Konular

1. Tahkime İlişkin Milletlerarası Andlaşmaların Kapsamına Giren Uyuşmazlıklar

4686 sayılı Kanunun 1/VI. maddesi Anayasanın 90/V. maddesinde yer alan hükme paralel bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre, Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır. Kanunun kapsamına giren konularla ilgili bir milletlerarası antlaşma varsa öncelikle bu antlaşma uygulanacaktır.

18 RG 22.1.2000/23941.

19 Yabancılık unsuru, sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birini ifade eder (4501 sayılı Kanun md. 2-c).

2. Türkiye'de Bulunan Taşınmazlar Üzerindeki Aynî Haklarla İlgili Uyuşmazlıklar

Kanunda, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklar kapsam dışında tutulmuştur. Bu nedenle taşınmaz malların mülkiyetinden, üzerindeki sınırlı aynî haklardan yani rehin hakkı, gayrimenkul mükellefiyeti ve irtifak haklarından doğan uyuşmazlıklarda tahkim yolu kapatılmıştır.

Türkiye'de bulunan taşınmaz mallardan söz edilmiş olması nedeniyle yabancı ülkelerde bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynî hakların tahkim yargılamasına tabi tutulmasının mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya olumlu cevap verilse dahi böyle bir hakem kararının, taşınmazın bulunduğu ülkede sonuç doğurması mümkün olmayabilir.

3. İki Tarafın İradesine Tabi Olmayan Uyuşmazlıklar

Tahkim müessesinde taraf iradesine büyük ölçüde yer verilmiştir. Ancak hukukî ilişkilerin gerektirdiği emniyet ve güvenin sağlanması; ekonomik yönden güçsüz olanın korunması; taraflar arasında eşitliğin sağlanması amacıyla tahkim usulüne bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan biri, ancak tarafların arzularına bağlı konularda tahkime gidilebilmesidir.

4686 sayılı Kanununun 1. maddesinin IV. fıkrasına göre, iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda Kanun uygulanmayacaktır. Kanunun uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın, iki tarafın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir hukukî ilişkiden veya işlemenden doğmuş olması gerekir.

E. Genel Olarak 4686 Sayılı Kanunun İçeriği ve Düzenlediği Konular

Kanun 7 bölüm altında düzenlenen 19 maddeden oluşmaktadır. Kanunun amacı ve kapsamı 1. maddede; görevli ve yetkili mahkeme ile mahkemenin müdahalesinin sınırı 3. maddede; tahkim anlaşmasının şekli, tahkim itirazı, hakem yargılaması sırasında geçici tedbirlere karar verilmesi 4-6. maddelerde; hakemlerin sayısı, seçimi reddi, sorumlulukları ve görevlerinin sona ermesi 7. maddede; hakem yargıla-

ması ve yargılamanın sona ermesi 8-13. maddelerde; hakem kararının içeriği, şekli, kararın yorumu, tamamlanması, maddî hataların düzeltilmesi 14. maddede; hakem kararının iptali davası ve kararın icra edilebilirliği 15. maddede; tahkim giderleri ve yürürlükten kaldırılan hükümler 16-17. maddelerde düzenlenmiştir.

Burada, 19 maddeden oluşan Kanunun bütün hükümleri tek tek incelenmeyecek sadece genel bir bilgi verilmekle yetinilecektir. Milletlerarası tahkim alanındaki son gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap vermeye çalışan ve Türk tahkim hukuku açısından yenilikler getirdiği söylenebilen hükümler üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır. Ayrıca, Kanunda somut olarak hüküm getirilmeyen konularda ortaya çıkacak sorunlara değinilecek veya hüküm getirilmekle beraber bu hükümlerin uygulanması sırasında ortaya çıkması muhtemel sorunlar tespit edilmeye çalışılacaktır. İncelememiz, Kanunun getirdiği yenilikler ile eksiklikleri ve bazı kuralların uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek sorunlarla sınırlı olmakla beraber, 4686 sayılı Kanunda yer alan hükümlerin genel bir çerçevesinin çizilmesi getirdiği yeniliklerin daha iyi anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

Tahkim anlaşması 4. maddede tanımlanmıştır. Bu maddeye göre, tahkim anlaşmasının yapılması için taraflar arasındaki hukukî ilişkinin mutlaka sözleşme olmasına gerek yoktur. Sözleşmeden kaynaklansın veya kaynaklanmasın tarafların aralarında mevcut bir hukukî ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının tahkim yoluyla çözümlenmesi konusunda yaptıkları anlaşma, tahkim anlaşmasıdır. Tahkim anlaşması, müstakil tahkim anlaşması ve tahkim klozu veya tahkim şartı şeklinde yapılabilir.

Tahkim anlaşması yazılı olarak 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 iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde belirtilen tahkim anlaşmasının varlığına cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması (incorporation by reference) halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır (md. 4/II). Böylece 4686 sayılı Kanun, uluslararası ticarete başvuru metodu olarak kullanılmaya

başlanan elektronik ortama yer vermiştir. Ayrıca, tahkim sözleşmesinin "incorporation"²⁰ yoluyla yapılmasına da izin vermiştir. Uluslararası ticarete sıkça kullanılan genel işlem şartları, standart sözleşmeler, kodlar ve broşürlerde yer alan kurallar arasında tahkim şartını düzenleyen hükümler de bulunmaktadır. Söz konusu genel işlem şartlarına, standart sözleşmelere, broşürlere vb. düzenlemelere yollama yapılması halinde bu düzenlemelerin içerisinde bulunan tahkim şartı taraflar için bağlayıcılık kazanacaktır. 4686 sayılı Kanun bu şekilde yapılan tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmiştir. Millî mevzuatların, çoğu zaman uluslararası ticarî hayattaki gelişmeleri tam anlamıyla takip edememeleri, diğer bir ifadeyle yeni gelişmeler karşısında millî hukukların suskun kalması veya yetersiz olması uluslararası ticaretin aktörlerini yeni arayışlara yöneltmiştir. Bu bağlamda ICC, UNIDROIT²¹, BIMCO²², FIDIC²³, UNCITRAL, GAFTA²⁴ ve FOSFA²⁵ başta olmak üzere bir çok uluslararası kuruluşun yanı sıra çeşitli meslek birliklerinin ticarî hayattaki en son gelişmeleri dikkate alarak hazırladığı genel işlem şartları, standart sözleşmeler ve model kanunlar sıkça başvurulan metinler olmuştur. Bu metinler taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi ayrıntılı bir şekilde düzenlemekte ve genellikle millî bir kanuna başvurulmasına gerek kalmamaktadır. Uluslararası ticarî ilişkilerdeki hâkimiyetlerine ve önemlerine rağmen genel işlem şartları, standart sözleşmeler, broşürler ve model kanunlar devletin yarattığı hukuka eşdeğer sonuç doğurmazlar. Ticarî hayattaki ihtiyaçları daha iyi şekilde karşılayan bu metinlerin uygulanması hususunda tarafların iradelerini beyan etmeleriyle bunlar sözleşmeye dahil edilirler, yani sözleşmenin bir parçası veya eki haline gelirler (incorporation by reference). Sözleşme hükmü olarak tarafları bağlarlar. Mahkemeler veya hakemler de bunları sözleşme hükmü olarak dikkate alırlar"²⁶. Örneğin, BIMCO tarafından hazırlanan çarter parti ve

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Nuray *Kanunlar İhtilâfı Alanında "Incorporation"*, Aysel ÇELİKEL'e Armağan, (1999-2000)1-2 MHB, s. 263-291.

²¹ Institut Internationale pour L'unification du Droit Privé.

²² Baltic and International Maritime Conference.

²³ Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils.

²⁴ Grain and Feed Trade Association.

²⁵ Federation of Oil Seed and Fats Associations.

²⁶ EKŞİ, (dn. 20), 290.

konişmento metinleri dünya çapında kullanılmaktadırlar. Bu metinlerin kullanılmasıyla taraflar sözleşmenin ayrıntılarını belirlemek için zaman kaybetmeden kısa sürede, belirli bir temele oturmuş ve tecrübelerle dayanılarak hazırlanan bu formlar sayesinde anlaşmaya varmaktadırlar. Taraflar sadece kendi aralarındaki hukukî ilişkinin özelliklerine göre gerekli değişiklikleri yapmaktadırlar²⁷. Bu metinlerde, konişmentodan veya çarter partiden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne ilişkin bir şart yer almaktadır. İşte tarafların önceden hazırlanan bu metinleri kabul etmesiyle birlikte bu metinler içinde bulunan tahkim klozları da taraflar açısından bağlayıcılık kazanmaktadır.

Hakem sayısı, hakemlerin seçimi, reddi, sorumluluğu, görevlerinin sona ermesi ve yetkileri konusunda 7. madde oldukça ayrıntılı bir düzenlemeye sahiptir. Hakemleri seçiminde taraf iradesine önem verilmiştir. Taraflar hakemlerin sayısını belirlemede serbesttirler. Ancak bu sayı tek olmalıdır (md. 7/A). Taraflar arasında uzlaşma sağlanamayan hallerde hakem seçimi asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılacaktır.

Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını serbestçe kararlaştırabilirler. Taraflar herhangi bir ülkenin usul kanununu seçebilecekleri gibi milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına da yollamada bulunabilirler. Ancak taraflarca belirlenen yargılama kuralları 4686 sayılı Kanunun emredici kurallarına aykırı olamaz (md. 8/A).

Taraflar tahkim yargılamasında eşit haklara ve yetkilere sahiptirler. Tarafların savunma hakları hiç bir şekilde ihlâl edilemez. Tahkim yargılaması Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmî dilinde yapılabilir. Yargılamada kullanılacak dil taraflarca kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu tarafından belirlenir.

Hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlığın esasını karara bağlarken taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini ve taraflarca seçilen hukuku uygularlar. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Be-

27 EKŞİ, (dn. 20), 281.

lirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfı kuralları dışında doğrudan maddî hukuk kurallarının seçilmiş olması anlamına gelir. Taraflar uygulanacak hukuku seçmemiş ise, hakem veya hakem kurulu hukukî ilişki ile en yakın bağlantılı olan devletin hukukunun maddî hükümlerini uygular (md. 12/C).

Tahkim yargılaması, hakemin seçildiği veya birden çok hakemli davalarda kurulun ilk toplantı tutanağını düzenlediği tarihten itibaren bir yıl içinde tamamlanmalıdır (md. 10/B). Bununla beraber, tahkim süresinin uzatılması mümkündür. Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından uzatılabilir.

Hakem veya hakem kurulu, bilirkişi atayabilir, taraflara bilirkişilere bilgi ve belge verme yükümlülüğü yükleyebilir ve dava ile ilgili keşif yapılmasına karar verebilir (md. 12/A). Taraflar, delillerini hakem veya hakem kurulu tarafından tayin edilen süre içinde verirler. Hakem veya hakem kurulu delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım talep edebilir (md. 12/B).

Hakem kurulu kararını oy çokluğu ile verir. Taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler (md. 13/A). Örneğin, kararın oy birliği ile verilmesi şartını öngörebilirler. Hakem kararında bulunması gerekli olan unsurlar 14/A maddesinde sayılmıştır. Bu maddeye göre, tarafların ve varsa temsilci veya vekillerin isim ve adresleri; tahkim yeri ve karar tarihi; kararı veren hakem veya hakemlerin isimleri, imzaları ve varsa karşı oyları; karara karşı iptal davası açılabileceği; kararın dayanağı olan hukukî sebeplerle gerekçesi; tazminata hükmedilmişse miktarı belirtilir.

Tahkim yargılaması sırasında, taraflar uyuşmazlık konusunda sulh olabilirler. Bu durumda hakem veya hakem kurulu tahkim yargılamasına son verir. Taraflar arasındaki sulh, hakem kararı olarak yazılır (md. 12/D).

Hakem kararı, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilir. Taraflar giderlerini ödemek koşuluyla hakem kararının asliye hukuk mahkemesine gönderilmesini isteyebilirler. Bu durumda karar ve dava dosyası, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından asliye hukuk mahkemesine sunulur ve mahkeme tarafından kalemde saklanır (md.14/A-III).

F. Kanunun Getirdiği Yenilikler

4686 sayılı Kanununun 16/B maddesi, hakem kararlarının icra edilebilmesinde öngördüğü sistem sebebiyle çok önemli bir yenilik teşkil etmektedir. Ayrıca, 15/A. maddesine göre, hakem kararlarına karşı asliye hukuk mahkemelerinde sadece iptal davası açılabilmesi ve bu dava sonucu verilen kararın temyizinin de yalnızca Kanunda gösterilen iptal sebepleri ile sınırlandırılması Türk tahkim hukukuna getirilen bir yeniliktir. Yine, ilk defa Türk tahkim hukukunda hakemlere, 4686 sayılı Kanununun 6. maddesinde belirtilen sınırlı şartlarla da olsa ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmıştır.

Aşağıda Kanunun özellikle Türk tahkim hukuku açısından yeni sayılabilecek hükümleri üzerinde durulacaktır.

1. Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Alma Konusunda Yetkisi ve Bu Yetkinin Sınırları

Milletlerarası Tahkim Kanununda, aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebileceği belirtilmiştir²⁸. Bununla birlikte, hakem veya hakem kuruluna resmî makamları veya üçüncü şahısları bağlayıcı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verme yetkisi tanınmamıştır. Alman doktrininde, hakemler tarafından verilen ve icraî nitelik taşımayan tedbirler “dişleri olmayan vahşi hayvana” benzetilmiştir²⁹.

²⁸ 4686 sayılı Kanunda, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbirin yanı sıra hakemlerin geçici koruma önlemlerinden birisi olan delil tespitine karar verip veremeyeceklerinden söz edilmemiştir. PEKCANITEZ'e göre, “delil tespitinden söz edilmemiş olması, hakemlerin delil tespitine karar veremeyeceği anlamına gelmez. Çünkü delil tespiti, uyuşmazlığın çözümü için zorunlu bir koruma tedbiridir. Bu nedenle delil tespitine ilişkin kararı mahkemeler yanında hakemler de verebilir. Ancak delil tespiti çoğu kez dava açılmadan önce, hakem veya hakem kurulu atanmadan önce istenebileceğinden genellikle mahkemelere başvurulacaktır” PEKCANITEZ, Hakan *Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukukî Koruma Önlemleri: Milletlerarası Tahkim Semineri 10 Mart 2003 ICC Türkiye Millî Komitesi Yayını*, Ankara 2003, s. 128.

²⁹ BERGER, Klaus Peter *The New German Arbitration Law in International Perspective*, (2000)26 FORUM Internationale on Commercial Law and Arbitration, s. 10.

Kanunun 6. maddesinin II. fıkrasına göre:

"Hakem veya hakem kurulu, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremez".

Buna mukabil, aksi kararlaştırılmadıkça, hakemin veya hakem kurulunun, tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine vermiş olduğu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları, yerine getirilmez ise, diğer taraf ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesini yetkili mahkemeden isteyebilecektir. Bununla beraber, tedbir kararı veya ihtiyati haciz kararı için mutlaka öncelikle hakeme veya hakem kuruluna başvurulması zorunluluğu yoktur. Taraflardan biri doğrudan mahkemeden tedbir veya ihtiyati haciz kararı alabilir. Ayrıca, taraflardan biri, mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almış ise 30 gün içinde tahkim davasını açmak zorundadır. Aksi halde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı kendiliğinden ortadan kalkar (md. 10 A-II).

4686 sayılı Kanunda, hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı alabileceği, ancak icraî nitelikte tedbir kararları veremeyecekleri öngörülmüştür. PEKCANITEZ'in de ifade ettiği gibi, icrai nitelikte karar verme yetkisi bulunmayan hakemler, ihtiyati hacze karar vermiş olsalar bile bu kararın tek başına sonuç doğurması mümkün değildir. İhtiyati haciz kararının uygulanabilmesi, diğer bir ifadeyle haciz işleminin yapılabilmesi için icra organlarına başvurmak gerekir. Bu sebeple, hakemlere ihtiyati haciz kararı verme yetkisini tanımanın ne pratik bir sonucu ne de yararı vardır³⁰.

Kanaatimizce, hakem veya hakem kurulunun, cebri icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken veya üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verememesi sadece Türkiye'de yerine getirilecek kararlar açısından söz konusudur. Yoksa, bu düzenlemenin, hakemler tarafından Türkiye dışında yerine getirilecek ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararlarının verilmesini engellediği sonucuna varılmamalıdır. Hakemler tarafından verilen icraî nitelikteki ihtiyati tedbir veya

³⁰ PEKCANITEZ, (dn. 28), 124-126.

ihtiyati haciz kararlarının hangi şartlarla hüküm ve sonuç doğuracağı veya bu kararların üçüncü kişileri bağlayıp bağlamayacağı veya resmî makamlar tarafından yerine getirilip getirilmeyeceği, söz konusu kararların sonuç doğurması istenilen ülkenin hukukuna tabidir. Eğer, hakemler tarafından verilen geçici ve koruyucu önlemler başka bir ülkede yerine getirilmişse, uyuşmazlığın 4686 sayılı Kanunun kapsamına girmesi, bu kararların geçersiz olması sonucunu doğurmayacaktır.

HUMK'un 109 . maddesine göre, ihtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmiş ise esas davanın kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde açılması ve dava açıldığına ilişkin evrakın dosyaya ibraz edilmesi gerekir. Dava, eğer, hakemde açılmış ise, o zaman bu süre uygulanmayacaktır. 4686 sayılı Kanuna tabi tahkimlerde süre daha uzun tutulmuş ve otuz güne çıkarılmıştır. Ancak mahkeme tedbir kararını verirken HUMK'da aranılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecek ve bu Kanunda yer alan hükümlere uygun olarak tedbir kararını verecektir. 4686 sayılı Kanunda ise sadece süre açısından özel bir düzenleme getirilmiş; on günlük sürenin otuz gün olarak uygulanması öngörülmüştür. O halde, mahkeme, tedbir kararını verirken, tarafların tahkime mi gidecekleri veya mahkemeye mi başvuracakları konusunda kesin bir yargıya varamayacağına göre, tedbir kararında 4686 sayılı Kanuna tabi olan tahkimlerde sürenin otuz gün olduğunu belirtmek zorundadır. Ancak mahkeme, her tedbir kararı verirken 4686 sayılı Kanuna tabi tahkimler için sürenin otuz gün; mahkemede dava açılacaksa veya HUMK'a veya Cenevre Konvansiyonuna tabi tahkimler varsa sürenin on gün olduğunu belirtmek zorunda mı kalacaktır? Yoksa taraflardan aldığı bilgiye göre mi hareket edecektir? Tedbir kararı, karşı tarafın yokluğunda dahi verilebileğine göre (HUMK md. 105) tedbir talep eden taraftan alınacak bilgiye göre sürenin belirtilmesi mümkün olmamalıdır. Kanaatimizce, burada, 4686 sayılı Kanunun uygulama alanına girmesi muhtemel bir uyuşmazlık varsa mahkemenin kararında sürenin otuz gün olduğunu belirtmesi gerekir. Aynı durum, hakeme başvurulmadan önce alınan ihtiyati haciz kararları için de söz konusudur. İİK'nın 264. maddesine göre, dava açılmadan önce ihtiyati haciz kararı alınmış ise yedi gün içinde dava açılması veya takip yapılması gerekir. 4686 sayılı Kanun, hakem yargılamasından önce alınan ihtiyati haciz kararları açısından hakemde dava açma süresini otuz gün olarak belirlemiştir. Yukarıda

ihtiyati tedbir kararları ile ilgili olarak yaptığımız değerlendirmenin burada da dikkate alınması gerekmektedir.

4686 sayılı Kanununun 6/V. maddesine göre, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine, mahkemece verilen ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı ya hakem kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da tahkim davasının reddedilmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.

Hakemin veya hakem kurlunun, hakem yargılaması sırasında Türk hukukuna yabancı olan geçici tedbirlere karar verip veremeyeceği sorunu 4686 sayılı Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Türk hukukunda HUMK'un 103. maddesi esas alındığında tedbir türlerinin sınırlandırılmadığı; farklı tedbir türlerine karar verilebileceği anlaşılmaktadır. HUMK'da bazı ihtiyati tedbir türlerine özellikle yer verilmiş (HUMK md. 101) olmakla birlikte gecikmesinde tehlike olan veya önemli bir zarar olacağı anlaşılan hallerde, söz konusu tehlike ve zararı önlemek için hâkim tarafından gerekli görülen ihtiyati tedbirlere karar verebileceği öngörülmüştür (HUMK md. 103). Demek ki, ihtiyati tedbir türleri sayılmış olmasına rağmen bu sayım tahdidî değildir; gerekli olan hallerde, bunların dışında kalan tedbirlere de hükmedilebilecektir. Ancak 103. maddeye göre, hâkim, sayılan tedbirler dışında başka bir tedbir alabilirse de bunun ihtiyati tedbir müessesinin amacına ve niteliğine uygun olması zorunludur. HUMK'un 103. maddesi dikkate alındığında Türk hukukuna yabancı olan bir tedbir türü ile karşılaşmak zor gibi gözükse de özellikle de uygulanma usulü farklı olan tedbir türleri ile karşılaşılabılır. Örneğin, İngiliz hukukunda yer alan bir tedbir türü olan ve fikrî mülkiyet davalarında uygulanan Anton Piller Order'da olduğu gibi.

Şartları ve uygulanma usulü itibariyle Türk hukukuna yabancı olan tedbir türlerine hakemlerin karar verip veremeyecekleri sorununun Kanunda düzenlenmiş olması, muhtemel tereddütlerin giderilmesi bakımından yararlı olurdu. Bir çok milletlerarası ve millî düzenleme göz önünde bulundurularak hazırlanan 4686 sayılı Kanun, yalnızca mevcutların tercümesi şeklinde değil bunlarda yer alan eksiklikleri giderme, milletlerarası tahkim alanındaki yeni gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan sorunlara sağlıklı çözümler üretme düşüncesiyle hazırlanmıştır. Aksi halde yeni bir Kanunun yapılmasına gerek kalmazdı. Çünkü zaten Türkiye Cenevre Konvansiyonuna taraftır. Bu Kon-

vansiyon da milletlerarası ticarî tahkimi düzenlemekte fakat özellikle milletlerarası tahkim alanında son zamanlarda ortaya çıkan ihtiyaçlara tam anlamıyla cevap verememektedir. Demek ki, 4686 sayılı Kanunun bu eksiklikleri gidermek amacıyla hazırlanmıştır. Bununla beraber, Kanunun 6. maddesinin başlığında ve içeriğinde "ihtiyati tedbir" ve "ihtiyati haciz"den söz edilmesi sebebiyle hakemlerin, yalnızca Türk hukukunda yer alan geçici ve koruyucu önlemlere karar verilebileceği, Türk hukukuna yabancı olan tedbirlere karar verilemeyeceği, eğer verilirse bu kararların taraflarca yerine getirilmemesi halinde 6. maddenin III. fıkrasına istinaden Türk mahkemelerinden yardım istenilmeyeceği yorumu yapılabilir. PEKCANITEZ'e göre, "hakemlerin verdiği tedbir kararının Türk hukukunda bilinen ve tanınan bir tedbir kararı olması gerekli değildir. Hakemlerin yetkisi mahkemenin yetkisinden daha ileri gidebilir ve hakemler, hakimlerden farklı tedbirlere karar verebilir. Ancak bunun taraflarca kendiliğinden yerine getirilmemesi halinde bu farklı tedbirin bir anlamı olacaktır. Çünkü taraf, hakem ya da hakemlerin verdiği tedbir kararını kendiliğinden yerine getirmese, bunun cebri icrası için mahkemeye başvurmak gerekecektir. Bu durumda mahkeme, sadece kendisi açısından bilinen ve tanınan tedbir kararının uygulanmasına karar verebilir. Burada, tedbir kararının icrasına karar verecek olan ülkenin hukuku (lex fori) uygulanacaktır. Ancak bu durumun hakemlerin yetkisine bir etkisi yoktur"³¹.

2. Hakem Kararına Karşı Başvuru Yolları

a. Hakem Kararının Düzeltilmesi, Yorumu ve Tamamlanması İçin Kararı Veren Hakem veya Hakem Kuruluna Müracaat Edilmesi

Hakem kararında bulunan hesap, yazı ve diğer maddî hataların düzeltilmesi veya hakem kararının kısmen ya da tamamen yorumlanması için taraflar kararı veren hakeme veya hakem kuruluna başvurabilir. Başvuru, hakem kararının bildirilmesinden itibaren 30 gün içinde yapılmalıdır. Ayrıca, başvurudan karşı taraf da haberdar edilmelidir. Bunun üzerine, hakem veya hakem kurulu karşı tarafın görüşünü alır. Hakem veya hakem kurulu başvuruyu haklı görürse is-

³¹ PEKCANITEZ, (dn. 28), 122.

tem tarihinden itibaren 30 gün içinde kararındaki maddî hatayı düzeltir veya kararın yorumunu yapar. Tarafların başvurusu olmasa dahi, hakem veya hakem kurulu kendi kararında tespit ettiği maddî hataları kararı izleyen 30 gün içerisinde kendiliğinden de düzeltebilir (md. 14/B-1-2).

Ayrıca, taraflardan her biri, hakem kararının kendilerine bildirilmesinden itibaren 30 gün içinde, karşı tarafa bilgi vermek kaydıyla, yargılama sırasında ileri sürülmüş olmasına rağmen karara bağlanmamış olan konularda tamamlayıcı hakem kararı verilmesini isteyebilir. Hakem veya hakem kurulu bu istemi haklı bulursa tamamlayıcı nitelikteki kararını 60 gün içinde verir (md. 14/B-IV).

b. Hakem Kararına Karşı Kanun Yolu: Mahkemede İptal Davası Açılması

4686 sayılı Kanuna göre verilen hakem kararlarına karşı, temyiz yoluna başvurulması kabul edilmemiştir. Bu kararlara karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür. Kanun metinde asliye hukuk mahkemelerinden söz edilmiş olmakla beraber bu mahkemelerle iş bölümü ilişkisi içinde bulunan asliye ticaret mahkemelerinde de iptal davasının açılmasına bir engel yoktur.

Kanun, hangi sebeplere istinaden iptal davası açılacağını tek tek saymıştır. Bu sayım tahdididir. Aslında hakem kararının asliye hukuk mahkemesi tarafından iptal edilebilmesi için aranılan bu sebepler hukumuza yabancı değildir. Diğer bir anlatımla, 4686 sayılı Kanununun 15. maddesi tam anlamıyla bir yenilik getirmekten uzaktır. Türk tahkim hukukunda, daha önce 2675 sayılı MÖHUK ve New York Konvansiyonunda sayılan tanıma ve tenfiz engelleri bu defa iptal sebepleri olarak düzenlenmiştir³². Ayrıca, Türkiye'nin de taraf olduğu Milletler-

³² BİRSEL/BUDAK'ın da ifade ettiği gibi (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 11 Nisan 1997, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997, s. 218), 4686 sayılı Kanun'da yer alan iptal sebeplerinin New York Konvansiyonu ile MÖHUK'da yer alan tenfiz engelleriyle

arası Ticarî Tahkime İlişkin Cenevre Konvansiyonunun IX. maddesinde dört bend halinde sayılan iptal sebepleri de hemen hemen 4686 sayılı Kanunda sayılanlarla aynıdır.

İptal sebepleri esas olarak ikiye ayrılmıştır. Bunlardan bir kısmı mahkeme tarafından re'sen dikkate alınacaktır; diğerleri ise iptal davasını açan tarafça ispat edilecektir. Mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınacak iptal sebepleri şunlardır:

- a. Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması,
- b. Kararın kamu düzenine aykırı olması.

İptal davası açan kişi tarafından ispatlanacak hususlar ise yedi bend halinde sayılmıştır. Bunlar:

- a. Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz olması veya tahkim anlaşmasının geçersiz olması,
- b. Hakemin veya hakem kurulunun seçiminde taraflar arasındaki anlaşmaya veya bu Kanun hükümlerine uyulmaması,
- c. Kararın tahkim süresi içinde verilmemiş olması,
- d. Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi,
- e. Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi veya yetkisini aşması,
- f. Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmasına böyle bir anlaşmanın bulunmaması halinde bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması,
- g. Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemiş olması.

hemen hemen aynı olması, hakkındaki iptal talebi reddedilmiş olan hakem kararlarının tenfiz aşamasında da bir engelle karşılaşmaksızın icra edilebilmelerini büyük ölçüde güvence altına almaktadır

Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Eğer feragat yoksa iptal davasının belirli bir sürede açılması gerekir. 15. maddeye göre iptal davası 30 gün içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum veya tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. İptal davasının açılması hakem kararının icrasını kendiliğinden durdurur. İcranın durması için ayrıca karar almaya gerek yoktur. İptal istemi, mahkeme aksine karar vermedikçe dosya üzerinden inceleyerek karara bağlar. Mahkeme tarafından verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Bununla beraber karar tashihine gidilemez. Temyiz sebepleri, iptal sebepleri ile aynıdır. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay temyiz incelemesini yukarıda sayılan iptal sebepleriyle sınırlı olarak yapacaktır.

3. Mahkemelerin Hakem Yargılamasına Müdahaleleri

Mahkemelerin bazı şartlarla tahkimi denetlemesi, kontrol etmesi esası kabul edilmiştir. Mahkemelerin tahkimi denetleme yetkisi düzenlenirken dikkatli olmak gerekir. Çünkü denetimin fazla olması, tahkimi özel yargılama yolu olmaktan çıkarır. Ayrıca hakemler tarafından görülen uyuşmazlığın karara bağlanmasını geciktirir. Hakem kararının aleyhine sonuçlanacağını anlayan taraf, bu kararın yerine getirilmesini geciktirmek için mahkemeye başvurarak zaman kazanmak isteyebilir. Bu durum karşı tarafın zarara uğramasına sebep olacağından, kötü niyetli kişilerin mahkemeye başvurarak denetim talep etmelerini engellemek gerekir. Fakat mahkemelerin tahkime müdahale etme, onu denetleme ve gerekli durumlarda hakem yargılamasına yardımda bulunma yetkilerinin tamamen ortadan kaldırılması henüz tam anlamıyla istenilen bir husus değildir. Bununla beraber mahkemelerin denetim yetkisinin kapsamı belirlenirken ticarî ilişkilerdeki gelişmeler, tarafların menfaati, hukukî uyuşmazlıkların çözümünde sürat ve istikrarın sağlanması unsurları da dikkate alınmalıdır³³.

4686 sayılı Kanunda belirtilen hallerde mahkemeler tahkim yargılamasına müdahale edebilir veya hakeme veya hakem kuruluna yardımda bulunabilir (md. 3/II). Ancak mahkemelerin müdahalesi Ka-

³³ EKŞİ, Nuray *İngiliz Hukukunda Tahkim ve Denetimi*, (1992)24 ARGUMENTUM, s. 371.

nunda sayılan hususlarla sınırlıdır. Kanunda, mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Mahkemenin yetkisini tayin etmede davalının yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyerinin bulunduğu yer kriterleri esas alınmıştır. Bu yerlerin Türkiye'de bulunmaması halinde İstanbul asliye hukuk mahkemesi yetkilidir (md. 3/I). Mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale edebilecekleri haller aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

1. Hakemlerin seçimi (md. 7/B-2-3-4 ve B son fıkra),
2. Hakemlerin reddi (md. 7/D-II-III-IV),
3. Hakemin yetkisinin sona erdirilmesi (md. 7/F-II),
4. Tahkim süresinin, tarafların anlaşamaması halinde uzatılması (md. 10/B-II),
5. Hakem kararına karşı iptal davası açılması (md. 15),
6. Hakem yargılamasından önce veya yargılama sırasında ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi (md. 6),
7. Hakem veya hakem kurulunun talebi üzerine delillerin toplanması (md. 12/B),
8. Hakem veya hakem kurulunun ücreti, anlaşma ile belirlenemiyorsa, Adalet Bakanlığınca ücret tarifesi hazırlanıncaya kadar, uyuşmazlığın niteliği ve tahkim yargılamasının süresi dikkate alınarak asliye hukuk mahkemesi tarafından belirlenmesi (geçici md. 1)³⁴.

4686 sayılı Kanuna göre, mahkemelerin denetim, müdahale ve yardım yetkisi üç aşamada gerçekleşmektedir: Hakem yargılamasından önce (örneğin, hakemlerin seçimi); hakem yargılaması sırasında (örneğin, taraflar arasında bir anlaşmanın sağlanamadığı durumlarda hakem yargılamasına ilişkin sürenin uzatılması) ve hakem kararı verildikten sonra (örneğin, hakem kararına karşı iptal davası açılması). Her aşamada mahkemelerin tahkimi denetleme, müdahale veya yardım yetkisinin sebebi farklı olabilmektedir.

³⁴ Milletlerarası Tahkim Ücreti Tarifesi Yönetmeliği: RG 28.12.2001/24624; Milletlerarası Tahkim Ücreti Tarifesine İlişkin Adalet Bakanlığı Tebliği: RG 15.3.2003/25049.

4. Hakem Kararının İcrası

Hakem kararlarının icra edilebilmesinde Kanunun getirdiği düzenleme, basitliği ve kolaylığı sebebiyle çok önemli bir yenilik teşkil etmektedir³⁵. Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre verilen hakem kararlarının icrası, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun tahkime ilişkin hükümlerine tabi olmadığı gibi, 2675 sayılı MÖHUK veya New York Konvansiyonunun hükümlerine de tabi değildir. Mahkeme tarafından verilen, "icra edilebilirlik" belgesi, hakem kararının icrası için gerekli ve yeterlidir (md. 15 B).

İptal davası açma süresinin geçmesi veya tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmeleri halinde mahkemeden hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi talebinde bulunulabilir. Ancak mahkeme bu belgeyi vermeden önce, hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını inceleyecek ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığına bakacaktır. Türk hukukuna göre tahkime gidilmesi mümkün olan bir uyuşmazlık varsa ve bu uyuşmazlığı karara bağlayan hakem kararı kamu düzenine aykırı değilse kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilecektir.

Karara karşı iptal davası açılmışsa, kararın icrası için bu davanın sonucunu beklemek gerekir. İptal davası reddedilmişse, red kararının kesinleşmesinden sonra asliye hukuk mahkemesi hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgeyi istemde bulunan tarafa verir.

Kararın icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi harca tabi değildir. Hakem kararının icraya konulması halinde Harçlar Kanununun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

³⁵ NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 477.

III. Milletlerarası Tahkim Kanunundaki Eksiklikler ve Birbirleriyle Çelişen Hükümler

1. Kanunun Zaman İtibariyle Uygulanmasına İlişkin Hükümün Yokluğu

Medenî usul hukukunda, özel intikal hükümlerinin bulunmadığı hal-lerde usul hükümlerinin kanunun yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan davalarda da uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir³⁶. Özel bir düzenleme getirilmiş olmadıkça, yeni kanunda yer alan usul kuralları, kanunun yürürlüğe girdiği andan itibaren bütün olaylara uygulanır. Kanunun yürürlüğünden önce tamamlanmış usulî işlemler ise yeni kanunun hükümlerinden etkilenmez³⁷. ÜSTÜNDAĞ'a göre, esas itibariyle, usul kanunlarını değiştiren devlet, kişilere ait olan hakların yeni konulan hükümler ile önceden mevcut olanlara nazaran daha iyi ve daha adil olarak korunacağına inandığı için bir değişiklik yapmıştır. Bu sebeple de usul kanunlarını hemen uygulanmak ve kazanılmış haklar saklı kalmak kaydıyla önceki olayların süregelen yargılamalarına da teşmil etmek gerekir³⁸. HUMK'un 578. maddesinde, Kanunun kazanılmış hakları ihlâl etmemek şartıyla makabline şâmil olduğu ifade edilmiştir. Aslında burada usul kanununun mâkable şâmil olmasından değil, derhal yürürlüğe girmesinden söz etmek gerekir. Bu sebeple 578. maddedeki ifade yanıltıcı niteliktedir³⁹.

4686 sayılı Kanunda intikal hükümlerine yer verilmemiştir. İntikal hükümlerinin olmaması sebebiyle uygulamada zorluklar yaşanmaktadır. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkime konu uyuşmazlıklar açısından bu Kanunun uygulanıp uygulanmadığı ciddi tereddütlere yol açmıştır. Milletlerarası tahkim ile ilgili bütün sorunlara çözüm bulma iddiası ile hazırlanan 4686 sayılı Kanunda intikal hü-

36 ALANGOYA, *Yavuz Medenî Usul Hukuku Esasları*, 3. bası, İstanbul 2003, s. 38; ÜSTÜNDAĞ, *Saim Medeni Yargılama Hukuku*, 7. bası, İstanbul 2000, s. 73 vd..

37 ALANGOYA, (dn. 36), 38.

38 ÜSTÜNDAĞ, (dn. 36), 74.

39 ÜSTÜNDAĞ, (dn. 36), 74-75.

kümleri gibi önemli sayılan bir hususun düzenlenmemiş olması kanunun koyucunun bu Kanunu hazırlamaktaki amacı ile bağdaşmamaktadır. NOMER'e göre⁴⁰, 4686 sayılı Kanunda intikal hükümlerine yer verilmediğine göre, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tahkim yargılamaları üzerindeki etkisi konusunda genel ilke ve kuralları ışığında yorum yapmak gerekir. Genel ilke ve kurallar açısından meselelerin maddî boyutu ile usulî boyutu birbirinden ayrılmalıdır.

“Önceki hukukun yürürlüğünde oluşmuş ve gerçekleşmiş maddî hukuka ilişkin hukukî tasarruflar ve bunlara ilişkin problemler önceki hukuka tabidir. Örneğin, tahkim anlaşmasının geçerliliği. Usulî nitelikteki hükümler, Kanunun yürürlüğü ile birlikte uygulanmaya başlar. Örneğin, hakem kararının icrasında usulî hükümler. Yabancılaşma unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu durumlarda 4686 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce verilen ve Kanunun yürürlüğe girdiği anda icra aşamasında olan hakem kararlarının icra usulü 4686 sayılı Kanundaki usulî hükümlere tabidir”⁴¹.

1998 yılında Alman Medenî Usul Kanununun 10. kitabında tahkim ile ilgili yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede ayrı bir madde ile intikal hükümlerine de yer verilmiştir. Kanunun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin maddede NOMER'in görüşlerine paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre, “Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılan tahkim anlaşmalarının geçerliliği önceden yürürlükte bulunan kanuna göre belirlenir (md. 4/1). Kanunun yürürlüğe girdiği sırada devam eden fakat henüz sona ermemiş olan tahkim yargılamaları önceden yürürlükte bulunan kanuna tabidir (md. 4/2). Taraflar yeni Kanunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Kanunun yürürlüğe girdiği sırada mahkemelerde devam eden yargılamalar önceden yürürlükte olan kanuna tabidir (md. 4/3). Kanunun yürürlüğe girmesinden önce verilen icra edilebilir nitelikteki kararlar, icra edilebilirlik kararının nihaî ve bağlayıcı olması şartıyla bu Kanundaki hükümlere göre yerine getirilebilirler (md.4/4)”. Ancak belirtmek gerekir ki, 4686 sayılı Kanun, 4501 sayılı Kanunun⁴² 5. madde-

40 Ergin NOMER ile yapılan görüşme sırasında kaleme alınmıştır.

41 Ergin NOMER ile yapılan görüşme sırasında kaleme alınmıştır.

42 Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun (RG 22.1.2000/23941).

si⁴³ dışında başka herhangi bir Kanunu yürürlükten kaldırmış değildir. Bu açıdan, Kanunda geçiş hükmünün öngörülmemiş olması sebebiyle ortaya çıkacak sorunlar, hangi uyuşmazlıkların yürürlükten kaldırılan kanuna, hangilerinin 4686 sayılı Kanuna tabi olduğu ile ilgili değildir. Buradaki sorun, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce başlayan tahkim yargılamaları üzerindeki etkisidir.

Yargıtay, taraflar arasındaki tahkim şartını içeren sözleşmenin tarihini esas almaktadır. Yargıtay kararında⁴⁴, 4686 sayılı Kanunun, 5.7.2001 tarihinden sonraki tarihi taşıyan sözleşmelerden doğan

43 “Sözleşmeler ilişkin olarak verilen hakem kararlarının temyizi Yargıtay’da, tanıma ve tenfizi ise asliye hukuk mahkemelerinde görülür” (4501 sayılı Kanunun mülga 5. maddesi).

44 15. HD, E. 2002/4900, K. 2002/5118, T. 13.11.2002: “4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 21.6.2001 tarihinde kabul edilmiş ve 5.7.2001 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Gerçekten anılan yasanın amaç ve kapsam başlıklı 1. maddesi uyarınca yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya anılan Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanması zorunludur. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki, Yasa, 5.7.2001 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Taraflar tahkime bağımsız bir sözleşme yaparak (tahkim sözleşmesi) gidebilecekleri gibi asıl sözleşmelerinde tahkime ilişkin hüküm koyarak (tahkim şartı) da gidebilirler. Burada aslolan tarafların iradeleridir. Nitekim somut olayda taraflar 6.12.1987 günlü sözleşmelerinin 67. maddesiyle iradî tahkim yolunu seçmişler ve sözleşmenin yapıldığı bu tarihteki mevzuat uyarınca anlaşmazlıklarının çözüme kavuşturulacağını kararlaştırmışlardır. Bu tarihten çok sonra yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanununda bir geçiş hükmü bulunmadığından bu Kanunun 5.7.2001 tarihinden sonraki tarihi taşıyan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı, daha önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise tarafların serbest iradeleriyle o tarihteki mevzuat uygulamasını seçtiklerinin kabulü zorunludur. Hal böyle olunca, gerek hakemlerin verecekleri kararın maddî hukuka uygunluğu, dolayısıyla maddî hukuka aykırılığın temyiz nedeni olacağı ve gerekse eldeki uyuşmazlıkta olduğu gibi hakem tayinine ilişkin kararın HUMK’un 516-536. maddeleri hükümleri doğrultusunda temyiz incelemesinin yapılması gerektiği kabul edilmelidir.

Bütün bu açıklamalar ışığında, mahkemenin 17.7.2002 tarih 503-436 sayılı kararı incelendiğinde; yukarıdaki saptamalar karşısında yasaya aykırı olmakla mahkemenin (hakem tayini ile ilgili mahkememizden verilen karar

uyuşmazlıklarla ilgili tahkimlerde uygulanacağını; bu tarihten önce yapılan sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünde bu Kanunun uygulanmayacağını; Kanunun yürürlüğünden önce var olan ve devam eden uyuşmazlıklarda ise tarafların serbest iradeleriyle o tarihteki tahkim mevzuatını seçtiklerinin kabulünün zorunlu olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay, bu kararı ile, tahkim alanında “stabilisation clause” uygulamasını kabul etmiş gözükmektedir. Her ne kadar kararda açıkça bu klozdan söz edilmemişse de kararın yorumundan bu sonuca varmak mümkündür. Çünkü Yargıtay taraflar arasındaki esas sözleşmenin yapıldığı anı esas almakta ve uygulanacak tahkim mevzuatını belirlemede de bu ana göre hareket etmektedir. Sözleşmede yer alan tahkim şartı ile o anda yürürlükte bulunan mevzuatın seçildiğini ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara 5.7.2001 tarihinden sonra devam etseler bile 4686 sayılı Kanunun uygulanmayacağını kabul etmektedir. 4686 sayılı Kanunun uygulanabilmesi için, tahkim şartını içeren sözleşmenin, Kanunun yürürlüğe girdiği 5.7.2001 tarihinden sonra yapılmış olmasını aramaktadır. Sözleşmenin yapıldığı tarihte taraflar arasındaki ekonomik dengenin veya sözleşmenin hukukî rejiminin, sözleşmenin yapıldığı andan itibaren bu hukukta yapılması muhtemel değişikliklerden etkilenmemesi için uygulamada istikrar klozlarına (stabilisation clauses) yer verilmektedir. Bu klozlar sayesinde uyuşmazlık halinde sözleşmenin yapıldığı andaki hukuk uygulanmakta ve bu hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler hesaba katılmamaktadır. Ancak, Yargıtay kararına konu olan olay açısından, istikrar klozuna taraflar arasındaki sözleşmede yer verilmemiştir. Yargıtay ise, taraflar arasındaki sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan tahkim mevzuatının esas alınması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu yorumunu esas aldığımızda 4686 sayılı

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7. maddesi uyarınca kesin nitelikte verilmiş karar olduğundan kesin nitelikteki kararların temyiz yolu bulunmadığından temyiz isteminin reddine) şeklinde kararının kaldırılmasına; aynı nedenlerle mahkemece HUMK'un 520. maddesi yerine, 4686 sayılı Kanuna göre hakem tayini usule aykırı olmakla temyiz edilen kararın davalı yararına bozulması gerekir ise de hüküm sonucu itibariyle doğru olduğundan HUMK'un 438/son maddesince değişik bu gerekçeyle onanmalıdır” (karar metni Yargıtay HGK Başkanı Sayın İhsan DEMİRKIRAN'dan temin edilmiştir. Katkılarından dolayı teşekkür ederim).

Kanunun emredici hükümlerinin herhangi bir hükmü kalmamaktadır. Nitekim, 1996 İngiliz Tahkim Kanununda, tahkim anlaşmasının yapıldığı tarihin Kanun hükümlerinin uygulanması bakımından hiç bir şekilde önem taşımadığı açıkça belirtilmiştir. İngiliz Tahkim Kanununun 84. maddesinde, üç bent halinde geçiş hükümleri düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, Kanunun yürürlüğünü düzenleyen 109. madde saklı kalmak kaydıyla, bu bölüm hükümleri Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamış olan tahkim prosedürlerine uygulanmaz. Bu hükümler, *tahkim anlaşmasının yapıldığı tarih ne olursa olsun*, Kanunun yürürlüğe girdiği anda veya yürürlüğe girmesinden sonra başlayan tahkim prosedürlerine uygulanır.

4686 sayılı Kanunda intikal hükümlerine yer verilmemiş olması sebebiyle, NOMER'in de ifade ettiği gibi kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel kural ve prensiplerden hareketle bir sonuca varmak gerekir. 4686 sayılı Kanun esas itibariyle usul hukukuna ilişkin hükümler içermektedir. Ancak nadir de olsa, konuyla ilgili maddî meseleler de ortaya çıkabilir. Usul kanununun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin HUMK'un 578. maddesi kıyasen burada da uygulanabilir. Bu maddeye göre, işbu Kanun kazanılmış hakları ihlâl etmemek kaydıyla geçmişe etkilidir. Yalnız burada bir ayırım yapmak ve yargılama sırasında ortaya çıkan maddî hukuk meselelerinde işlemin yapıldığı tarihi esas almak gerekebilir. Örneğin, vekilin tahkim anlaşması yapma konusunda yetkisinin olmadığı veya tahkim anlaşmasına konu hukukî ilişkinin şirketin faaliyet alanına girmediği veya tahkim sözleşmesinin şeklen geçerli olmadığı ileri sürülmüş ise işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hükümlere göre değerlendirme yapılacaktır. Buna karşın, usulî meseleler açısından ise, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih esas alınacaktır. Örneğin, 4686 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 5.7.2001 tarihinden önce verilmiş olmakla beraber bu tarihte hakem kararı icra aşamasına gelmiş ise (yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu durumlarda) bu kararın icrası açısından 4686 sayılı Kanunun hükümlerini uygulamak gerekir. Aynı şekilde, hakem kararı verildiği anda 4686 sayılı Kanun yürürlüğe girmişse bu Kanunun kapsamına giren tahkimlerde, hakem kararına karşı sadece iptal davası açılabilecektir.

2. Tahkim Yargılamasında Uygulanacak Usul Kurallarının Taraflarca Serbestçe Kararlaştırılmasında Kanunun Emredici Hükümlerinin Saklı Tutulmasından Kaynaklanan Sorunlar

Kanunda, emredici hükümlerden söz edilmiş; ancak hangi hükümlerin bu nitelikte olduğu belirtilmemiştir. İlke olarak, tahkimde asıl olan taraf iradesidir. Bu alanda istisnaî olarak emredici kurallara rastlamak mümkündür. 4686 sayılı Kanunun, örneğin, 6. maddesindeki hakemlerin icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken veya üçüncü kişileri bağlayıcı nitelikte ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyeceğine ilişkin hüküm; tahkim anlaşmasına rağmen mahkemeye başvurulması halinde tahkim itirazını düzenleyen 5. madde ile hakem sayısının tek olması gerektiğini belirten 7/A madde hükmü emredici nitelikte sayılabilir. Ancak farklı yorumların önlenmesi ve konuya açıklık getirilmesi bakımından hangi hükümlerin emredici nitelik taşıdığına Kanunda açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Bu yönde bir düzenleme uygulama açısından büyük kolaylık sağlayacağı gibi tahkim prosedürü bakımından da kesinliği ve önceden öngörülebilirliği sağlardı.

Ayrıca, bir uyuşmazlık 4686 sayılı Kanunun uygulama alanına girmesine rağmen taraflar, tahkim prosedürüne başka bir ülkenin usul kanununun veya milletlerarası kuruluşlar tarafından hazırlanan tahkim kurallarının uygulanmasını kararlaştırmış olabilirler. Yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklar Kanunun uygulama alanına girdiğine göre, taraflar tahkimi tamamen Kanunun hükümleri dışında tutabilecek midir sorusunun cevabı hangi kuralların emredici olduğunun saptanmasına bağlı olarak verilebilecektir. Örneğin, Kanunun tanımladığı şekilde yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkla ilgili tahkim prosedürü TOBB veya İTO tahkim kuralları çerçevesinde ve Türkiye içinde başlamış, neticelenmiş ve hakem kararı Türkiye'de verilmiş olabilir. Burada üzerinde durulması gereken önemli bir konu vardır: 4686 sayılı Kanun karşısında İTO veya TOBB veya başka bir milletlerarası kurum tarafından hazırlanan kuralların yeri nedir? Bu sorunun cevabı, 8. maddenin (A) bendinde verilmiştir. Bu bende göre, taraflar, tahkim yargılamasının tabii olduğu usul kurallarını 4686 sayılı Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe kararlaştırabilir veya bir yabancı kanuna veya bir milletlerarası kurum tarafından hazırlanmış kural-

lara yollama yaparak belirleyebilirler. Belirtmek gerekir ki, Kanunda yer alan bütün hükümler emredici değildir. Ancak, 8. maddenin (A) bendindeki ifadeden Kanunundaki bazı hükümlerin emredici nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Sorun bu hükümlerin hangileri olduğunun belirlenmemiş olmasıdır. Eğer Kanundaki bazı hükümler emredici nitelikte ise, o zaman yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olduğu durumlarda tarafların iradesine bakılmaksızın bu hükümler uygulanacaktır. Bir başka deyişle taraflarca İTO, TOBB veya milletlerarası bir tahkim kurumunun kurallarına atıf yapılmış olsa bile burada artık 4686 sayılı Kanunun emredici hükümleri devreye girecek ve bu hükümleri ihlâl eden kurallar kapsamında yapılan işlemler geçersiz olacaktır.

4686 sayılı Kanunda, uygulamada emredici kurallarla ilgili olarak sorun çıkmaması, tahkim yargılamasında öngörülebilirliğin ve belirliliğin sağlanması bakımından 1996 İngiliz Tahkim Kanununda yer alan düzenlemeye benzer bir düzenleme getirilebilirdi. İngiliz Tahkim Kanununda “emredici hükümler ve emredici olmayan hükümler” başlığı altında 4. madde ile ayrı bir düzenleme getirilmiştir. Kanunun hangi hükümlerinin emredici nitelikte olduğu ek 1’de tek tek sayılmıştır. Ek 1’de yer alan emredici hükümler, bunların aksine anlaşma olsa dahi uygulanacaktır. Emredici hükümler dışında kalan ve bu niteliğe sahip olmayan diğer hükümlerin aksini taraflar kararlaştırabilirler. Taraflar arasında anlaşma ile düzenlenmeyen hususlarda veya taraflar arasında anlaşmanın olmadığı durumlarda 1996 Tahkim Kanununda yer alan kurallar uygulanır. Taraflar emredici olmayan kurallarla düzenlenen hususlarda, kurumsal tahkim kurallarına yollamada bulunabilirler veya başka bir yöntem öngörebilirler. Taraflar tahkim usulünü, İngiliz kanunu dışında, yabancı bir devletin kanuna tabi kılınsalar bile emredici kuralları bertaraf edemezler. İngiliz Tahkim Kanununa göre, tahkim usulüne yabancı bir devletin kanununun uygulanması ister taraflar arasındaki anlaşmada kararlaştırılmış olsun isterse olmasın, taraflar arasındaki anlaşmada kararlaştırılmış kurallarla eşit muamele görürler. Diğer bir ifadeyle, nasıl ki tahkim usulünün anlaşma ile belirlenmesi veya kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarına yollama yapılmasıyla İngiliz Tahkim Kanununun emredici hükümleri bertaraf edilemiyorsa aynı şekilde tahkim usulüne başka bir devleti kanununun uygulanması ile İngiliz Tahkim Kanunundaki emredici hükümler bertaraf edilemeyecektir.

3. Milletlerarası Tahkim Kanunu ile Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Cenevre Konvansiyonu Arasındaki İlişkiler

Milletlerarası tahkim konusunda Türk hukukunda iki düzenleme bulunmaktadır: Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Milletlerarası Ticarî Tahkime İlişkin Cenevre Konvansiyonu⁴⁵. Usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde⁴⁶ olduğu Anayasanın 90/V. maddesi ile 244 sayılı Kanunda⁴⁷ ifade edilmiştir. Ayrıca, 4686 sayılı Kanunun 1. maddesinin son paragrafında Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Milletlerarası antlaşmalar kanunlara nazaran öncelikle uygulanırlar. O halde, 4686 sayılı Kanun ile Cenevre Konvansiyonunun uygulama alanına giren bir tahkim prosedüründe uygulanma açısından öncelik Cenevre Konvansiyonudur. Cenevre Konvansiyonunun I. maddesine göre Konvansiyondaki hükümler uluslararası ticarî ilişkilerden doğan ve sözleşmenin yapılması sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri farklı ülkelerde bulunan hakiki veya hükmî şahıslar arasındaki tahkim anlaşmalarına uygulanır. 4686 sayılı Kanunun uygulama alanına yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar girmektedir. 4686 sayılı Kanunda, hangi hallerde taraflar arasındaki hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıyacağı 2. maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da iş yerlerinin ayrı devletlerde bulunması, uyuşmazlığa yabancılık unsuru veren kriterlerden sadece birini teşkil etmektedir (md. 2/1-2/a-b). 4686 sayılı Kanunun 2. maddesinin 3. ve 4. paragrafları esas alındığında, Kanunun uygulama alanınının Cenevre Konvansiyonuna nazaran oldukça

⁴⁵ RG 23.9.1991/21000.

⁴⁶ Anayasanın 90. maddesinin V. fıkrasında yer alan milletlerarası antlaşmaların “kanun gibi” uygulanacağına ilişkin hükmün anlamı Türk doktrininde tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. BAŞLAR, Kemal *The Implementation of International Law in Turkish Municipal Law*, 34(2002)51 *Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul*, s. 65-71.

⁴⁷ Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun: RG 11.6.1963/11425.

geniş olduğu anlaşılmaktadır. Cenevre Konvansiyonu, milletlerarası unsur açısından tarafların işyerlerinin veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde olmasını aramıştır. Buna karşın, 4686 sayılı Kanunda, tarafların işyeri veya mutad meskenleri farklı ülkelerde olmasa dahi bazı hallerde yabancılık unsurunun gerçekleşebileceği ve bu durumlarda söz konusu tahkimin Kanunun kapsamına gireceği öngörülmüştür. O halde, sonuç olarak tahkim anlaşmasının taraflarının işyerlerinin veya mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunması ve uyumsuzluğu ticarî nitelikte olması halinde, söz konusu tahkim mevcut iki düzenlemenin de uygulama alanına girmekle beraber, bu düzenlemelerden birinin milletlerarası antlaşma olması nedeniyle öncelik antlaşmaya verilecektir. Bu durumda, 4686 sayılı Kanun, Cenevre Konvansiyonunda düzenlenmeyen hususlarda veya Cenevre Konvansiyonunun uygulama alanına girmeyen tahkimlerde uygulanacaktır.

4. Görev Belgesine İlişkin Hükmün Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar

4686 sayılı Kanunda, HUMK'da ve Cenevre Konvansiyonunda yer almayan "görev belgesinden" söz edilmiştir. "Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu, dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra bir görev belgesi hazırlar" (md. 10/E). Taraflar, görev belgesine ihtiyaç olmadığını kararlaştırabilirler. Bu durumda görev belgesinin hazırlanmasına gerek yoktur. Taraflarca görev belgesinin düzenlenmesini engelleyen herhangi bir anlaşma yapılmamışsa, hakem veya hakem kurulu bu belgeyi hazırlayacaktır. Görev belgesi, tarafların taleplerine açıklık kazandırılması ve hakem veya hakem kurulunun görev kapsamının belirlenmesi açısından önem taşımaktadır⁴⁸. Bununla beraber, 4686 sayılı Kanunda görev belgesinin hazırlanması amacı ile bağdaşmayan bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre, taraflar, aksini kararlaştırmış olmadıkça, tahkim yargılaması sırasında savunmalarını değiştirebilir veya genişletebilirler. Ancak, hakem veya hakem kurulu, işlemin gecikilerek yapılmış olduğunu veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığını dikkate

⁴⁸ KOCH, Christopher *Hakem Kararlarının Tenfizi Hakkında 1958 Tarihli New York Sözleşmesi*, Uluslararası Ticarî Tahkim Konusundaki Son Gelişmeler Semineri, İTO Yayın No. 1996-15, s. 37-38.

olarak iddia ve savunmanın değiştirilmesine veya genişletilmesine izin vermeyebilir (md. 10/D-II). Bu iki hükmün birbiriyle bağdaştırılması açısından, görev belgesinde yer alacak hususları düzenleyen 10. maddenin (E) bendine iddia ve müdafaanın değiştirilmesine veya genişletilmesine izin verilip verilmediği ile ilgili bir açıklığın olması da aranmalıydı.

Görev belgesinin hazırlanmamış olmasının sonucunun ne olacağı Kanunda düzenlenmemiştir. Acaba görev belgesinin düzenlenmemiş olması verilen hakem kararına karşı iptal davası açılmasına sebep olabilir mi? Belirtmek gerekir ki, görev belgesinin düzenlenmesine ilişkin 10/E bendini emredici hüküm olarak kabul etmek mümkün değildir. Taraflar bu hükmün aksini kararlaştırabilirler. Hakem kararının iptal sebepleri 4686 sayılı Kanunda tahdidî olarak belirlenmiştir. O halde, görev belgesinin düzenlenmemiş olmasının iptal sebebi olması için 15/A maddesinde sayılmış olması gerekir. Kanunun 15/A maddesindeki iptal sebepleri arasında görev belgesinin düzenlenmemiş olmasından açıkça söz edilmemiştir. Acaba 15/A maddesinde yer alan sebeplerden birine istinaden görev belgesinin düzenlenmemiş olması gerekçesiyle hakem kararı iptal edilebilir mi? Kanunun 15/A maddesindeki sebeplerden konuyla ilgili olarak 15/A-b ve 15/A-f bentlerini değerlendirmek mümkündür. (b) bendinde, hakem veya hakem kurulunun seçiminde tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmamış olması iptal davası açan tarafından ispat edilirse hakem kararının iptali için bir sebep teşkil etmektedir. Kanaatimizce, (b) bendindeki sebebe istinaden görev belgesinin düzenlenmemiş olması bir iptal sebebi olamaz. Bu bentte hakem seçiminden söz edilmesine karşın görev belgesi hakemler seçildikten hatta dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra düzenlenecek bir belgedir. (f) bendinde, tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu iptal davası açan taraf ispatlarsa hakem kararı iptal edilebilecektir. Kanunda açıkça görev belgesinin ne zaman düzenleneceği ve görev belgesinde hangi konulara değinileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, taraflarca görev belgesinin düzenlenmemesine ilişkin bir anlaşma yapılmamış ise hakem veya hakem kurulu bu belgeyi düzenleyecektir. Bu belgenin düzenlenmemiş olması tahkim yargılamasının Kanunun hükümlerine uygun yürütülmediğini gösterir.

Ancak, dikkat edilirse, bu hususun iptal sebebi olması için, görev belgesinin düzenlenmemiş olmasının kararın esasına etkili olması gerekir. Kanaatimizce, görev belgesi niteliği gereği, uyuşmazlığın tarafları ile bu uyuşmazlığı karara bağlayacak hakemler ve bunların görevlerine hakkında genel çerçeve çizen; hakem kararının esasını etkilemeyen bir belgedir. Bu açıdan (f) bendinde aranılan kısmen gerçekleşmemiş olduğundan görev belgesinin düzenlenmemiş olması bir iptal sebebi olarak ortaya çıkmayacaktır.

5. Haklı Bir Sebep Olmaksızın Derhal İleri Sürülmemiş Olmasına Rağmen Hakem Kurulunun Yetkisini Aştığına İlişkin İtirazın İptal Sebebi Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu

4686 sayılı Kanununun 7/H-III. paragrafında, “hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığına ilişkin itiraz derhal ileri sürülmezse geçerli olmaz. Hakem veya hakem kurulu gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varırsa, daha sonra ileri sürülen itirazı kabul edebilir”. Bu hüküm Kanununun 15/A-e bendi ile bir çelişki arz etmektedir. (e) bendinde, iptal davası açan taraf, “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. Bu durumda, iptal davası açan tarafın hakem veya hakem kurulunun yetkisini aştığını yargılama sırasında derhal ileri sürmesi gerekir. Aksi halde bu iddia geçerli olmayacaktır. Temel sorun, yargılama sırasında bu iddiayı derhal ileri sürmeyen tarafın hakem kararının iptali için bu hükme dayanarak dava açıp açamayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, yargılama sırasında hakemin veya hakem kurulunun yetkisini aştığının farkına varır varmaz bunu derhal beyan etmeyen tarafın iptal davası açmasının mümkün olmadığı, daha doğrusu, iptal davası açsa da mahkemenin, süresinde bildirilmeyen bu itirazı dikkate alarak hakem kararını iptal etmeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kanununun 7. maddesinin H-III. paragraf hükmünün, yetki aşımının, yargılama sırasında öğrenme anında derhal bildirilmesi; haklı bir sebep olmamasına rağmen derhal bildirilmediği takdirde yargılama aşamasında bir daha ileri sürülememesi; ancak hakem kararı verildikten sonra ise 15. maddenin (e) bendine istinaden kararın iptal se-

bebi teşkil edebilmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiği iddia edilebilir. Diğer bir ifadeyle, yetki aşımı itirazının tahkim yargılaması aşamasında “derhal yapılması” zorunluluğu bulunmakta, haklı bir sebep olmaksızın derhal yapılmayan bu itiraz yargılama sırasında bir daha ileri sürülememekte; fakat bu aşama tamamlandıktan sonra ikinci bir imkân olarak iptal davası açılması için bir sebep teşkil edebilmektedir yorumu getirilebilir. Ancak bu şekilde yapılan yorum dahi 7/H-III ile 15/e arasındaki çelişkiyi giderememektedir. Çünkü haklı bir sebep olmaksızın derhal yapılmayan itiraz geçersiz olacağına göre bu itirazı iptal sebebi olarak kabul etmek de mümkün gözükmemektedir.

6. Çok Taraflı Tahkimin Düzenlenmemiş Olması

4686 sayılı Kanunda, çok taraflı tahkim düzenlenmemiştir. Oysa, son zamanlarda, özellikle, yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcılar arasında yapılan joint venture veya konsorsiyumlar veya zincirleme sözleşmeler ile ilgili olarak çok taraflı tahkim sorunları ortaya çıkmaktadır. Tahkim yargılamasında zorunlu ve ihtiyarî dava arkadaşlığı; davanın ihbarı; davaya aslî ve ferî müdahaleye ilişkin hükümler öngörülmemiştir. Milletlerarası tahkim alanındaki son gelişmeleri yansıtmaya ve bu alanda ortaya çıkan bütün sorunlara cevap verme düşüncesiyle hazırlanan Kanunda bu konulara da yer verilmesi yararlı olurdu.

7. Tahkim Yeri Kavramının Belirsiz Olması

Tahkim yeri ile neyin kastedildiği konusunda 4686 sayılı Kanun tam bir açıklığa sahip değildir⁴⁹. Tahkim yeri başlığı altında 9. maddede, tahkim yerinin taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir. Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir. O halde, NOMER’in de belirttiği gibi, tahkim yerinin Türkiye’de olması, hakem mahkemesinin duruşmalarını ve müzakerelerini Türkiye’nin bu veya şu mahallinde yerine getirmesi demek değildir. Hakemler, taraflarca kararlaştırılan yer dışında

⁴⁹ NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 475.

başka bir yerde de tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda taraflara haber vererek toplanabileceklerdir. NOMER'e göre, "Kanunun kullandığı tahkim yeri kavramı ile, ne hakemlerin bir araya geldikleri, şahit ve bilirkişilerin dinlendiği veya celselerin akdedildiği mahal gibi tahkim davasının bazı kısımlarının fiilen cereyan ettiği yer ne de hakem kararının verildiği mahal kastedilmektedir"⁵⁰. Aynı yönde bir değerlendirme BİRSEL/BUDAK tarafından yapılmıştır. BİRSEL/BUDAK'a göre, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmiş olması, tahkim yargılamasına ilişkin bütün işlemlerin Türkiye'de yapılmasını gerektirmez. İster taraflar arasındaki sözleşme ile isterse de hakemlerin kararı ile tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi hakemlerin başka bir ülkede toplanmalarına, şahit dinlemelerine veya delillerin toplanmasına ilişkin diğer işlemleri yapmalarına engel teşkil etmez⁵¹.

Kanaatimizce, Kanunun tahkim yerine ilişkin düzenlemesinin ortaya çıkardığı belirsizliklerin önlenmesi açısından 1996 İngiliz Tahkim Kanunundaki hükümlere paralel hükümler öngörülebilirdi. İngiliz Tahkim Kanununa göre, tahkim yeri (seat of arbitration), yargılama (juridical seat of arbitration) yerini ifade eder. Bu yer taraflarca kararlaştırılabilir veya taraflarca yetki verilmişse hakemlerce belirlenebilir. Böyle bir belirlemenin yokluğu halinde, tahkim yeri, taraflar arasındaki sözleşme ve diğer bütün hususlar dikkate alınarak tayin edilir (1996 İngiliz Tahkim Kanunu md. 3). Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, tahkim yerinin İngiltere (İrlanda veya İskoçya) olduğu durumlarda, nerede imzalandığı veya taraflardan herhangi birine nerede verildiği dikkate alınmaksızın hakem kararı, İngiltere'de verilmiş sayılacaktır (1996 İngiliz Tahkim Kanunu md. 53).

Üstelik, NOMER'in de ifade ettiği gibi⁵², 4686 sayılı Kanunda tahkim yeri belirlenmeksizin, yabancılik unsuru taşıyan tahkimin Türkiye'de yürütülmesi halinde, Kanun hükümlerinin uygulanması için yapılmış bir seçim de yoksa, söz konusu tahkimin 4686 sayılı Kanuna tabi olup olmayacağı belirsizdir. "Bununla beraber, tarafların veya hakem kurulunun aksine kararları bulunmadıkça hakemlerin ağırlıklı olarak

50 NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 475.

51 BİRSEL/BUDAK, (dn. 32), 207.

52 NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 476.

faaliyet gösterdikleri veya faaliyette bulunmak zorunda oldukları yer Türkiye'de ise, tahkim yeri olarak Türkiye'nin zımnen seçilmiş olduğu sonucuna varılmalıdır"⁵³.

Tahkim yeri hakem kararının Tenfizi açısından da önem taşımaktadır. Hakem kararının verildiği yerdeki kurallara uyulmamış olması MÖHUK'da ve New York Konvansiyonunda bazı şartlar altında tenfiz engeli olarak öngörülmüştür. Ancak tanıma ve tenfiz konuları incelememizin kapsamına girmediğinden tahkim yeri hukukuna uyulmamış olmasının tanıma ve tenfiz açısından ortaya çıkaracağı sonuçlar üzerinde durulmayacaktır⁵⁴.

8. İptal Davası Açma Hakkından Sadece Yerleşim Yerleri veya Oturma Yerleri Türkiye Dışında Bulunanların Feragat Etmesine İlişkin Düzenlemenin Kanunların Genelliği İlkesi ile Bağdaşmaması

Kanunda, hakem kararına karşı temyiz yoluna gidilmesi kabul edilmemiştir. Karara karşı, taraflar ancak Kanunda sayılan sebeplere istinaden iptal davası açabilirler. İptal davasına ilişkin 15. maddenin IV. fıkrasında ise, tarafların, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebileceği ifade edilmiştir. Feragat, tahkim anlaşmasına konulan açık bir beyanla yapılabileceği gibi taraflar arasında sonradan yazılı olarak da kararlaştırılabilir. Tahkim anlaşmasında yer alan feragate ilişkin beyanın açık olması aranmış; zımnî iradeye yer verilmemiştir. Bununla beraber, iptal davasından feragat tahkim yargılamasının bütün tarafları açısından öngörülmüş değildir. Sadece, yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma

⁵³ NOMER/ŞANLI, (dn. 11), 476.

⁵⁴ Tahkim yerinde değişik usuller öngören kanunlar olabilir. Örneğin, tarafları yabancı olan ancak Finlandiya'da verilen bir hakem kararının yüksek sesle ve üstelik Fince okunması gerekmektedir. Çünkü bu ülkedeki tahkim kurallarına göre, bütün hakem kararlarının kamuya açık şekilde okunması zorunludur. Farklı uygulamalara diğer bir örnek Katar hukukunda bulunmaktadır. Katar hukukuna göre, hakem heyeti başkanı, hakem kararını kendisi götürüp elden mahkemeye vermelidir (Tahkim yeri hukukunun tenfizde önemine ilişkin yorumlar ve diğer örnekler için bkz. KOCH, (dn. 48), 39 vd.).

hakkından tamamen feragat edebilirler veya iptal sebeplerinden biri veya bir kaçına dayanma yetkisinden feragat edebilirler⁵⁵. Dikkat edilirse, feragat için iki tarafın anlaşması gerekmektedir. İptal davasından tek taraflı feragat edilemez. Ayrıca, taraflardan her ikisinin de yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin Türkiye dışında olması gerekir. Taraflardan sadece birinin yerleşim yeri veya olağan oturma yeri Türkiye dışında ise iptal davasından feragat edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, taraflardan birinin veya her ikisinin Türkiye’de yerleşim yeri veya olağan oturma yeri varsa iptal davası açma hakkından feragat edilemeyecektir. Kanundaki bu düzenleme, kapsamına aldığı kişilere aynı şartlarla uygulanmaması sonucunu doğurmuştur. Aynı Kanun hükümlerinin kişilere göre farklı şekilde uygulanması, kanunların genelliği prensibi ve kanun önünde eşitlik esası (Anayasa md. 10) ile bağdaşmamaktadır.

Uygulamada genellikle, taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında veya tahkim şartında, hakem kararının verildiği anda nihaî ve taraflar için bağlayıcı olduğu belirtilmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmede, hakem kararının verildiği anda bağlayıcı olacağı veya tarafların hakem kararına karşı kanun yoluna başvurmayacaklarına ilişkin bir hüküm varsa bu hüküm iptal davasının açılmasını engelleyecektir. Ancak, iki taraf aralarında yeni bir anlaşma yaparak bu konuda bir değişiklik yapabilirler.

9. Yabancı Bir Ülkede Milletlerarası Tahkim Kanunu Uygulanarak Verilen Hakem Kararlarının Türkiye’de İcra Edilmesi İçin New York Konvansiyonuna Göre Tenfizinin Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

Türk hukukunda, hakem kararlarının tanınması ve tenfize ilişkin iki düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden biri, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’dur. Ka-

⁵⁵ Bu hükmün dayanağını İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki Kanunun 192. maddesi oluşturmaktadır. İsviçre hukukunda milletlerarası tahkim ve özellikle hakem kararına karşı kanun yoluna müracaattan feragat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KALPSÜZ, Turgut, *İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim*, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler Tartışmalar 11 Nisan 1997, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1997, s. 5 vd..

nunun 43-45. maddeleri arasında yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir. İkinci düzenleme Türkiye tarafından onaylanan⁵⁶ Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonudur. Anayasanın 90/V. maddesi ile MÖHUK'un 1. maddesi dikkate alındığında, bu iki düzenlemeden New York Konvansiyonuna öncelik verilecektir. MÖHUK'da yabancı hakem kararı kavramının tanımı yapılmamıştır. Buna karşılık New York Konvansiyonunun I. maddesinde hakem kararının yabancılık unsurunun nasıl belirleneceği düzenlenmiştir. New York Konvansiyonunun I/1. maddesine göre, "Konvansiyon, gerçek veya tüzel kişiler arasında meydana gelen ve tenfiz devletinin toprakları dışında verilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulanır. Konvansiyon, aynı zamanda, tanınması ve tenfizi istenen devlette millî sayılmayan hakem kararları hakkında da tatbik edilir". Bu hüküm ile, tanıma ve tenfize konu olabilecek hakem kararları için yabancılık vasfının tayininde temel kriter olarak kararın verildiği yer esas alınmıştır. Yani "mülklik", "ülkesellik" veya "toprak" esasından hareket edilmiştir. Böylece, Konvansiyonun uygulanması bakımından, Türkiye dışında verilen bütün hakem kararları yabancı hakem kararı olarak kabul edilecektir. Türkiye dışında verilen hakem kararının hangi usul kanununun otoritesi altında verildiğine bakılmayacaktır⁵⁷. Esas ilke "ülkesellik" olmakla beraber New York Konvansiyonunun I. maddesinde, Konvansiyonun, tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürüldüğü devlette yerli (millî) sayılmayan hakem kararlarına da uygulanacağı belirtilmiştir. Konvansiyonun I/1. maddesinin 2. cümlesinde yer alan bu hüküm sebebiyle, yabancı bir usul kanunu uygulanarak Türkiye'de verilen hakem kararını yabancı hakem kararı olarak değerlendirmek ve New York Konvansiyonunun uygulama alanına sokmak mümkündür. Ancak her halükârda Konvansiyona göre Türkiye dışında verilen hakem kararları yabancı hakem kararıdır ve bunların Tenfizi New York Konvansiyonu hükümlerine tabidir.

Hakem veya hakem kurulu yabancı bir ülkede toplanarak 4686 sayı-

⁵⁶ RG 25.9.1991/21002.

⁵⁷ BUDAK, Ali Cem Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerkir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler (Abant 25-28 Eylül 1997-Ankara 6.6.1998), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1999, s. 41.

lı Kanun hükümlerine göre yargılama yapıp karar almış olabilir. Kanun kapsamında verilen bütün hakem kararları millî hakem kararıdır. Bunların icraya konulması için tenfiz edilmelerine gerek yoktur. Her ne kadar Kanunun adında “milletlerarası” kelimesi varsa da, bu durum, hakem kararının değil, hakem yargılamasına konu olan uyuşmazlığın niteliği ile ilgilidir. 4686 sayılı Kanun hükümlerine göre Türkiye dışında verilen bir hakem kararı da millî hakem kararı gibi işlem görecektir. Çünkü, New York Konvansiyonunda, ülkesellik esası benimsenmiş ve bir hakem kararının yabancı hakem kararı sayılması için kararın, tenfizinin talep edildiği ülke dışında verilmiş olması yeterli sayılmıştır. New York Konvansiyonu açısından, hakem kararının hangi usul kurallarına veya hangi ülkenin usul kanununa tabi olarak verildiği yabancılık unsurunun tayini açısından önem taşımamaktadır. 4686 sayılı Kanun uygulanarak Türkiye dışında Konvansiyona taraf devletlerden birinde verilen hakem kararı New York Konvansiyonundaki tenfiz hükümlerine tabidir. 4686 sayılı Kanunun 1. maddesinin son fıkrası Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaları saklı tutuğuna göre, uygulanma açısından öncelik New York Konvansiyonundadır. O halde, her ne kadar 4686 sayılı Kanun açısından bu Kanun uygulanarak Türkiye dışında verilen kararları millî hakem kararı saymak mümkünse de New York Konvansiyonu karşısında bunun bir önemi kalmamaktadır. Bu sebeple, 4686 sayılı Kanun hükümlerine istinaden Türkiye’de verilen milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklarla ilgili hakem kararları açısından tenfiz yoluna gidilmesine gerek olmamakla beraber aynı sonuca Türkiye dışında ancak New York Konvansiyonuna taraf bir devlette 4686 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen hakem kararları için varmak mümkün gözükmemektedir.

4686 sayılı Kanunun 1/III. maddesine göre, bu Kanununun 5. ve 6. madde hükümleri tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır. Bu maddelerden ilki, tahkime konu uyuşmazlık için mahkemeye başvurulması halinde tahkim itirazının yapılmasına; ikincisi ise ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarına ilişkindir. Tahkim yeri Türkiye dışında olsa bile, tahkim itirazı üzerine uyuşmazlığın Türk mahkemesinde görülmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, tahkim yeri Türkiye dışında olsa bile, yabancı ülkede yürütülen tah-

kim yargılamasına ilişkin olarak alınacak geçici ve koruyucu önlemler için Türk mahkemesine başvurulabilecektir. Türk mahkemesi bu talebi reddedemez. Tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında Türk mahkemelerinden tedbir talep edilebilecektir. Tahkim yeri Türkiye dışındaysa sadece 5 ve 6. maddeler uygulanacağına göre, verilen karar yabancı karardır. Çünkü Kanunun diğer hükümleri uygulanmayacaktır. Bu nedenle söz konusu karar, New York Konvansiyonu hükümlerine göre ancak tenfizine karar verilirse Türkiye'de icraya konulabilecektir.