

DANIŞMAN YAYINLARI : 3

ISBN 975-8302-01-9

Muharrem BALCI, 1952 yılında İstanbul'da doğdu. 1977'de İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Halen İstanbul'da serbest Avukatlık yapmaktadır.

Yayınlanmış Eserleri

MGK ve Demokrasi: Hukuk, Ordu, Siyaset, (Yöneliş Yayınları, 1. Baskı, Temmuz 1997; 2. Baskı, Ocak 1998).

Eğitim ve Öğretimde Haklar ve Yükümlülükler: Tanımlar, Mevzuat, Açıklamalar, (Danışman Yayınları, Mayıs 1998).

Üniversitelerde Disiplin Cezaları ve Hak Arama Yolları, (Danışman Yayınları, Şubat 1999).

Dizgi : Danışman
Kapak : Dördüncü Boyut
Baskı-Cilt : Umut Kağıtçılık-Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
1. Baskı : Nisan 1999

Av. Muharrem BALCI



İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

ve

TAHKİM

Vatan Cad.
Şehit Pilot Mahmut Nedim Sk.
No: 15/3 Aksaray—İstanbul
Tel: (0 212) 524 07 76

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	9
TAKDİM I	15
TAKDİM II.....	19
BİRİNCİ BÖLÜM	
RESMİ YARGI VE TAHKİM YARGISI DIŞINDA İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI.....	23
GENEL AÇIKLAMA	23
MÜZAKERE YOLU.....	24
UZLAŞTIRMA YOLU	26
HAKEM-BİLİRKİŞİLİK YOLU	30
SÖZLEŞMELERE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MÜDAHALESİ	32
ÖN HAKEMLİK YOLU.....	35
İKİNCİ BÖLÜM	
TAHKİM - TARİHÇE	39
ESKİ YUNAN'DA TAHKİM.....	42
ROMA HUKUKUNDA TAHKİM	43
ORTAÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM	45
ORTAÇAĞ SONRASI MONARŞİK DEVİRDE TAHKİM	47
FRANSIZ İHTİLÂLİ DÖNEMİNDE TAHKİM	48
CAHİLÎ ARAP HUKUKUNDA TAHKİM	48
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİM	53
İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI	53
İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERE İLİŞKİN	
ÖZEL HUKUK ESASLARI	70
İSLÂM HUKUKU KAYNAKLARINDA TAHKİM	72
İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN HÜKÜMLERİ.....	75
İSLÂM HUKUKUNDA HAKEMLER.....	77
İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN GELİŞMEME NEDENLERİ	81
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
OSMANLI'DA TAHKİM.....	85
TANZİMAT ÖNCESİNDE TAHKİM.....	85
TANZİMAT SONRASINDA TAHKİM.....	87
MECELLE'DE TAHKİM	89
MECELLE'DEN SONRA TAHKİM.....	95
TÜRK HUKUKUNUN RESEPSİYON SÜRECİ	98

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM	103
TAHKİMİN UNSURLARI	104
HAKEM-BİLİRKİŞİLİK İLE TAHKİM AYIRIMI	105
TAHKİMİN TÜRLERİ	107
TAHKİM USULÜ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER	111
HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU	111
TAHKİM USULÜNDE KAVRAMLAR VE AÇIKLAMALAR	115
TAHKİM AKDİ	115
TAHKİM ŞARTI VE TAHKİM SÖZLEŞMESİ	116
TAHKİM ŞARTI	116
TAHKİM SÖZLEŞMESİ	118
TAHKİMİN YAZILI OLMASI	120
TARAFLAR	122
NİZA/İHTİLÂF	123
HAKEM	124
HAKEMLERİN TAYİNİ	129
HAKEM TAYİNİNDE TAVSİYE EDİLEN USUL	135
HAKEMLİĞİ SONA ERDİREN SEBEPLER	137
HAKEMLERİN REDDİ VE	
MEMNUIYET (YASAKLILIK) SEBEPLERİ	137
HAKEMLERİN YETKİLERİ	140
HAKEMLERİN SORUMLULUKLARI	144
HAKEM SÖZLEŞMESİ VE ÜCRET	146
TAHKİMİN CEREYAN ETMEYECEĞİ HALLER	148
KAMU DÜZENİ	150
KAMU DÜZENİNİN ÇEŞİTLERİ	155
İÇ (MİLLÎ) HUKUKTA KAMU DÜZENİ	155
MİLLETLERARASI HUKUKTA KAMU DÜZENİ	156
TOPLULUK HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ	158
MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİ	159
TAHKİMİN SINIRLANDIRILMASI	163
TAHKİMİN BUTLANI	167
TAHKİM SÖZLEŞMELERİ İÇİN BUTLAN ÖLÇÜTLERİ	167
KANUNUN BATIL SAYDIĞI TAHKİM AKİTLERİ	167
TAHKİM USULÜNDE ORTAYA ÇIKAN İHTİLÂFLARIN HALLİ	171
TAHKİM YARGILAMASINDA USUL HÜKÜMLERİ	173
GENEL BİLGİ	173
TAHKİMDE UYGULANMASI GEREKEN GENEL USUL HÜKÜMLERİ ...	174
TAHKİMDE UYGULANMAYAN GENEL USUL HÜKÜMLERİ	177
SADECE TAHKİME ÖZGÜ USUL HÜKÜMLERİ	178
TAHKİM DAVASI	183
DAVA ŞARTLARI	183
DAVANIN AÇILMASI	188
YETKİ İTİRAZI	193
DERDESTİ RÜYET İTİRAZI	194
ISLAH	195
İSTİCVAP (SORGUYA ÇEKİLME)	196
DAVAYI İHBAR - DAVAYA MÜDAHALE	196
DAVAYA CEVAP	198
TAKAS VE MAHSUP TALEBİ VE KARŞI DAVA	199

HAKEM TETKİKATI.....	200
DELİLLER	203
HAKEM KARARLARI	205
TAHKİM SÜRESİ.....	205
TAHKİM SÜRESİNİN UZATILMASI.....	3
TAHKİM SÜRESİNİN DURMASI	211
KARARIN TARTIŞILMASI.....	212
TAHKİM SÜRESİNİN BİTİMİNDEN SONRA KARAR VERİLMESİ.....	212
KARARIN KAPSAMI	213
TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK KURALLARI	218
MADDİ HUKUK KURALLARI.....	218
ADALET VE NESAFET KURALLARI.....	219
HAKEM KARARLARININ TAVZİHİ.....	221
HAKEM KARARLARININ TASDİKİ.....	222
HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI.....	224
TEMYİZ	224
YARGILAMANIN İADESİ (İADE-İ MUHAKEME).....	237
KESİNLEŞEN HAKEM KARARININ SONUÇLARI	241
TAHKİMİN YARARLARI	242

ALTINCI BÖLÜM

KURUMSAL TAHKİM.....	251
GENEL BİLGİ	251
İSTANBUL TİCARET ODASINDA TAHKİM.....	253
İTO TAHKİM – UZLAŞTIRMA – HAKEM BİLİRKİŞİLİK YÖNETMELİĞİ .	256
İTO TAHKİM – UZLAŞTIRMA – HAKEM BİLİRKİŞİLİK GİDER VE ÜCRET YÖNETMELİĞİ.....	266
İTO TAHKİM – UZLAŞTIRMA – HAKEM – BİLİRKİŞİ LİSTELERİNİN DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN YÖNETMELİK	269
İTO TAHKİM MÜESSESESİNİN TAHKİM KARARLARINDAN YAYINLANMIŞ BİR ÖRNEK	270
TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİNDE TAHKİM	272
TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ TAHKİM ŞARTNAMESİ...	272
TOBB TAHKİM DİVANI ÇALIŞMA ESASLARI İÇ YÖNETMELİĞİ	280
TOBB MÜSTAKİL HAKEMLİK (TAHKİM) SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ	290
TOBB TAHKİMİ HAKEM ÜCRETLERİ TARİFESİ.....	293

YEDİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ SORUNLARINA İLİŞKİN TAHKİM USULÜ	297
TÜKETİCİ HAKLARINA DAİR GENEL AÇIKLAMA	297
4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN	299
TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETLERİ YÖNETMELİĞİ	301

SEKİZİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM	311
GENEL AÇIKLAMA	311
CENEVRE (AVRUPA) SÖZLEŞMESİ	320
MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN TÜRLERİ	328
GEÇİCİ TAHKİM (AD HOC)	328
KURUMSAL TAHKİM	329
YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ VE TANINMASI.....	331

YABANCI HAKEM KARARI	331
TENFİZİ	331
NEW YORK SÖZLEŞMESİ	333
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN (MÖHUK)	337
TENFİZ USULÜ	338
MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC)	344
MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC) TAHKİMİ.....	345
MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC) TAHKİM KURALLARI	346
ICC MİLLETLERARASI TAHKİM DİVANI'NIN STATÜSÜ.....	365
ICC TAHKİM DİVANI İÇ TÜZÜĞÜ.....	367
ICC TAHKİM MASRAFLARI VE ÜCRETLER.....	370
ICC İHTİYARÎ UZLAŞMA KURALLARI VE EKİ	375
UZLAŞMA MASRAFLARI TARİFESİ	378
EK-1	
TAHKİM SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ	379
EK-2	
HAKEM HEYETİ İLK TOPLANTI TUTANAĞI.....	383
EK-3	
BDT, ORTA VE DOĞU AVRUPA ÜLKELERİ FİRMALARI İLE İMZALANAN TİCARİ SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN NOT	389
RUSYA FEDERASYONU	390
UKRAYNA	392
BELARUS	392
ROMANYA.....	393
EK-4	
KURUMSAL OLMAYAN HAKEM HEYETİ KARARI ÖRNEĞİ	395
PORTRE I	
RASİH YEĞENGİL.....	401
PORTRE II	
AHMET CEVDET PAŞA.....	403
KAYNAKÇA	411
DİZİN	415

ÖNSÖZ

“..... Holding Yönetim Kurulu Başkanım. Öncelikle söyleyeyim ki avukat değilim, mühendisim, orijin olarak iş adamıyım. Burada bir iş adamı olarak tam bir karmaşa yaşadım. En sonunda söylediniz. Bu kararlar, hakem kararları bağlayıcı mı, değil mi? Benim gördüğüm kadarıyla Türkiye’de bu henüz çözülmemiş. Bir taraftan usulî kararlardır, bir taraftan da maddî hukuka göre çözülecektir... Biz bile hasbelkader İstanbul Ticaret Odası’nın hakem mahkemelerinin ilk vakıalarının bir tanesi olduk ve o zaman çok kolay karar verilmişti. Çok çabuk bitmişti. Yargıtay’lar filan da yoktu. Hadiseyi halletmiştik. Ama şimdi Yargıtay’dan bahsediyorsunuz, iadei muhakemeden bahsediyorsunuz. Bütün bunlar Türkiye’de bu hadiseleri çok uzatır ve hatta bir yerde diyorsunuz ki, eğer maddî hukuk veya usul hukukuna göre görülmesine sözleşmede karar verilmemişse, taraflar arasında maddî hukuk uygulanır diyorsunuz. Yine hadise mahkemelere mi dönüyor? Yani ezcümle çok kısa bu kararlar bağlayıcı mı, değil mi?”

Bu ifadeler, konusu “tahkim” olan bir seminerden alınmıştır.¹ Söz konusu seminere bir çok hukukçunun yanı sıra iş dünyasından da katılanlar olmuştu. Tahkim gibi, bir özel hukuk yargılama sisteminin, ticaret dünyasının üst düzey yöneticileri tarafından dahi bilgi eksikliği ile karşılanması, konunun önemini izah edebilmektedir.

Tahkim, anlaşmazlıkların devlet yargısı dışında, özel bir organ aracılığı ile çözümlenmesidir. Her kurum gibi yargı da zaruretler karşısında oluşmuş bir kurumdur. İnsanlar arasındaki ihtilafların medenî bir şekilde çözümünü ancak yargı ile mümkündür. Tahkim de

¹ 20.2.1997 tarihinde İstanbul’da İTO, TOBB ve Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi’nin ortaklaşa hazırladığı “ULUSLARARASI TİCARİ ANLAŞMAZLIKLARDA TAHKİM” konulu Seminer.

tamamen insanların tercihleri doğrultusunda başvurdukları medenî bir yargı yoludur.

Tahkim yargılaması hakkında oldukça az bilgi sahibi olunmasının nedeni, hukuk sistemimizin genel yargılama usulünde tahkimin istisnai bir yargı türü olması olmasındandır. Bu nedenledir ki, çalışmamızın bir çok yerinde tahkimin istisnailik ve özel olma konumunu ifade edebilmek için genel yargılama usulünü, bazen “genel yargı”, bazen “devlet yargısı”, bazen de “resmi yargı” kavramlarıyla karşılamaya çalıştık. Tahkim dışındaki yargıyı; Tahkimi, salt yargılama usulü olarak anlattığımız bölümlerde “genel yargı” kavramıyla; devletin belirlediği genel yargılama usulüne alternatif bir yargı türü olarak ele aldığımız bölümlerde “devlet yargısı” kavramıyla; özel şahısların kendi aralarında anlaşarak ve resmîyetten uzak bir şekilde çözümleri anlamında kullandığımız bölümlerde “resmi yargı” kavramıyla karşılamaya çalıştık.

Aslında insanlık tarihi ile başlamış olan tahkim; ülke yönetimlerinin asıl ehemmiyeti genel yargı usulüne vermeleri ve genel yargı dışındaki yargılama usulleri ile (uzlaştırma, tahkim) ilgilenmemeleri, hatta bu kurumlara karşı kıskanç tutum takınmaları sonucu oldukça işlevsiz kalmıştır.

Anayasanın 9. Maddesine göre, yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Bu nedenle genel yargıya ilişkin usul hükümlerinde zaman zaman değişiklikler yapılmasına rağmen, genel yargının istisnasını teşkil eden tahkimle ilgili olarak “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu” (HUMK)nda 1927’den bu yana hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Milletlerarası hakem kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi ile ilgili olarak da ilk düzenleme, 1982 yılında “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” (MÖHUK) ile yapılabilmektedir.

Ticari ilişkilerin uluslararası boyutlara varması ve birbiriyle uyumlu olmayan bir çok ülke mevzuatının tahkim konusunda farklı kurallar içermesinden dolayı, ticarî ilişkilerden doğan ihtilâflarda, artık uluslararası tahkim yoluna gidildiği bir vakıadır. Öyle ki, gelişmiş bir çok Batılı devlette tahkime götürülen ihtilâflar, mevcut özel hukuk ihtilâflarının %70’ini aşmaktadır. Bizde ise sadece bu amaçla kurulmuş kurumsal ihtiyarî tahkim heyetlerine yapılan başvurular,

yılda 5-10 adedi geçmemektedir. Tahkim kurumlarının sayısının çok az olduğu da göz önüne alındığında, devletin tahkimi ihmal etmesinin yanı sıra, hukukçuların ve kurumsal tahkim kurumlarının da bu sonuçta ihmalleri olduğu da kabul edilmelidir. Bu gerçekten hareketle, tahkimin iş adamlarımıza ve yöneticilerimize tanıtılmasında yarar umduk.

Günümüzde Türkiye’de devlet yargısının içinde bulunduğu imkansızlıklar ile usul hukuku kurallarının içinden çıkılmaz duvarlar oluşturması ve ihtiyaçlara göre güncelleştirilememesi, tahkime önemli bir yönelme sağlamaktadır. Aynı yöneliş milletlerarası ticarî ihtilâflarda da kendini göstermektedir. Milletlerarası ihtilâfların hallinde ortaklaşan maddî hukuk ve usul hukuku kurallarının bulunmayışı, iş dünyasının, ister istemez milletlerarası tahkim kurumlarına ve milletlerarası tahkim kurallarının geliştirilmesine yönelmesini hızlandırmaktadır. Fakat tahkimle ilgili kuralların ve gelişmelerin bilgisine sahip olunamaması, bu kurumdan beklenen yararı azaltmakta, hatta kötü tahkim örnekleri, tahkim kurumuna güveni zedelemektedir.

Bu cümleden olarak, genel yargının problemleri bir yandan yargıya güveni azaltırken, diğer yandan da bu güvensizliğin doğurduğu karmaşayı aşmaya yönelik çalışmalar yeteri kadar tanıtılamamaktadır. Bu çalışmaların en önemlisi sayılabilecek olan tahkim, genel yargının kıskanç tutumu, toplumsal ve kurumsal bilgisizlik nedeniyle yeterince tanınmadığı için bir türlü gündeme gelememektedir. Oysa tahkim insanlar arasındaki ihtilâfların en hayırlı çözüm biçimidir, çünkü tahkim husumet yerine sulhü sağlamaktadır.

Ülkemizde insanlar ihtilâflarını karşılıklı tanıdıkları ve güvendikleri insanların çözümüne sunmak istemektedirler. Ancak ilişkilerin maddî çıkarlar etrafında yoğunlaşmasının getirdiği güvensizlik, tahkimin sonuçlarını sadece vicdanî bir sorumluluk olarak belirlemektedir. Sıkça örneklerine rastladığımız gibi, tahkim sonucu verilen hakem kararları tarafları bağlamamakta, belli bir usule göre yürütülmeyen tahkim yargılaması da böylece bir yaptırıma kavuşturulamamaktadır.

Yeteri kadar geliştirilememiş olsa da, her tür yargılamanın belli kurallara uyularak yapılması, yargılamanın neticelerinin alınması bakımından önemlidir. Kuralsızlık en kötü kuralcılıktan daha iyi de-

ğildir. Her ülkede olduğu gibi Türkiye’de de mevcut hukuk mevzuatı içinde tahkime ilişkin usul kuralları vardır. Bu kuralların daha iyilerine sahip olmanın yolu ise, bu kuralların işletildiği kurumları daha sık kullanmak ve yasakoyucuyu ortaya çıkacak problemlerin çözümünde gerekli düzenlemelerin yapılmasına zorlamaktır. Takdir edilir ki kullanılmayan kurumların işleyişine dair düzenleme yapmak, boşa çalışmak şeklinde anlaşılmaktadır.

Ayrıca devlet yargısından memnun olmayanların, istisnai bir yargı türü de olsa, özel hukuk alanında tahkimi kullanmamaları durumunda şikayet haklarının geçerliliği tartışılır. Kendine tanınan ihtiyarî alanı kullanmasını bilemeyen veya geliştiremeyenlerin, resmî yargılamaya ilişkin taleplerinin dikkate alınması güçtür.

Bu düşünceden hareketle, özel hukuk alanında arzu edilen gelişmelere katkı sağlamak bakımından, bu katkının en etkili yolunun da tahkimi anlatmak olduğuna inanarak konuyu işlemeye çalıştık.

Mecburi tahkimi, kanunun öngördüğü bir zorunluluk olması ve bu tür tahkimin resmi yargının bir nevi’ni teşkil etmesi nedeniyle, işlemedik. Zira özel hukuk alanının güçlendirilerek, genel yargının işleyişindeki aksaklıklara, kendi öz kaynaklarımızda var olan kurumlar yoluyla çareler üretmek çabası, bu çalışmanın esasını teşkil etmektedir.

Bu çalışmamızda tahkimin daha iyi anlaşılması ve bu güne kadar örf yoluyla gelen tahkim uygulamalarının günümüz usul kuralları ile mukayesesinin yapılabilmesi açısından, öncelikle; tahkim dışında, fakat tahkimle karıştırılan uzlaştırma, ön hakemlik, hakem-bilirkişilik ve üçüncü kişinin sözleşmeye müdahalesi gibi kurum ve uygulamaları, tahkim ile ilgilerini kurarak tanıtmaya çalıştık.

Tarihi geçmiş ile başlayarak, tahkim konusunda daha sağlıklı bir temellendirme yapmak istedik.

İkinci olarak, ülkemizde yaşayan insanların inanç ve geleneklerine uygun tahkim usulünün dayanağı olan “İslâm Hukuku” ve büyük ölçüde İslâm Hukukunun uygulaması olan “Osmanlı Hukuk Sisteminde Tahkim” hakkında kısa bilgiler verdik.

Çalışmamızın ağırlıklı bölümünde, yürürlükteki mevzuata göre tahkimi, kurumsal tahkim örnekleri ile birlikte inceledik.

Nihayet, milletlerarası ticarî tahkimi de tanıtmaya çalıştık. Zira artık ihtilâfların çözümü sadece millî hukuk seviyesinde kalmamakta, sınır ötesi ticarî anlaşmazlıklar uluslararası ekonomik sistemin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Uluslararası boyutta ihtilâfların çözümünde önemli görevler üstlenen kurumlar ve bu kurumların tahkime ilişkin kuralları hakkında da bilgi sahibi olmak, muhataplarımızın önemli ihtiyaçlarındandır.

Bir kere daha ifade edelim ki, tahkim konusundaki bilgi eksiklikleri özel hukuk alanının gelişmesine olumsuz etki yapmaktadır. Tahkim uygulamalarının varlığından haberdar ve bu kurumdan yararlanmak isteyen kimselerin, çoğu zaman bilgisizlik veya yanlış yönlendirmeler sonucu, bu yargılama usulünden netice alamadıklarını gördük. Tahkim yargılamasına ilişkin akademik düzeydeki eserlerin dışında, iş adamı, yönetici ve serbest meslek sahibi kimselerin yararlanabileceği kaynakların azlığı bizi bu çalışmaya sevk etmiş; mevcut tahkim kurumlarının çalışmalarının da yetersiz kalması, esasen oldukça geniş boyutlu tahkim konusunu inceleme cesaretini bize vermiştir.

Çalışmamızın en önemli dayanakları, geçmişte hukuka yaptıkları katkılardan dolayı eserleri ile ölmezliğe kavuşan değerli hukukçu ve bilim adamlarımızdır. Bu mümtaz şahsiyetlerden ikisinin, gelecek kuşaklarca da tanınması ve unutulmaması düşüncesiyle biyografilerini vermeyi bir vefa borcu saydık.

Bu önemli ilim adamlarımızdan biri, halen tahkime kaynaklık eden “TAHKİM” adlı eserin sahibi Müteveffa Av. Rasih YEĞEN-GİL’dir. Bir diğeri ise, hayatının her aşamasında hukuka bağlılığı, hukuk sistemimize yapılan olumsuz dış kaynaklı tesirlere karşı can siperane duruşu ve sayısız eserleri ile yaptığı katkılarla tanınan AHMET CEVDET PAŞA’dır. Kendilerini hayırla yad etmek bizim için bir borçtur.

Hukuk Tarihi, İslâm Hukuku ve Osmanlı Hukuk Sistemi hakkında değerli çalışmaları olan Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN Bey’e, çalışmamızın ham biçimini değerlendirerek sağladığı katkılar ve Takdim’i için gerçekten müteşekkirim.

Milletlerarası Ticarî Tahkimle ilgili kıymetli eserlerinden ve özellikle bu çalışmada esirgemediği görüş ve yönlendirmelerinden yarar-

İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE TAHKİM

landığım Prof. Dr. Cemal ŞANLI Bey'e, Takdim'i ve değerli katkıları için teşekkürü bir borç bilmekteyim.

20 Mart 1999
Av. Muharrem Balcı

TAKDİM I

Günümüzde bireysel ve toplumsal ilişkileri tahrip eden “hukukî uyuşmazlıklar”, hukukçuların ve toplum bilimcilerin temel konularından biridir. Bu noktada bilim adamları, kalkınma ile “hukukî uyuşmazlıklar” arasındaki doğrudan ilişkiye dikkat çekmektedirler. Gerçekten de; hukukî uyuşmazlıklar, ciddi toplumsal hastalıklardır. Bunların da usulüne uygun kural ve yöntemlerle tedavisi gerekir. Hukukî uyuşmazlıklar (çatışmalar) ile kalkınma arasında doğrudan bir ilişki mevcuttur. Toplumda uyuşmazlıklar adaletli ve süratli biçimde çözüme kavuşturulmadan; fertlerle fertler, fertlerle devlet ve fertlerle doğa arasındaki ilişkileri sağlıklı yürütmek mümkün değildir. Fert, devlet ve doğa ilişkilerinin bozulduğu bir toplumda; kalkınma nasıl gerçekleştirilecektir? Bu sebeple günümüzde, fertle devlet arasındaki ilişkileri tahrip eden ve dolayısıyla toplumsal kalkınmayı erteleyen hukukî uyuşmazlıkların daha adil ve daha etkin metotlarla nasıl çözümleneceği konusunda ciddi arayışlar mevcuttur. Ancak, üzümlere belirtelim ki; ülkemiz bu arayışın dışında kalmaktadır.

Türkiye, uzun yıllardan beri alternatif bir ihtilâf çözme tekniği olan tahkim kurumunu bile ıslah edememiş; ihtilâf öncesi tarafların katılımı ile ihtilâfın yetkin kişi ve kurumlar önünde tartışılarak çözümlenmesi sürecini öngören “uzlaştırma kanunları”nı çıkaramamıştır. Hatta bu usuller, ara sıra siyaset gündemine gelen yargı reformları içinde bile yerini alamamıştır. Türkiye’deki adalet sistemi, dünyadaki gelişmelerin dışında; televizyon kanallarının rateing programlarına bol miktarda “adli ve kaza” malzeme üretmeye devam etmektedir.

Dostumuz ve meslektaşımız Sayın Av. Muharrem BALCI, elinizdeki kitapta resmi yargıya alternatif uyuşmazlık çözümlerinden biri olan “TAHKİM KURUMU”nu işlemiştir. Gerçekten de; tahkim, tamamen tarafların iradesine dayalı bir yargı yoludur ve bu niteliği ile sivil bir uyuşmazlık çözümlenme yöntemidir. Tahkim usulünde mevcut veya muhtemel uyuşmazlığın tarafları, uyuşmazlığı karara bağlayacak şahısları seçebilirler; yargılamanın yer ve yöntemini belirleyebilirler; uyuşmazlığı karara bağlayacak olan şahıslar (hakemler)ın karar verirken esas alacakları hukuk kural ve standardını tayin ve tespit edebilirler. Devlet, sadece ve sadece bu statükonun(hukuk rejiminin) dejenere olmasını önlemek ve sistemin etkin biçimde işlemini sağlamak üzere –sınırlı olarak– müdahalede bulunur. Bu niteliği ile tahkim kurumu, günümüzün vazgeçilmez evrensel değerleri olan özgürleşme, demokratikleşme ve sivilleşme ile ciddi bir uyum sergilemektedir. Bu sebeple sosyal alanda demokratik değerleri savunanlar, önemli ölçüde ilgililerin serbest iradesine dayanan ve bu yönüyle merkezi otoritenin kısmen de olsa kontrolü dışında kalan tahkim kurumunu ciddiye alıp geliştirmelidirler.

Dünyanın gelişmiş ve demokrasileri olan ülkelerinde, tahkim; uyuşmazlıkların önemli bir çözüm metodu olarak kullanılmaktadır. Mesela; ABD’de uyuşmazlıkların %60’dan fazlası resmi yargıya gitmeksizin tahkim ve uzlaştırma usulleri ile çözümlenmektedir. Diğer gelişmiş Avrupa ülkelerinde de durum buna yakındır. Bunun pratik sebepleri muhtelifdir. Tahkim usulünün tercihindeki en etkin sebep, sürattir. İkinci sebep ise, bu usulde tarafların ihtilâfın dahil olduğu konularda uzman şahısları hakem olarak seçebilme imkanlarıdır. Bu yolla taraflar, serbest iradeleri ile ihtilâflarını işin uzmanı şahıslara çözdürme imkanı bulmaktadır. Diğer taraftan tahkim usulünde hakemler, hâkimlerden farklı olarak maddi ve usul hukuku kuralları ile sıkı sıkıya bağlı değildirler ve bu sebeple adalete uygun karar verme şansları çok daha uygundur. Özellikle hakkaniyet ve nısfet hakemliği (amiable compositör)nde durum budur.

Sayın Av. Muharrem BALCI, elinizdeki kitapta; öncelikle tahkim kurumunun İslâm ve Roma hukuklarındaki temellerini incelemiş, sonra da günümüzde cari olan HUMK’un 8. Babında düzenlenmiş bulunan pozitif tahkim kurallarını değerlendirmiştir. Yazar, çalışmanın son bölümünde ise, uluslararası ticari ve ekonomik ilişkilerde

uyuşmazlıkların yoğun şekilde çözüm yolu olarak kullanılan “uluslararası hakemlik” usulüne yer vermiştir. Ayrıca Yazar kitabında, gerek iç ve gerekse uluslararası tahkim alanındaki kurumsal tahkim merkezlerinin yönetmeliklerine (mesela; merkezi Paris’te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim ve Uzlaştırma Kurulları, İstanbul Ticaret Odası Tahkim Yönetmeliği, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Yönetmeliği vs.) yer vermiştir. Okuyucular ve özellikle pratisyen hukukçular bakımından bunun ciddi bir kolaylık sağlayacağı muhakkaktır.

Sayın BALCI’yı, tahkimle ilgili kitabından dolayı tebrik ediyorum. Kitabın, tahkim kurumunun anlaşılması ve kullanılması bakımından bir rehber oluşturacağını ümit ediyorum. Alternatif yargı teknikleri üzerinde, hususen tahkim hakkında kafa yoran, merak eden, pratik sorunları olanlara Sayın BALCI’nın kitabını tavsiye ediyorum.

11.2.1999
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
İ.Ü. Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

TAKDİM II

İnsanlar arasında hukukî ihtilâfların hal yollarından birisi hiç şüphesiz hakeme başvurmadır. Bu yol hem daha masrafsız hem daha kısa sürede hukukî ihtilâfı sona erdiren hem de ihtilâfın bütününün veya bazı yönlerinin gizli kalmasını sağlayan bir yoldur. Bu sebeple hakem usulü belki de hukuk tarihinde insanların hukukî ihtilâflarını çözmek için ilk başvurdukları bir yoldur.

Bu yol Batı hukuk tarihinde kullanıldığı gibi, İslâm ve Türk hukuk tarihinde de ağırlıklı olarak kullanılmıştır. Özellikle aile hukuku ihtilâflarında eşlerin arasını bulmada mahremiyeti daha iyi sağlayacağı ve aile birliğinin korunmasına daha yararlı olacağı düşüncesiyle mahkeme yerine hakeme başvurulması Kur'an-ı Kerim'de emredilmiştir. Hakeme başvurma sadece aile hukukuyla sınırlı da değildir. Borçlar hukuku, ticaret hukuku ve hatta ceza hukuku alanında hakem uygulamasının yaygın bir uygulamasından bahsedilebilir.

Osmanlı mahkeme kayıtlarından anlaşıldığı kadarıyla yargıya intikal eden bir çok ihtilâf da nihai planda arabulucuların (muslihun) devreye girmesiyle kadı'nın karar vermesine gerek kalmadan çözülmüştür. Öte yandan müftülerin hukukî ihtilâfın hallinde zaman zaman hakem ve arabulucu rolünü oynadıkları görülmektedir. Esnaf teşkilatlarında, yeniçeri bölüklerinde, aynı tarikat mensupları arasındaki ihtilâflarda kâhya, kethüda, bölük başı, şeyh isim ve unvanlarına sahip yöneticilerin kendi mensuplarının ihtilâflarını çözmede zaman zaman hâkim veya hakem rolünü oynadıkları görülmektedir.

Bütün bunlar, tarihi kökleri hayli derinlere inmekte bulunan tahkim müessesesinin günümüz hukukî ihtilâflarında da alternatif bir yargı kurumu olarak sahip olduğu potansiyeli ortaya koymaktadır. Bugün kamu yargı kurumlarının işleyişinde karşılaşılan zorluklar ve

usuli teferruat daha basit ve süratli bir yargılama kurumu özelliğini her zaman korumuş olan tahkim kurumunun önemini artırmaktadır.

Elinizde bulunan bu kitap değerli araştırmacı Avukat Muharrem BALCI'nın işte bu konuya ışık tutan bir eseridir. Sayın BALCI senelerdir uygulamanın içinde yer alması sebebiyle genel yargılamanın yanı sıra böyle özel bir yargılama kurumuna ne kadar büyük bir ihtiyaç duyulduğunu yakından müşahade etmiştir. Türkiye'de yargılama hukuku sahasındaki ihtiyaçların kanun koyucu tarafından zamanında tespit edilip karşılanamamasının ortaya koyduğu fiili durum da bu gerekliliği kuvvetlendirmektedir.

Muharrem BALCI eserine tarihi bir girişle başlamış, gerek diğer Batı hukuk tarihinde ve gerekse İslâm ve Osmanlı hukuk tarihinde kurumun nasıl çalıştığını, dayandığı temel esasları ve ortaya koyduğu neticeyi aydınlığa kavuşturmaya özen göstermiştir. Daha sonra Türk hukukundaki tahkim kurumunu, uygulamadaki durumu ve milletlerarası tahkimi incelemiştir. Büyük bir titizlikle topladığı malzemeleri dikkat ve büyük bir objektiflikle değerlendirmiştir. Bu saha da daha önce çok fazla çalışma yapılmamış olması bir taraftan çalışmanın yapılmasını zorlaştırırken, diğer taraftan ortaya konan eserin değerini ve önemini artırmaktadır.

Ben bu kıymetli eseri ortaya koymadaki başarısından dolayı Sayın Muharrem BALCI'yı tebrik ediyor, hukukçularımız tarafından dikkatle değerlendirilecek bu çalışmanın sahasında büyük bir boşluğu dolduracağına inanıyorum.

11.2.1999

Prof. Dr. M. Akif AYDIN

M.Ü. Hukuk Fakültesi

Öğretim Üyesi

BİRİNCİ BÖLÜM

RESMİ YARGI VE TAHKİM YARGISI DIŞINDA İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

GENEL AÇIKLAMA
MÜZAKERE YOLU
UZLAŞTIRMA YOLU
HAKEM - BİLİRKİŞİLİK YOLU
SÖZLEŞMELERE ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN MÜDAHALESİ
ÖN HAKEMLİK YOLU

RESMÎ YARGI VE TAHKİM YARGISI DIŞINDA İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

GENEL AÇIKLAMA

Özel hukuk alanında ihtilâflar aslî olarak genel yargı yoluyla Mahkemelerde, istisnaî olarak da ihtilâfın tarafları arasında ihtiyarî tahkim ve sair yollarla çözümlenmektedir. Tahkim dışında ihtilâfların çözümlenmesi genellikle müzakere, uzlaşma, hakem bilirkişilik, ön hakemlik, üçüncü kişinin müdahalesi gibi usullerle olmaktadır. Bu usuller bir yargılama usulü olmayıp tamamen ihtiyarî ve müeyyidesiz usullerdir. Konumuz tamamen müeyyidelere dayalı, bağlayıcılık unsuru kabul edilmiş ve tanımlanmış tahkim yargısı olmakla birlikte, yargı tekniği olmaksızın ihtilâfların çözümünde kullanılacak usulleri de tartışmak gerekmektedir. Zira biraz ileride de değineceğimiz gibi, tahkim dışında sayılan bu çözüm yolları çoğu zaman tahkimle karıştırılmakta, bu yüzden tahkimden beklenen yarar sağlanamadığı gibi, özel hukuk alanının gelişmesine gerçekten büyük katkısı olacağını düşündüğümüz tahkim yargılaması da kadük bırakılmaktadır.

Çalışmamızın ana konusunu tahkim oluşturduğundan, tahkim ileride etraflıca inceleme konusu yapılacaktır. Herhangi bir müeyyidesi olmamakla birlikte diğer çözüm yolları hakkında, tarafların iradelerinin asıl olması ve bilinen yargı yollarına gidilmeden başvurulabilecek çözüm yolları oldukları düşüncesinden hareketle kısa da olsa bilgi vereceğiz. Hatırlatmakta yarar vardır ki, tahkim yargısı dışında özel hukuk ihtiyarî çözüm teknikleri için belirlenmiş bağlayıcı kurallar yoktur. Önemli uluslararası ve ulusal tahkim kurullarının oluşturduğu kurallar ile birlikte, gelişmiş bazı ülkelerde bizzat devlet tarafından belirlenmeye çalışılan kurallar vardır. Ancak tarafların, bağlayıcılığı konusunda kararlaştırdıkları çözüm yolu ve kararlar kesin delil niteliği taşımaktadırlar.

MÜZAKERE YOLU

Müzakere yolu, bir ihtilâf vukuunda tarafların veya temsilcilerinin bir araya gelerek çözüm aramaları usulüdür. Taraflar genellikle aralarındaki ihtilâfın çözümünde, yargı yolunun uzun sürmesi, yüksek maliyet getirmesi, ilişkilerin zarar görmesi gibi hususları dikkate alarak çözümü görüşmeler yoluyla halletmeyi düşünürler. Taraflar arasında müzakere yolu ile ulaşılabilecek çözümün yargı yolundan daha avantajlı olabileceğine inananlar bu görüşmelerde önemli rol üstlenirler. Bu rolleri içerisinde; aralarındaki mevcut sözleşmeleri, bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, anlaşmazlığın müzakere yoluyla çözümlenememesi durumunda doğabilecek zararları ve menfaatler dengesini gerçekçi biçimde kurabilmeleri yer alır.

Müzakere yoluyla ihtilâfların çözümünde dikkat edilecek en önemli husus hak kaybına neden olabilecek dava için başvuru ve zaman aşımı süreleridir.¹ Müzakerelerin kısa zamanda sonuçlanamayacağını gören tarafın, ihtilâfın çözümünün yargıya gidebileceğini ve bunun için de karşılıklı sözleşmeden veya kanundan doğan sürelerin kullanılmasında gecikilebileceğini de görmesi ve buna göre müzakerelerin sürecini ayarlaması gerekmektedir. Bunun için de kanunların ve usul kurallarının bilinmesi, tarafların hak ve yükümlülüklerini belirleyen sözleşme hükümlerinin anlaşılması ve iyi yorumlanması gereklidir. Elbette ki, iyi bir iş adamı ve yöneticinin, sözleşmelerin yorumu ve hakların kullanılabilmesinin temini için, koruyucu hekimlik anlamında görev ifa edebilecek, bir Hukuk Müşaviri'ne ihtiyacı olacaktır.

İyi bir hukuk müşaviri, taraflar arasındaki ihtilâflardan müzakereler yoluyla veya uzlaştırma yoluyla netice alınamayacağını erkenden görüp, ihtilâfı genel yargıya veya tahkim yoluyla hakeme tevdi ederek hak kayıplarını önleyebilir. Belki daha öncesinde sözleşmelere, aşağıda şartlarını izah edeceğimiz uzlaştırma, ön hakemlik, hakem-bilirkişilik ve üçüncü bir kişinin sözleşmeye müdahalesi gibi ön tedbirleri ve oluşumları dercetmeyi düşünebilir. Ancak ne yazık ki Türkiye'de bir nevi koruyucu hekimlik tarzında hukuk müşaviri veya hukuk danışmanına olan ihtiyaç henüz tam anlamıyla kavranabilmiş

¹ Cemal ŞANLI, "Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları", (İst: 1996, Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını), s. 344.

değildir. Bu nedenle de gerek genel yargıda gerekse tahkimde davalar uzamakta ve arzu edilen netice alınmamaktadır.

Küçük hataların büyük hak kayıplarına neden olabildiğı, her iş adamı ve yöneticinin ancak tecrübe edinerek kazanabildiğı sonuçlar olmaktadır. Tarafların, müzakerelerde hukuk müşavirlerini hazır bulundurmaları veya müşavirleri vasıtasıyla temsil edilmelerinin, ihtilâfların görüşülerek halledilmesinde yararlı olacağı muhakkaktır.

UZLAŞTIRMA YOLU

Müzakere ile halledilemeyen ihtilâfların çözümünde uzlaştırma yolu en ideal çözüm tarzıdır.² Taraflar, müzakereler sonucunda bir çözüme ulaşamadıklarında aralarında kendilerini uzlaştıracak bir uzlaştırıcı üzerinde karar kılabilirler. Uzlaştırıcı genelde her iki tarafın da bilgi ve görgüsüne saygı duyduğu ehil bir kişi olacaktır. Uzlaştırıcı, ihtilâfın sulh olarak çözümünü yolunda tavsiye kararı verebilir. Bu karara taraflar uyup uymamakta serbesttir. İhtilâfı uzlaştırıcıya havale etmek tamamen ihtiyarî bir çözüm tarzı olduğundan, diğer bir deyişle uzlaştırıcı, taraflar arasında ihtilâfın tevdi edileceği bir hakem olarak yazılı şekilde tayin edilmediğinden, uzlaştırıcının kararları da tavsiye niteliğinde olacaktır. Ancak uzlaştırıcının tavsiye kararları, ihtilâfın yargıya veya tahkime gitmesi halinde hâkimleri veya hakemleri etkileyebilecektir.³

Uzlaştırmanın başarılı olması, yani adalet ve nesafet kurallarına uygun bulunması tarafların iyi niyetine ve uzlaştırıcının basiretine ve uzmanlığına bağlıdır. Taraflar menfaatlerini karşılıklı olarak birbirine uygun hale getirmeye çalıştıkça, uzlaştırıcı da kendi bilgi ve tecrübesini ortaya koyarak sağlıklı kararlar alabildikçe tarafları tatmin eden bir sonuca gidilebilir. O halde uzlaştırmada, tarafların iyi niyetinin yanı sıra uzlaştırıcının kimliği de önemli rol oynamaktadır. Gerek taraflar nazarında saygın ve uzman kişiliğe sahip olmayan, gerekse tarafların iş ve sosyal çevresi içinde etkinliği bulunmayan uzlaştırıcıların tarafları ortak bir noktada birleştirebilmeleri mümkün olamamaktadır.

Önemli Bir Yanılgı

Toplumumuzda genellikle uzlaştırmacılık fonksiyonu yüklenerek ihtilâfların çözümüne tayin edilen uzlaştırıcıya hakem gözüyle bakılmakta ve ihtilâfın hakeme götürüldüğü sanılmaktadır. Bir yönüyle bakıldığında ihtilâf hakeme götürülmüş, ancak hakemin kararına uyulması tamamen tarafların vicdanlarına bırakılmış olmakla yapılan iş sadece uzlaştırma ameliyesi olmuştur. Bu bakımdan uzlaştırma ile

² Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 344.

³ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 345.

tahkimi birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Aksi halde uzlaştırma ve tahkim, kendinden beklenen yararı sağlamayacaktır.

İleride tahkim bahsinde görülebileceği gibi tahkimden beklenen yarar, ancak bağlayıcılık vasfı ile veya hukukî düzenlemelerin ona bağlayıcılık vasfı kazandırmasıyla mümkündür. Sadece tarafların vicdani kanaatlerine bırakılmış bir çözüm şekline tahkim denilebilmesi mümkün değildir. Esasen bu çalışmanın temelinde yatan düşüncelelerden biri de, uzlaştırma ile tahkim arasındaki farklılığın görülememesi ve iki kurumun birbirine karıştırlarak tahkim adı altında hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan ve tarafların vicdanına terkedilmiş uzlaştırma kurumu ve uzlaştırma işlemleri ile tarafları bağlayıcı tahkim kurumu ve tahkim yargılamasının birbirinden ayrılması isteğidir.

Nitekim Osmanlı Hukuk sisteminde taraflar arasındaki özel hukuk ihtilâflarında uzlaştırma kurumunun çok önemli rolü olmuştur. Osmanlı Şer'îye Sicillerinden, ihtilâfın taraflarının mahkeme yargılaması sırasında bir uzlaştırıcı tarafından uzlaştırıldıklarını ve bu uzlaştırmanın taraflarca mahkemede ikrar ve kabul edilerek kararın oluşturulduğunu ve sicillere şerh edildiğini görmekteyiz.⁴ Bu örnekte

⁴ Bkz.: ŞER'İYE SİCİLLERİ, Türk Dünyası Araştırma Vakfı Yayını, (İst: 1989) Cilt: 1-2.

Örnek Bir Uzlaştırma Kararı:

"Sulh Akdi

Bundan önce İstanbul'da Kilise Camii Mahallesi'nde vefat eden Mihail kızı Marule isimli gayrimüslim kadının öz oğlu Toma'nın öz çocuğu oğlu Mustafa adlı İslâma giren bir şahıs, yüce şer'î yargı meclisinde, adı geçen Marule'nin diğer oğlu Yani'nin oğulları bu yazılı belge sahipleri Manul ve Düka huzurlarında, şöyle ikrar ve beyanda bulundu:

Gerçekten adı Marule'nin söz konusu mahallede bulunan ve bir tarafı adı geçen iki şahsın mülkleri, bir tarafı Üstainülbâri mülkü, bir tarafı umumî yol ve bir tarafı da Keykîzâde Vakfı ile sınırlı ev, miras yolu ile babam Toma'ya ve adları yukarıda zikredilen Manul ve Düka'nın babaları, Yani'ye intikal etmiştir. Yarım şâyî hissesi babam Toma'nın ve diğer yarısı da Yani'nindir. Babam vefat ettiğinde mezkur yarım hissesi ben Müslüman olmadan önce bana intikal etmiştir. Bu sebeple adı geçen iki şahısla dava ve çekişme içindeydim. Şu anda aramıza **muslihun / uzlaştırıcılar** girerek 800 geçerli nakit akçe karşılığında bizi sulh yapmak istediler. Ben de söz konusu bu sulh akdini kabul ettim ve sulh bedeli olan 800 akçelik meblağı tam olarak teslim aldım. Bu konuyla ilgili bütün davalardan davalılar Manul ve Düka'nın zimmelerini umumî bir ibrâ ile ibrâ ettim. Bu günden sonra, hiçbir şekilde asaleten ve vekaleten bir dava açılırsa, değerli hâkimler katında kabul edilmeye.

uzlaştırma bir yargılama değil, görülmekte olan bir dava sırasında davanın uzamaması ve hak kayıplarına neden olmaması için yapılan bir arabuluculuktur. Neticede taraflar uzlaştırıcının/müslihunun yönlendirmesi ile ortak bir noktada buluşmuş ve bu kararlarını mahkemede ikrar ve kabul ederek başlangıçtaki haklarından vazgeçmişler, iki taraf da elde edebileceklerini düşündükleri yararlarının belki daha azını fakat en pratik olanını elde etmişlerdir.

Bir Ön Adım

Uzlaştırma, tahkim veya resmi yargının bir alternatifi olarak görülebileceği gibi, bunların ön adımı olarak da görülebilir. Uzlaştırma yolu ile netice alınmadığında taraflar ihtilâfı tahkime veya yetkili mahkemeye götürebilirler. Taraflar arasındaki yazılı sözleşmede, ihtilâf halinde önce uzlaştırmaya gidileceği, uzlaştırmadan netice alınmazsa tahkime veya mahkemeye gidileceği şeklindeki hükme rağmen ihtilâf taraflardan biri tarafından uzlaştırma usulü atlanarak tahkime veya mahkemeye götürülebilir. Bu durumda uzlaştırıcının kararına uyulmadığı, dolayısıyla uzlaştırmadan netice alınmadığı anlamı çıkar ki, artık uzlaştırmadan bahsedilemez. Hakemden veya resmi yargıdan önce uzlaştırıcıya veya milletlerarası sözleşmelerde sıkça rastlandığı gibi mühendislere gidileceği şeklindeki şart resmi yargı veya hakem şartını geçersiz kılmaz. Zira uzlaştırıcı veya mühendisin kararı tarafları bağlayıcı değildir.⁵

Burada önemli bir farklılığa temas etmek yararlı olacaktır: Taraflar arasındaki sözleşmede uzlaştırıcı veya bir başka ad altında yetkilendirilmiş üçüncü kişinin, ihtilâfı hükme bağlayacağı kabul edilmiş ise tayin edilen üçüncü kişi artık bir uzlaştırıcı değil **hakem-bilirkişi**'dir. Hakem-bilirkişilerin kararları nihai karar olmamakla birlikte, akabinde gidilecek resmi yargı veya tahkimde tarafların bu kararları bağlayıcı olarak kabul etmiş olmaları halinde kesin delil niteliğinde sayılacaktır. Bu konuya hakem-bilirkişilik bahsinde de yer vereceğiz.

Davacının bu ikrarını davalılar Manul ve Düka sözlü olarak aynı mecliste tasdik edince, durum olduğu gibi talep üzerine sicile kaydedildi." Şer'ie Sicilleri, Cilt:II, s. 237.

⁵ Bu konu ile ilgili Yargıtay Kararı için bkz.: Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 347.

Günümüzde ticari ihtilâfların çözümü için kurulmuş bir çok kurum, tahkim kuralları gibi uzlaştırma kuralları da belirlemektedir. İleride etraflıca açıklandığı gibi Türkiye’de TOBB ve İTO gibi meslek kuruluşları uzlaştırma kuralları tespit ederek, uzlaştırma kurumuna katkı sağlamaya çalışmakta ve uzlaştırma kurumundan beklenen yararın sağlanması için düzenlemeler yapmaktadırlar. Milletlerarası Ticaret Odası da 11 maddeden oluşan ICC İhtiyarî Uzlaşma Kuralları belirlemiş ve yayınlamıştır.⁶

Milletlerarası Nitelikli İhtilâflarda

MTO dışında da en çok bilinen kurumsal uzlaştırma prosedürleri, Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Uluslararası Merkez (ICSID) ve Uluslararası Mühendisler ve Müşavirler Birliği (FIDIC) tarafından yürütülen uzlaştırmalardır. UNCITRAL dışındakiler kurumsal niteliklidir ve belirtilen kurumların yönetiminde, önceden hazırlanan kurallara göre icra edilen uzlaştırmalardır.

UNCITRAL kurallarına göre bir uzlaştırma prosedürünün icra edilebilmesi için, tarafların sözleşme ile bu usulü kabul etmiş olmaları gerekmektedir. Bunun için UNCITRAL, taraflara, sözleşmelerine dercetmek üzere uzlaştırma maddeleri (klozları) tavsiye etmektedir:⁷

⁶ Bkz.: MTO Uzlaşma Kuralları.

⁷ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 350.

HAKEM-BİLİRKİŞİLİK YOLU

Taraflar, aralarındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkacak teknik sorunların çözümlenebilmesi için uzman bir kişiye yetki verebilirler. Bu kişiye hakem-bilirkişi denmektedir. Hakem-bilirkişinin incelemeleri sonucunda konu aydınlanmış ve taraflar ikna olmuş iseler ihtilâf resmi yargıya veya tahkime gitmeden çözülmüş olur. Taraflar arasındaki sözleşmede hakem-bilirkişilerin kararlarının bağlayıcılığı şart kılınmış ise, hakem-bilirkişilerin kararlarına uyulmasa dahi bu kararlar mahkeme veya tahkimde kesin delil teşkil eder. Zira taraflar hakem-bilirkişilerin kararlarına uyacaklarına söz vermiş olmakla bu kararların kesin delil olma vasfını da kabul etmiş sayılmaktadırlar.

Taraflar hakem-bilirkişilerin kararlarına uyacaklarına dair bir anlaşma yapmamışlarsa veya sözleşmelerine böyle bir madde (kloz) koymamışlarsa hakem-bilirkişilerin konumu uzlaştırıcılık olacaktır. Bu durumda hakem-bilirkişilerin kararları ihtilâfın çözümüne sadece ışık tutmuş olacak ve taraflar isterlerse bu kararlara uyabileceklerdir. Zira kararların bağlayıcılığı konusunda müşterek bir irade söz konusu değildir.

Bağlayıcılığı kabul edilmiş hakem-bilirkişi kararları hakem kararı gibi nihai kararlar değildir. Çünkü hakem-bilirkişi kararları sadece belli teknik konularda çözüm önerir veya karar ortaya koyarlar. Bu kararlar taraflar arasındaki ihtilâfın bir bölümüne ilişkindirler. Önce de belirttiğimiz gibi tarafların başlangıçtaki kabullerine göre bağlayıcı olur veya olmayabilirler. Ancak bağlayıcı olarak kabul edildiklerinde tahkimde veya resmi yargılamada kesin delil niteliğindedirler. Bu nedenle ihtilâfların hallinde, resmi yargıda veya tahkimde teknik konuların açığa çıkarılmasında kaybedilecek zamanın telafisi bakımından hakem-bilirkişilik, uluslararası ihtilâflarda da çok sık başvuru yapan yararlı bir yöntemdir.

Delil Sözleşmesi Niteliği

Tarafların sözleşmelerinde şart kıldıkları hakem-bilirkişi çözümü, HUMK'un 287. Maddesinde düzenlenen **delil sözleşmesi** niteliğindedir. 287. Maddeye göre: "İki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren kabul edilmiş olan veya muhakeme esnasında ol veçhile be-

yinlerinde karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz.” İşte bu durumda sözleşmeye konu olan ihtilâfın sözleşmede belirlenen hakem-bilirkişi kararından başka bir delille ispat edilemeyeceği açıktır. Bu hükme göre, kanunun aksini emretmediği durumlarda delil sözleşmesinin ihtiyarî ve caiz olması, karşılıklı kabul edilen hakem-bilirkişi kararının kesin delil olmasına nedendir.

Taraflar aralarındaki ihtilâfa uzman üçüncü kişilerden hakem-bilirkişi tayin edebilecekleri gibi, uzlaştırma, hakem-bilirkişi ve tahkim yargılaması için bünyelerinde gereken kurulları oluşturmuş kurumlar nezdinde de hakem-bilirkişi talep edebilirler veya sözleşmelerine bu kurumlardan birinin kurullarına müracaatı kararlaştırabilirler. Örneğin, TOBB ve İTO bünyesinde mevcut hakem-bilirkişi listelerinden uzman kişiler tayin edilebilir veya bu kurumların yönetiminde hakem-bilirkişilik kurumu işletilebilir.

Milletlerarası Nitelikli İhtilâflarda

Milletlerarası uyuşmazlıklarda da Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından 1976’da Uluslararası Teknik-Bilirkişilik Merkezi kurulmuştur. Merkez, teknik bilirkişilik hizmetlerinde uygulanmak üzere “Teknik Bilirkişiliğe İlişkin MTO Kuralları” adı altında bir dizi kuralları yürürlüğe koymuştur. Bu kurallara göre teknik bilirkişiler taraflarca belirlenip Merkeze bildirilebileceği gibi, doğrudan Merkeze atanması da istenebilir. Hakem-bilirkişi kararları uluslararası ihtilâflar yönünden Türkiye de dahil Kıta Avrupa Hukuku bakımından geçerlidir.⁸

⁸ Bkz.: Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 363.

SÖZLEŞMELERE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MÜDAHALESİ

Taraflar arasındaki sözleşmeye müdahale üç halin varlığında söz konusu olabilmektedir: Sözleşmede boşluklar bulunması, sözleşmenin yorumlanması ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması.

Gerçekten de, sözleşmeler genelde uzun bir zaman dilimi içinde ifa edilmekte, bu sebeple de ekonomik, politik ve fiziki tesirlere açık olabilmektedir. Taraflar bazen ileride değişecek şartları göz önüne alarak sözleşmelerde bazı boşluklar bırakmakta, bazen de işin mahiyeti gereği boşluklar oluşmaktadır. Ayrıca değişen ekonomik, politik ve fiziksel şartlar sözleşmede belirsizlikler doğurabilmektedir. Tüm bu sorunların çözümlenerek bertaraf edilebilmesi için ciddi mekanizmalara ihtiyaç vardır. Zira bu ihtilâflar, tahkime veya resmi yargıya intikal edene kadar, hatta hakem veya resmi mahkeme kararı ortaya çıkana kadar beklenilmesi halinde çok büyük kayıplar ortaya çıkarabilmektedir.

İşte sözleşmelerde önceden bırakılan boşlukların doldurulması gerekliliği veya dış etkenlerle sonradan meydana gelebilecek değişiklikler nedeniyle sözleşmenin ifasının imkansız hale gelmesi karşısında, taraflar arasında yetkilendirilecek üçüncü kişinin, tarafları dostane çözüme ulaştırması mümkün olabilmektedir. Bunun için de tarafların sözleşmelerinde bu üçüncü kişiyi veya bu çözüme ulaştırabilecek kurumu tayin etmeleri gerekir.

Sözleşmeye müdahalenin geçerliliği ve bağlayıcılığı tarafların iradelerine bağlıdır. Sözleşmede üçüncü kişilerin sözleşmeye müdahale ederek yorumlaması veya değişiklikleri uyarlamasına yönelik kararının bağlayıcılığı kabul edilmişse, üçüncü kişinin müdahalesi sonucu verilen karara taraflarca uyulmayıp mahkemeye veya tahkime gidildiğinde bu karar yine kesin delil sayılacaktır. Aksi halde üçüncü kişinin müdahalesi tarafların uyup uymamakta serbest olduğu bir tavsiye kararı niteliğinde olacaktır. Üçüncü kişinin bu anlamdaki kararı hakem veya mahkeme kararı gibi nihai değildir. Üçüncü kişinin müdahalesi sonucu oluşacak karar evvelce de değinildiği gibi HUMK'un 287. Maddesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

Milletlerarası Nitelikli İhtilâflarda

Uluslararası sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması ve değişen şartlara uyarlanması MTO tarafından 1978’de yürürlüğe giren “Akdî Münasebetleri Düzenleme Komitesi” ve “Akdî Münasebetleri Düzenleme Kuralları” çerçevesinde yürütülebilmektedir. Komite’nin ihtilâfa el koyabilmesi, bu hususun taraflar arasındaki sözleşmede şart koşulması veya tarafların birlikte Komite’ye başvurması ile mümkündür. Taraflar üçüncü kişiyi tek veya heyet olarak seçip Komite’ye sunabilir veya sadece Komite’yi yetkili kılabilirler. Komite’nin veya tarafların yetkilendirdiği üçüncü şahıs 90 gün içinde karar vermek zorundadır. Bu süre gerekli hallerde Komite tarafından uzatılabilir, kısaltılabilir.

MTO, akit hükümlerinin yeterince açık olmaması veya boşluklar bulunması veyahut da öngörülemeyen hallerin vukuunda ortaya çıkacak ihtilâfların halli için tarafların akitlerine yeni durumlara uyarlanma şartını koymaları ile birlikte, akitlerine üçüncü bir şahsın müdahalesini öngören bir kloz (madde) koyabileceklerini, bunun için de akitlere aşağıda iki seçenek halinde sunulan klozları koymalarını tavsiye etmektedir:

Kloz A.

“Tarafların, işbu akitte yer alan madde hükümlerinin tamamı veya bir kısmının uygulanması konusunda anlaşamaları halinde taraflar, MTO Akdi Münasebetleri Düzenleme Kurallarına göre tayin edilen ve görevini bu Kurallara istinaden icra edecek olan üçüncü bir şahsın (veya şahısların) bir tavsiyede bulunabilmesi için MTO Akdi Münasebetleri Düzenleme Daimi Komitesi’ne başvuracaklardır.”

Bu klozda görüldüğü gibi, üçüncü kişinin müdahalesi sadece tavsiye niteliğinde olacaktır. Şayet taraflar, üçüncü kişinin müdahalesinin nihai kararla son bulmasını tercih ederlerse Kloz B’yi anlaşmalarına koymalıdırlar.

Kloz B.

“Taraflar, iş bu akitte yer alan madde hükümlerinin tamamı veya bir kısmının uygulanması konusunda anlaşamaları halin-

de, MTO Akdi Münasebetleri Düzenleme Kuralları'na göre tayin edilecek olan ve görevini bu Kurallara göre yerine getirecek olan üçüncü bir şahsın (veya şahısların) kendileri adına, **onları bağlayacak** ve akdin bir parçası addedilecek nihai bir kararı verebilmesi için, MTO Akdi Münasebetleri Düzenleme Daimi Komitesine başvuracaklardır.”

Şayet taraflar, üçüncü kişinin müdahalesi esnasında akdin bazı hükümlerini askıya almayı arzu ederlerse; aynı şekilde, klozda bunu belirtmelidirler ve gerekiyorsa, hükümlerini askıya almayı istedikleri akit maddelerini açıkça göstermelidirler.

Taraflar, üçüncü kişinin karar vereceği veya tavsiyede bulunacağı yeri de tayin edebilirler.⁹

⁹ MTO TAHKİM REHBERİ, Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi Yayını, (Ankara, 1987).

ÖN HAKEMLİK YOLU

Taraflar arasındaki sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan ve acilen çözümlenmesi gereken sorunlar, tarafların, uzmanlığında ve tarafsızlığında müştereken birleştikleri üçüncü bir kişinin **geçici olarak** müdahalesini gerekli kılabilir. Bu durumda geçici de olsa üçüncü kişinin müdahalesi, daha büyük sorunların ortaya çıkmasına ve sözleşmenin daha başında ifa imkansızlığı sebebiyle akim kalmasına engel olan bir çözüm şeklidir. Genelde ifa imkansızlığı gibi sorunlar hukukî, mali ve teknik olabilir. Bu sorunların sözleşmenin ifasını etkilememesi için **acil müdahale** ve **geçici tedbirler** konusu olabilir. İşte taraflarca seçilecek bir üçüncü kişi bu sorunların çözümünde tarafların hak ve yükümlülüklerini tespit etmekte, zararın büyümesini engellemek için delilleri koruma altına alarak acil ve geçici tedbirler alabilir.

Sözleşmenin ifasının değişik nedenlerle imkansız hale gelmesi veya tarafların sözleşme hükümlerine uymaması gibi durumlarda resmi yargı veya tahkim yolunun seçilmesi halinde geçecek zaman ve kaybedilecek ekonomik imkanlar, âkit tarafları geçici bir hakem tayinine zorlamakta ve sorunlar en azından tarafların sulh olmasıyla sonuçlanmaktadır.

Ön Hakemin Konumu

Ön hakem, hakemden ayrı bir niteliğe sahiptir. Ön hakem, sorunların ortaya çıktığı anda duruma müdahale etmekte ve sorun büyümeden çözüme karar vermektedir. Kararları geçicidir. Bu nedenle ön hakemin konumu bazen uzlaştırıcı, bazen hakem-bilirkişi, bazen de koruyucu ve önleyici tedbir kararları veren bir mahkeme veya hâkim vasfında olabilir. Ön hakemlik genel itibariyle bir dostane çözüm yoludur.

Türk Hukukunda hakemlerin ve ön hakemlerin ihtiyati tedbir veya haciz kararı vermesi mümkün olmadığından, kararları sadece delil niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan hakem-bilirkişi kararları ile ilgili olarak HUMK'un 287. Maddesi ön hakem kararları için de geçerlidir.

Milletlerarası Nitelikli İhtilâflarda

Uluslararası ihtilâfların çözümünde kullanılmak üzere MTO tarafından 1 Ocak 1990'da yürürlüğe giren "Ön Hakemlik Usulüne Dair Kurallar" a göre Ön Hakemlik Usulü, "MTO Tahkim Mahkemesi Sekreterliği" tarafından yürütülmektedir. Taraflar ön hakemi sözleşmeye bir madde (kloz) koyarak tayin edebilecekleri gibi, ihtilâf vukuunda da MTO Tahkim Mahkemesi Sekreterliğine müracaatla Mahkeme Başkanı tarafından da seçilmesini sağlayabilirler.

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça ön hakem, hakem olarak hareket edemez. Yetkisine ilişkin kararları kendisi verir. Yetkisi, ihtilâfın yetkili hakem veya mahkemeye tevdi ile son bulur. Taraflar aksini de kararlaştırabilirler. Ön hakem aksi kararlaştırılmadıkça, daha sonra başvurulacak bir tahkim davasında hakem olamaz. Ön hakem, dosyanın kendisine tevdiinden sonra 30 gün içinde karar vermek zorundadır. Bu süre Tahkim Mahkemesi Başkanı veya Hakem tarafından uzatılabilir. Aksi kararlaştırılmadıkça ön hakemin kararları taraflar için bağlayıcıdır.¹⁰

¹⁰ Bkz.: Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 370.

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM

TARİHÇE

ESKİ YUNAN'DA
ROMA HUKUKUNDA
ORTA ÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA
ORTA ÇAĞ SONRASI MONARŞİK DEVİRDE
FRANSIZ İHTİLALİ DÖNEMİNDE
CAHİLÎ ARAP HUKUKUNDA

TAHKİM - TARİHÇE

“Anlaşmazlıkların devlet yargısı dışında, özel bir organ aracılığı ile çözümlenmesi”¹ olarak yalın bir şekilde tarif edilen tahkimi daha iyi tanımak ve işlevi konusunda yeterli bilgi sahibi olabilmek için tarihini ve tarih içindeki uygulamalarını kısaca anlatmakta yarar ummaktayız.

Yaratılış itibariyle ancak topluluklar halinde yaşayabilen insanların aralarındaki ihtilâflarda kavga edebilecekleri, diğer bir ifadeyle kavgaya da yatkın bir yaratılışa sahip olduklarını bilen Yaradan, insanların aralarındaki ihtilâfları, diğer insanlar aracılığıyla çözüme ulaştırma düşüncesini ilham etmiş veya bildirimlerle öğretmiştir. İnsanlar artık kendi aralarındaki ilişkiler nedeniyle veya kendilerine gönderilen uyarıcılar aracılığıyla, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde, öncelikle sulh olma yolunu öngören tahkime kavuşmuşlardır. Bu suretle, ihkak-ı hak (hakkını kendi eliyle alma) düşüncesine karşılık, adaletin yetkili araçlar eliyle paylaşılması düşüncesi ve uygulaması gelişmiş, böylece insanoğlu özel yargı ve devlet yargısı ile tanışmıştır.

Nitekim Eski Yunan’dan aktarılan bir örnekte Manisa’nın pazar yerinde taş bir sütun üzerinde hâk edilmiş olarak bulunan hakem kararından, iki Girit şehri arasındaki arazi ihtilâfının hakemler tarafından çözümlendiği ve çözümde esas hedefin taraflar arasındaki anlayış ve dostluğun yenilenmesi olduğu anlaşılmaktadır:

“Doğrudan oylamaya geçerek karar vermeyi uygun mütalaa etmeksizin, nesafetin gösterdiği yolda, taraflar arasındaki anlayış ve dostluğun yenilenmesini arzuladık. Bu sebeple, tarafların ihtilâflı konular üzerinde iyi niyet kuralları uyarınca uzlaşmalarını ısrarla

¹ Rasih YEĞENÇİL, "*Tahkim*", (İstanbul: 1974, Cezaevi Matbaası), s. 7.

istedik. Bizim bu arzumuz, taraflar arasındaki iflah olmaz husumet karşısında tasvip görmediğinden, oylamaya geçtik.”²

İhkak-ı hakkın zararlarını görebilen insanlık, henüz devlet otoritesinin tanınmadığı zamanlarda başlamak üzere ilk yargı kuruluşu olarak Tahkim’i geliştirmiş, bilâhare devlet otoritesinin tanınması ile de devlet yargısı oluşmuştur. Tahkim ile ilgili bu tespit, tahkimin ilk yargı kuruluşu olduğunu göstermektedir. Ancak, ilk dönemlerde herhangi bir müeyyidesi bulunmayan Tahkim Usulünün, tamamen manevi kudrete dayanması, muhataplarının anlayışına göre zaman zaman ihkak-ı hakka dönüşmesi, bu kurumun bir müeyyide ve teminata bağlanmasını gerektirmiş ve devlet yargısı teminatı ile tahkim sonuçları kanunî güvenceye alınmıştır.

Tarih boyunca bir yargı kuruluşu olarak var olan ve devam eden tahkimin manevi bağ ile kayıtlı bulunduğu devirlerde, hatta günümüzde bile devlet yargısının güvencesi ile güçlendirilmemiş olduğu durumlarda, taraflar arasında uyulup uyulmaması yönünde tereddütler hasıl olduğu da müşahede edilmektedir.

Tahkimin manevi bağ ile kayıtlı olduğu devirlerde de, devlet yargısının güvencesi altına alındığı günümüzde de tahkim, hukukî ihtilâfların çözülmesinde ve insanlar arasındaki sosyal münasebetlerin ıslahında önemli bir kurum olarak “en medeni” yargı yolu kabul edilerek devam etmiş ve etmektedir.³

Devlet ve devlet yargısı tarafından bu güne kadar ihmal edilmiş olması, bir nevi devlet yargısına rakip gibi algılanması, tahkimin gelişmesine ve uygulama imkanına tesir etmiş ve onu güdük bırakmıştır. Günümüzde dahi bir çok hukukçunun, milletlerarası uyuşmazlıkların büyük bir kısmının tahkim yoluyla çözümlenmesine rağmen, tahkimi hala istisnâ bir yargı yolu olarak kabul etmelerinin de tahkimin bu az gelişmişliğine katkısı vardır. Bu ve buna benzer nedenler yüzünden tahkim, bir kurum olarak az gelişmişlik halini muhafaza etmektedir.

² Cemal ŞANLI, “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, (Ankara: 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü), s. 14.

³ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 18.

Devlet yargısının düzenlenmediği dönemlerde tek yargı usulü olan tahkim, devletin yargı görevini üzerine alarak düzenlemeler yapması ile uygulamadan tamamen olmasa da önemli ölçüde çekilmiştir. Fakat günümüzde devlet yargısının yaşadığı sorunlar tahkimi tekrar cazip hale getirmeye başlamıştır.

İşte kamunun tahkime sahip çıkmaması, onun gelişmesi ve devlet yargısına da katkısı olması yönünde teşvik edilmemesi gibi nedenler, tahkim kurumunun tarihi kaynakları ve işleyişi hakkında araştırma yapmayı güçleştirmiş, sınırlı kaynaklardan yola çıkılarak yapılan çalışmalar, az sayıdaki duyarlı hukukçular vasıtasıyla günümüze ulaştırılabilmıştır.

Tarihin Milattan Önce beş bin yılına kadar uzandığı kabul edilmektedir. Yaklaşık yedi bin yıllık bu tarih kesiti içerisinde insanlık bir çok büyük medeniyetlere sahip olmuştur. Medeniyetlerin, bir örgü gibi düzenlediği ve kuşattığı insan topluluklarına, insanca yaşama ve kimi zaman kanun hâkimiyeti, kimi zaman da hukuk hâkimiyeti şeklinde nitelenebilecek bir adalet düzeni sağladığı söylenebilir. Adaleti bazen devlet eliyle ve kanunlar yoluyla sağlayan bir çok medeniyet bazen de özel hukuk kuralları ile sağlamak istemiştir. İşte "Tahkim Usulü" de, geçmiş tüm medeniyetlerde insanlar arasındaki ihtilâfların çözümünde rol oynamış, vicdanî kanaatler ve kurallar ile de olsa, önemli bir yargı usulü olarak hizmet vermiştir.

Tahkim kurumunun, hukuk tarihi kadar eski olduğu bilinmektedir. Hatta Kitab-ı Mukaddes'le ilgili kaynaklar, Hz. Süleyman'ın hakem olarak ihtilâfların çözümüne nezaret ettiğini kaydederler.⁴

Tahkim uygulamalarını kaydeden kaynaklar M.Ö. beş bin yıllarına kadar dayandırılmıyor ise de, bir çok medeniyette uygulanan Tahkimi bize intikal ettirmekte önemli görev ifa etmişlerdir. Bu medeniyetlerden Eski Yunan, Eski Hint, Eski Roma, Ortaçağ Medeniyetleri, Cahiliye Devri Arap Medeniyetleri, İslâm Toplulukları Medeniyetleri, Hıristiyan ve Musevî Toplulukları Medeniyetleri, nihâyet Osmanlı Medeniyeti ve aynı dönem Avrupa ve diğer kıtalarındaki medeniyetler Tahkimi uygulamışlar, belli esaslara ve müeyyidelere bağlamışlardır.

⁴ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 13.

ESKİ YUNAN'DA TAHKİM

Eski Yunan'da tahkim usulünün bilinip tatbik edildiğini gösteren kaynaklar arasında, Demosthene ve Aristote'nun eserleri sayılmaktadır.

Demosthene, "Müdafaalar"ında: "Tarafların aralarındaki anlaşmazlıklarda, hakeme başvurmaları mümkün olduğu gibi, istedikleri kimseleri de hakem seçebilirlerdi, seçtikleri hakemin kararına boyun eğerdiler ve ona itiraz etmezlerdi"⁵ diyor.

Keza Aristote da "Belâgat" adlı eserinde: "Hâkimin kanunu tatbik etmekle mükellef olmasına karşılık, hakemin nesafet ve adalet esaslarına göre karar vereceğini"⁶ söylüyor.⁷

Eski Yunan'da gerek hususî hukuk alanında ve gerek devletler hukukunda tahkim kurumunun mevcut olduğu, muhtelif siteler arasındaki ihtilâflarda tahkim usulünün uygulandığı ve kamusal alanda uygulanan tahkimin özel hukukta da yerleşmiş bulunduğu tarihçiler tarafından ileri sürülmektedir.

Eski Yunan'da iki türlü muhakeme usulünün varlığından bahsedilir. Birincisi mahiyet ve miktarları önemli olan davaların muhakeme usulü idi. Bu gibi davalar genel yargıda görülürdü. Miktar ve mahiyetleri ehemmiyetli olmayan davalarda ise hususî muhakeme usulü tatbik olunurdu ki bu da Tahkim Usulüdür. Taraflar ihtilâflarını halledecek hâkimi kendi aralarında seçerler ve bu seçtikleri hususî hâkimin kararlarını kabul edeceklerine dair yemin ederlerdi. İşte; tarafların seçtikleri bu hâkim, bir hakemdir. Taraflar, hakemin kararını kabul edeceklerine dair yemini hakemin önünde yaparlar ve hakem aynı anda kararını verir. Hakem önünde iddia ve müdafaalar taraflarca şahsen yapılır, avukat kabul olunmazdı.⁸

Tüm tarihi kaynaklardan, Eski Yunan'da tahkimin, M.Ö. 7. yüzyıla kadar uzandığını görebilmekteyiz.

⁵ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 18.

⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 18.

⁷ Eski Yunan'da dahi var olan bu görüş, günümüzde de tartışılan Kanunilik ile Hukukilik ayırımının önemini göstermesi bakımından dikkate şayandır.

⁸ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 18.

ROMA HUKUKUNDA TAHKİM

Roma Medenîyetinin, M.Ö. 753 yılında Roma Devletinin kuruluşu ile başladığı kabul edilmektedir. Roma'nın en eski hukuk sistemi tamamen devlet denetimi altında bulunduğundan böyle bir sistemde tahkimin izlerini bulmak imkansızdır.

Altı-yedi asırlık bir tarih zamanı içinde durmadan değişen Roma Hukuku, nihâyet Milattan 130 sene önce kabul edilen Aebutia Kanunu ile tekâmül zirvesine yaklaştı. Şekilci ve dar Roma Hukukunun müeyyide altına alamadığı haklar, hukukî himayeye kavuştu ve bir içtihat hukuku doğdu.⁹

Şifahi muhakeme usulü yerine yazılı formül usulünün kabulü ile esneklik kazanan Roma Hukukunun bu değişiklikle bir içtihat hukukuna kavuşması, ihtiyaçların gerektirdiği yeni yeni hukukî müesseselerin doğmasını mümkün kılmıştır. Hukukta devrim sayılabilecek bu gelişme ile özel hukukun da önü açılmış ve gelişmesine imkan tanınmıştır. Böylece, Tahkim müessesesi de özel hukukun önemli bir parçası olarak Roma Hukukunda yerini almıştır.

Neticede, Roma Hukukunda yukarıda bahsedildiği şekilde uzun süre uygulanan fakat dar ve şekilci hukukun tanımaması sebebiyle icra kabiliyeti olmayan tahkim sistemi, Romalı hukukçuların mücadeleleri sonunda şekilci Roma Kanununa **Tahkim Akdi** olarak dahil edildi.

Roma'da, aralarındaki ihtilâfı üçüncü bir şahsın hakemliğine tevdi etmek isteyen taraflar bu isteklerini bir mukaveleye dökerler, bu mukaveleye dayanarak hakemin kararının icrasını mümkün kılarlardı. Tahkim Usulü kanunla da müeyyide altına alınmış olduğu gibi, ihtilâfa tatbik olunacak kanun hükmü veya hukuk kaidesi de hakem tarafından değil, **hâkim tarafından tayin ve takdir** olunurdu. İhtilâfa uygulanacak kuralların hâkim tarafından tespiti, teamülleri ve gelenekleri arka plana atması, 'kamunun tahkime müdahalesi' anlamına gelebileceği gibi, tahkimin geçirdiği evreyi ve günümüz hukukunda belirlenen tahkim kurallarının geçirdiği aşamayı göstermesi bakımından da kayda değerdir.

⁹ Rasih YEGENÇİL, a.g.e. s. 25

Roma Hukukunda, Tahkim usulünün uygulanabilmesi için, tarafların bu usulü kabul etmiş ve bu hususta bir anlaşma yapmış olmaları gerekirdi. Başlangıçta, anlaşmaların bir şekle tabi olması şartı mevcut iken, şekilcilikten doğan hak kayıplarını önlemek için, şekle uygun yapılmayan Tahkim Anlaşmalarına da geçerlik tanındı.¹⁰ Ancak burada tahkim akdinin şekil şartlarına uymadığı halde kabul edilebilmesinde yatan neden, tahkim akdinin taraflar arasındaki ihtilâf hakkında üçüncü bir şahıs olan “hakemin kararının tarafları bağlayacağı taahhüdü içermesi ve hakem tarafından karar verilmedikçe bu akdin geçerlik kazanamaması” kuralının varlığıdır. Hakem tarafından karar verilmedikçe şart da tahakkuk etmeyeceğinden, yapılan akdin netice doğurması mümkün olmayacaktır. Diğer bir deyişle akdin geçerliği, ancak verilmiş bir hakem kararına dayanmaktadır. Tahkim akdinin, hakem tarafından verilecek karara uyulmamasının müeyyidesini, yani cezaî şartını da muhtevi olması gereklidir. Aksi halde, böyle bir akit kabul edilemez ve tahkime konu olamazdı. Ancak böyle bir cezaî şartın karşılıklı ve birbirine eşit olması gereklidir.¹¹

Geçerli bir Tahkim Akdi var ise, hakemliği kabul eden şahıs, geçerli bir mazereti olmadıkça hakemlikten çekilemezdi. Aksi takdirde para cezasına çarptırılır ve malları haczedilirdi. Hakem kararına uymayan taraf, Tahkim Akdindeki cezaî şartı ödemek zorunda idi.¹²

Roma hukukuna göre hakemler, yetkilerini kanundan değil akitten alırlardı. Dolayısıyla Tahkim Anlaşmasında yer alan bütün ihtilâfları karara bağlamak zorunda idiler. Fakat anlaşma dışında kalan konularda karar veremezlerdi. Aksi halde verdikleri kararlar hükümsüz sayılır ve tarafları bağlamazdı. Hakemler herhangi bir hukuk kaidesine bağlı olmayıp kendi görüş ve kanaatlerine göre karar vermeye yetkili idiler. Hakemler yetkilerini kanundan değil akitten aldıkları için verdikleri kararların müstakil bir hukukî hüviyeti ve varlığı yoktur. Bu sebeple hakem kararları doğrudan doğruya icra ve infaz olunamaz, muhkem kaziye teşkil etmez ve kazaî bir karar niteliğinde olmadığı için karar aleyhinde kanun yollarına da başvurulamazdı.

¹⁰ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 29

¹¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 31

¹² Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 31

Taraflardan birisi hakem kararına uymayacak olursa, taahhüdü bozmuş ve akdi ihlal etmiş sayılırdı. Akdi ihlal eden taraf aleyhine, akdin ihlalinden dolayı –varsa– sözleşmedeki cezaî şartın tahsili dava edilebilirdi.¹³

529 senesinde Justinien, Tahkim Akdinin ve hakem kararlarının geçerliğini şekil şartlarına bağladı. Bu Kanuna göre taraflar verilecek hakem kararını kabul edeceklerini ve hakemin de vicdanına göre karar vereceğini muayyen şekil ve merasim altında hakem huzurunda sözlü veya yazılı ikrar etmiş olurlarsa, bu gibi akitlere dayanan hakem kararlarının tenfiz ve icrası talep olunabilirdi.

Justinien'in bu nitelikteki hakem kararlarına dava hakkı tanıması, günümüz hukukundaki tenfiz talebi mahiyetindedir.¹⁴

ORTAÇAĞ KİLİSE HUKUKUNDA TAHKİM

Kilise Hukuku, kilisenin teokratik nizamının tüm insanlığa tatbik edilmesi ihtiyacından doğmuştur. Kilise, dünya devleti yanında, bir din devleti şeklinde kendine özgü yasaları ve düzeni öngörmüş ve bir hukuk geliştirmiştir; bu da Kilise Hukukudur.

Tebası, idari teşkilatı, emir ve karar organları bulunan kilisenin bir yargı teşkilatı da olmak gerekirdi. Hz. İsa'nın Havarilerine “eğer kardeşin (din kardeşi) sana karşı bir suç işlerse onu yanına çağır ve aranızda anlaşın, o seni dinlerse bir kardeş kazanmış olursun. Eğer seni dinlemezse yanına bir veya birkaç kişi al öyle git, eğer onları da dinlemezse o zaman kiliseye baş vur. Eğer kiliseyi de dinlemezse onu kiliseden kovsunlar” dediği rivâyet olunur. Saint Paul, Hz.İsa'nın bu emirlerini unutanları azarlıyor ve birbirleri ile ihtilâfa düşmemeleri gereken Hıristiyan kardeşlerin devlet mahkemesine gitmeden aralarını bulacak üçüncü bir kardeş yok mu diye soruyordu. Paul, Hıristiyanlar arasındaki ihtilâflarda Hıristiyan kardeşlerden birinin hakemlik vazifesi yapmasını tavsiye ediyordu.¹⁵

¹³ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 34

¹⁴ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 36.

¹⁵ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 41.

Bu emirler, Hıristiyanlığın yayıldığı topluluklarda Tahkimin bilindiği ve uygulandığını göstermektedir. Zamanla kuvvetlenip genişleyen Hıristiyanlığın yargı yetkisi de genişlemiş ve özel hukuk alanında da Tahkimi bazı kurallara bağlamıştır. Örneğin, tarafların, aralarındaki ihtilâflarda Papa'nın temsilcisini hakem tayin edebilecekleri ve davaya mahkemede bakılmakta olursa bile karardan önce yapılmış böyle bir mukavele karşısında hâkimin yetkisizlik kararı vermesi gerektiği, hakem tarafından verilen hakem kararlarının resmi makamlarca infaz olunacağına dair düzenleme mevcuttur.¹⁶

Ortaçağdaki Batı'nın oldukça karanlık olan hukuk tarihini o çağın sonlarında derlenmiş olan **Âdet Hukuku** sayesinde öğrenmiş oluyoruz. Âdet Hukuku, Orta Çağın karanlık hukukunun derlenmesi şeklinde muhtelif devirlerde yapılmış olup, bu metinler sonraki çağlarda Batı hukukunun önemli kaynakları haline gelmiştir. Roma Hukukunun izlerini de taşıyan Âdet Hukuklarında tahkim müessesesi de unutulmamış, belki uygulama alanı daraltılmıştır. Fakat teorik de olsa Âdet Hukukunda tahkime oldukça geniş bir yer verilmiştir.

Âdetlerde tahkim akdi konu bakımından sınırlanmamıştır. Başlangıçta, fertler arasındaki anlaşmazlıkların devletin yüksek menfaatlerini ilgilendirmeyeceği prensibinden hareketle, cezaya ait davalar için dahi tahkim mümkündür. Zamanla bazı sınırlamalar konulmuş, cezaya ve şahsın hürriyetine ilişkin meseleler tahkim dışında bırakılmıştır. Bilâhare her türlü cezaya, evlenmeye, esarete, cismanî fiillere ait davalarda tahkim men edilmiştir.¹⁷

Âdet hukukunda tahkim anlaşması şekle bağlı tutulmamıştır. Yemin, müddet ve cezaî şarttan oluşan üç unsurun varlığı tahkim için yeterlidir.

Hakemler, hakemlik ehliyetine sahip olmalıdırlar. Sağır, dilsizler, köleler, kötü şöhreti olanlar hâkim olamayacakları için hakem de olamazlar. Kadınların hakem olması tartışmalıdır. Genellikle küçüklerin hakem olamayacakları kabul edilmiştir. Hakemler ciddi bir engel olmadıkça hakemlik vazifesinden kaçınamazlar. Aksi halde hâkim tarafından zorlanabilirler. Hakemler haklı sebeplerle red edi-

¹⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 42

¹⁷ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 43

lebilir. Bilhassa taraflardan biri ile husumet hali haklı bir sebeptir. Çok hakemli tahkimde, hakemlerin tümü tahkikatta ve kararda hazır olmak zorundadır. Diğerleri ile aynı görüşte olsa dahi, hakemlerden birinin hazır olmaması kararı geçersiz kılar. Hakemler anlaşmada belirtilen ihtilâfın dışına çıkmazlar, aksi takdirde verdikleri karar batıl olurdu. Hakemler tarafları davet etmeden ve dinlemeden karar veremezlerdi. Hakemler kararlarında usul hükümlerine tabi olmakla birlikte, hukuk kaidelerine bağlı sayılmazlardı. Hakemliğin ücret karşılığında yapılması haysiyetsiz bir muamele olarak görülürdü ve hakemlere ücret ödenmezdi.¹⁸

Orta Çağın Âdet Hukuku çok az değişikliklerle Fransız İhtilâline kadar devam etmiş, İhtilâlden sonra Avrupa'da yapılan kodifikasyon çalışmalarına nüve olmuştur.

ORTAÇAĞ SONRASI MONARŞİK DEVİRDE TAHKİM

Tahkimin kanun himayesine alınış tarihi ilk defa Fransa'da 1510 tarihinde olmuştur. Bu tarihte hakem kararlarına karşı kanun yolu açıldı. Sonra da taraflara, tahkim akdine rağmen mahkemeye müracaat hakkı tanındı. 1566'da mecbûri tahkim esası konarak, tüccarlar arasındaki davalar ile, akrabalar arasındaki taksim davalarının kendi aralarında seçecekleri hakemler eliyle halledileceği kabul edildi. Taraflar hakemde anlaşamadıklarında, hâkim tarafından tayin edilecek hakemleri kabule mecbur tutulmuşlardır. Nihâyet IV. Louis'nin kanunları devreye girdi ve 1673'de tahkim hükümleri kanunlaştırıldı. Bu hükümlere göre, şirket ortakları arasındaki ihtilâflarda mecbûri tahkim esası kabul edildi. Uygulaması için de Tahkim Kalemi Katipliği ihdas edildi. Böylece hakem kararları hâkimin tasdikine gerek olmaksızın doğrudan doğruya bu kalemlerde tenfiz olunmaya başlandı. Bu hükümler 1789 Fransız İhtilâline kadar yürürlükte kaldı ve nihâyet Fransız Medenî Kanununun kabulü ile (1804), bu hükümler ilga edildi.¹⁹

Ticari ihtilaflar, Anglo-Amerikan dünyasında da, 13. yüzyıldan beri özel şahıslardan ibaret olan tacirler tarafından halledilegelmiştir.

¹⁸ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 45

¹⁹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 49

Zamanla, üyeleri sadece tacirler tarafından oluşan kasaba mahkemeleri ve jüriler teşekkül etmiş, loncalar ve ticaret birlikleri, kendi üyeleri ile ilgili ihtilaflara bakacak kendi bünyelerinde mahkemeler ihdas etmişlerdir. Nihayet 1697 tarihli “İngiliz Tahkim Kanunu (Arbitration Act) ile, İngiliz Hukuk Sistemi içerisinde hakemlerce verilen kararların etkinliği sağlanmış ve tahkim müessesesi pozitif bir temele oturtulmuştur.²⁰

FRANSIZ İHTİLÂLİ DÖNEMİNDE TAHKİM

İhtilâlciler, aslında oldukça karmaşık olan ve sorumluluğunu da Parlement'lere yükledikleri yargılama sistemini belli esaslara bağlamaya çalıştılar. Tahkim ile ilgili olarak da, 24 Ağustos 1790 tarihli Kanunun 1. maddesinde, vatandaşlar arasındaki ihtilâfların hallinde en makul yolun tahkim usulü olduğunu açıkladılar. Getirilen hükümlere göre, taraflar açıkça kabul etmemişlerse, hakem kararlarına karşı kanun yollarına gidilemeyeceği, tahkim akdinin zamanla sınırlanamayacağı kabul edildi. Herkesin haklarını serbestçe kullanabileceği ve her konuda tahkim akdi yapabileceği de kabul edildi. Sonra da 1791 Anayasasının 5. maddesiyle, bütün vatandaşların ihtilâflarını tahkim usulü ile halledebilecekleri esası getirildi.

Tahkim konusunda yapılan bu yeniliklerin ömrü uzun sürmedi ve 1793'de hakem kararlarına karşı kanun yolu kabul edildi. Ticarî ortaklar arasındaki ihtilâflar hariç tutularak diğer ihtilâflara ait mecbûri tahkim kaldırıldı. Akabinde de tahkime ait hükümler iki ayrı kanunda toplandı. İhtiyarî tahkime ait olanlar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa, mecbûri tahkime ait olanlar Ticaret Kanununa alındı.²¹

CAHİLİ ARAP HUKUKUNDA TAHKİM

Cahiliye Araplarında adalet dağıtımı, ölç alma ve hakem usulüne tabi idi. Uygulanan her iki yargı sistemi de örfidir. Birincisi ihkak-ı hakka dayanırken, ikincisi adaletin dağıtımında bilirkişi ve bilge kişi

²⁰ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 13.

²¹ Rasih YEĞENÇİL, a.g.e., s. 51

aracılığına dayanmaktadır. Bu hukukun müeyyidesini atalar dininin âdetlerine bağlılık oluşturmaktadır. Bu âdet de vicdanî ve toplumsal baskıya dayanmaktadır. Zira, cahili toplumda uygulanan bu kötü âdet gereği olan öç alma fiilini uygulamayanlar aşağılanmışlar ve bir kısım haklardan da mahrum bırakılmışlardır. Bu nedenle “ihkak-ı hak” usulü, hukukun bu tür yöntemleri aşmış olmasına rağmen, önemli bir yöntem olarak günümüze kadar da, ne yazık ki, devam etmiştir.

Cahilî Arap toplumlarındaki âdetlere göre öç alma ve ihkak-ı hak usulleri ancak adam öldürme ve müessir fiillerde mümkün iken, sair ihtilâflarda tahkim usulünün mecbûrîlik kazandığını görüyoruz. Devlet otoritesinin bulunmadığı ve kabile örfünün hâkim olduğu toplumlarda bu iki usulün dışında bir yargı sisteminin kurulabilmiş olması imkan dahilinde görülemezdi. (*)

Eski Arap toplumunda, gaybı bilen kişi olduklarına inanılan kâhinler, tahkim usulü için en uygun hakemler olarak kabul edilmişlerdir. Bununla birlikte hakem tayin edilebilmek için kâhin olmak mecbûriyeti yoktur. Kâhinler dışında fazileti, doğruluğu ile tanınmış kişiler de hakem seçilebilirdi. Örneğin, Mekke’de hakemler genellikle Kureyş kabilesi gibi nüfuz sahibi kabilelerden seçilirdi. Hakemlerin kararlarına uyulmasında, onların nüfuz ve kudretleri önemli bir et-kendir. Kâbe’nin tamiratı sırasında, henüz Risalet gelmezden önce Hz. Muhammed (SAV)’in Hacerü'l-Esved’in yerine yerleştirilmesinde hakem tayin edilmesi olayı gibi.²²

(*) Birçok hukukçudan ayrı bir değerlendirme ile, “ÖRF” kavramını kullanmamaya gayret etmekteyiz. Zira örf’ün âdet ve teamüllerle karıştırılmaması gerektiğine ve örf’ün, daima iyi olan âdetlere teşmil edilmesi gerektiğine inanıyoruz. Bu konudaki görüşümüz için bkz.: İslam Hukuku Kaynakları bölümünde “Örf” başlığı altındaki açıklamalarımız.

²² “Kureyş boyları Kâbe’yi yapmak üzere her boy ayrı ayrı taş topladı. Sonra yapıya başladılar. Yapı Hacerü'l-Esved’in bulunduğu yere geldiği zaman Kureyş kabilesi boyları arasında anlaşmazlık çıktı. Her boy bu taşı kendisi yanına koymak istiyordu. Sonunda birbirlerinden ayrılıp anlaşmalar yapıp döğüşe hazırlandılar (...) Toplanıp aralarında görüştüler ve birbirlerini uyuşmaya çağırdılar.(...) Mugire oğlu Ebu Ümeyye şöyle demiş: Ey Kureyşliler! Anlaşamadığınız bu işte mabedin şu kapısından ilk gireni aranızda hakem yapın, o kimse bu işi bir sonuca bağlasın. Kureyşliler bu teklifi kabul ettiler ve mabedin kapısından içeriye ilk giren, Tanrı Elçisi oldu. Kureyşliler onu görünce, ‘işte doğru adam (El Emin). Kabul ettik işte Muhammed geldi’ dediler. Muhammed onların yanına gelip kendisini hakem

Kabileler arasındaki ihtilâflarda iki kişi hakem olarak tayin edilirdi. Hakem kararları kesin olmakla birlikte, bu kararların uygulanmasını yapacak ve denetleyecek bir merci yoktu. Hakemler karar vermeden önce taraflardan kefalet veya teminat alınırdı. Karara uymayan taraf, vermiş olduğu teminat veya kefalet ile karşı tarafın hakkını ödemek zorunda bırakılırdı. Tarafların hakem kararlarına riâyetleri, hakemlerin şahsi nüfuzları ile yakın alakalıdır. Nüfuzlu hakemlerin kararlarına genellikle uyulurdu.

İki hakem tayini, daha ziyade kabileler arasındaki ihtilâflarda tatbik edilirdi. Hz. Ali ile Muaviye arasındaki ihtilâfta iki hakem seçilmesi de İslâm Hukukunun, Cahili Arap Âdet Hukukunun bazı kaidelerini değiştirmemesi ile izah edilebilir. Karı-koca arasındaki ihtilâflarda iki tarafın da birer hakem seçmesi usulü için de aynı şey söylenebilir.

Hakem kararlarına karşı itiraz yolu yoktu ve karar kesindi. Hakem kararları örfî hukukun kaynağını teşkil etmiştir.²³

yaptıklarını anlayınca, 'bana bir bez parçası getirin' dedi. Getirdiler. Tanrı Elçisi Hacerü'l-Esved'i alıp eliyle bu bez parçasının içine koydu; sonra, 'her boydan bir kimse bez parçasının bir tarafından tutsun, sonra bunlar hep birlikte yukarı kaldırsınlar' dedi. Kuryşliler Tanrı Elçisi'nin dediği gibi yaptılar. Bu suretle Kureyşlilerin kaldırdıkları bez parçasının içindeki Hacerü'l-Esved konacağı yerin hizasına gelince Tanrı Elçisi onu kendi eliyle alıp yerine yerleştirdi ve üzerine yapı yaptı." İbn-i HİŞAM, Hz. "Muhammed'in Hayatı", (Ankara: 1992, Türk Tarih Kurumu Yayınları), s. 122.

²³ Rasih YEĞENİL, a.g.e., s. 56

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİM

İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI
İSLÂM HUKUKUNDA AKİTLERE İLİŞKİN
ÖZEL HUKUK ESASLARI
İSLÂM HUKUKU KAYNAKLARINDA TAHKİM
İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN HÜKÜMLERİ
İSLÂM HUKUKUNDA HAKEMLER
İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN GELİŞMEME
NEDENLERİ

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİM

İSLÂM HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İslâm Hukuku, İslâm dinine, dolayısıyla İslâm Dini'nin kurallarını koyan Kur'an-ı Kerîm'e dayanır. İslâm Hukuku, bir diğerk adıyla Şeriat, değışen ve değışmeyen, inanca ait olan ve amel ile ilgili bulunan bütün dini hükümlerin ve talimatın adıdır.¹ Kur'an'da itikada taalluk eden emir ve yasaklar, helal ve haramlar ile, Sünnet'in ibadet ve muamelata taalluk eden emir ve tavsiyeleri Şeriat'ı oluşturmaktadır. Bu nedenledir ki, Allah ve Elçisi Hz. Muhammed, Şeriat'ın kurucusu ve koruyucusudurlar.

İslâm Şeriatının kaynaklarına Edille-i Şeriye (Şer'i Deliller) denir. Edille, delil kelimesinin çoğuludur. Delil, lügatte, iyi veya kötü olsun, bir şeye götüren, rehber, yol gösterici anlamındadır. İslâm Hukukunda "kaynak" anlamında kullanılmaktadır. Buna göre İslâm Hukukçuları delili, "kendisini, doğru bir düşünme ile kesin veya zannî olarak, ameli şer'i bir hükme götüren şey" olarak tarif ederler.²

Bu tariftten de anlaşıldığı gibi, delil, sözün anlamı bakımından kesin ve zannî olarak ikiye ayrılmaktadır. İslâm Hukukunda hükümler asıl itibariyle kesin delil kabul edilen nass'lara dayandırılır. Hakında nass bulunmayan meselede zannî delile başvurulabilir. Ancak bu zannî delil de Kur'an'daki kesin nasslara aykırı olmamalıdır.

¹ Hayreddin KARAMAN, "Soruşturma Dosyası", İSLAMİYAT DERGİSİ, (Ankara: 1998), s. 293.

² Abdulvahhâb HALLÂF, "İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usulî'l Fıkh)", çev.: Hüseyin ATAY, (Ankara: 1973, Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Yay), s. 161.

Nass: Tevil kabul etmeyecek şekilde hüküm ifade eden ayet veya hadis, açık ifade, metin anlamındadır.³

İslâm Hukukunun asıl kaynakları da Kitap ve Sünnet'tir. Diğer deliller, Kitap ve Sünnet'ten doğmuş ve bunlardan faydalanmıştır. Diğer bir deyişle, İslam Hukukunun bütün kaynakları kesin hüküm ifade eden ayet ve hadislere dayandırılır.

“Allah ve Rasulü, bir işte hüküm verdiği zaman, artık inanmış bir erkek veya kadının, o işi kendi isteklerine göre seçme hakkı yoktur. Kim Allah'a ve Rasulüne karşı gelirse, apaçık bir sapıklığa düşmüş olur.”⁴

İşte İslam Hukukunda, Kur'an ve Kur'an'ın açıklayıcısı Sünnet olarak iki aslî kaynak ile birlikte, hüküm vermede kullanılacak ve iki aslî kaynağa aykırı olmamak üzere, iki tâli kaynak mevcuttur:

1- Allah'ın Kitabı **Kur'an-ı Kerim**,

2- Hz. Muhammed'in söz ve davranışlarından oluşan ve Kur'an'ın açıklayıcısı olan **Sünnet**,

3- Hz. Peygamberden sonraki bir asırda İslâm âlimlerinin, Kur'an ve Sünnette nas bulunmayan bir mesele hakkında ittifak ederek oluşturdukları hükümler, ki buna **İcmâ-i Ümmet** denir.

4- Kitap, Sünnet ve İcmâ'da hükmü bulunmayan meseleye, aralarındaki illet⁵ birliği sebebiyle, bu kaynaklardan birinde yer alan meselenin hükmünü vermek anlamında **Kıyas**'tır.

Bu dört delil İslâm Hukukunda, hukukçuların üzerinde **ittifak ettikleri** delillerdir. Bu delillerin dışında, üzerinde ittifak hasıl olmayan deliller de vardır. İslâm Hukukçularının üzerinde **ihtilâf ettikleri** deliller olarak da, Mesâlih-i Mürsele, İstihsân, İstishâb, Örf, Şer'u Men Kablenâ ve Sahabî Kavli sayılmaktadır.

³ Muhammed Ebu ZEHRA, „İslâm Hukuku Metodolojisi, Fıkıh Usulü” çev.: Abdülkadir ŞENER, (Ankara: 1979, Fon Matbaası), s. 363.

⁴ Ahzâb Suresi, 33/36.

⁵ **İllet:** Lügatte, bulunduğu yerde değişikliğe yol açan durum, demektir. Hukukta ise: Hükmün konmasını münasip gösteren durum, hükmün konulmasından amaçlanan sonuç veya hükmün korumak istediği yarar, anlamlarında kullanılmaktadır.

Üzerinde ittifak olsun olmasın İslâm Hukukunda kullanılan bu delilleri kısaca aktarmakta yarar ummaktayız. Ancak daha önce İslâm Hukukunda kullanılan deliller hakkında genel bir malumat aktarmakta da yarar görmekteyiz.

Şer'i Delillere Ait Genel Bilgiler

- Şer'i deliller naklî ve aklî olmak üzere iki kısımdır. Naklî deliller nakil yoluyla gelmektedir ki bunların oluşmasında hukukçunun hiçbir katkısı yoktur. Kitap ve Sünnet bu nevi naklî delildir. Kitap ve Sünnetin oluşmasına hiç kimsenin müdahalesi söz konusu olamaz. İcmâ da, önündeki ihtilâf hakkında karar verecek hâkim veya hâkemin, o konu hakkında yapacağı akıl yürütme ve hüküm verme ameliyesinden önce oluşmuştur. Aynı şekilde örf, sedd-i zerâyi ve Sahabî kavli için de aynı husus geçerlidir. Ancak gerek icmâ gerekse örf ve diğerleri hâkim veya hakem için bağlayıcı değildir. Bunlara müdahalesi mümkün değilse de, uygulayıp uygulamamakta serbesttir.

Aklî deliller ise, oluşmasında müçtehidin katkısı bulunan delillerdir. Kıyas, mesâlih-i mürsele ve bazı istihsân şekilleri akli delillerdir.

- Şer'i deliller nakledilmeleri (gelişi/sübutu) itibariyle nakilleri kesin ve zannî olarak iki kısımdır. Kur'an'ın tüm hükümlerinin nakli kesindir. Sünnet'in bir kısmının nakli kesin olup bir kısmının ise zannîdir. Çünkü Peygamber'den nakledilmiş olmaları hususunun sıhhati her zaman kesintisiz olmayabilir. Bu nedenle itikada taalluk eden konularda sübutu kesin delil (Kur'an'ın hükümleri) ancak kaynak olabilir. Ameli/pratik konularda ise, sübutu zannî deliller kaynak olabilirler.

- Şer'i deliller, delaletleri yönünden de iki kısımdır. Bunların bir kısmının delaletleri kesin, bir kısmının delaletleri zannîdir. Kur'an ayetleri ve Peygamber'in Sünneti bu bakımdan değerlendirilmeye tabi tutulduğunda, her iki kaynağın da hükümleri, uygulanacak ihtilafa çözüm olması bakımından tam tekabül etmeyebilir. Diğer bir anlatımla, söz konusu ihtilafın çözümüne dayanak olacak hükmü tam olarak belirtmemiş olabilirler. Bu durumda delil, delaleti zannî olmuş olur.

• Şer'i deliller, akli selime ters düşmez. Akli selime aykırı ve onunla çelişkili bir hüküm taşıyan sahih bir delil bulunamaz. Çelişki ancak şu durumlarda söz konusu olabilir:

- a) Delilin sahih olmaması halinde,
- b) Delilin, Şâri'in kastedtiği şekilde anlaşılabilmesi halinde,
- c) Aklın bunama gibi bir hastalığa düşürülmesi veya şahsi arzulara kapılması yahut bir takım bozuk görüşlere meyletmesi halinde.⁶

Şer'i Deliller

1- Kitap (Kur'an-ı Kerim)

Kitap ya da Kur'an, Yüce Allah'ın, Hz. Muhammed'e Arapça olarak indirdiği, bize kadar tevatür yoluyla nakledilmiş, mushaflarda yazılı, Fatıha Suresi ile başlayıp Nâs Suresi ile sona ermiş kelâmıdır. Bu, üzerinde ittifak edilen tanıma göre Kitap, Arapça'dır. Gerek manası, gerekse lâfzı Allah katından indirilmiştir. Tevatür yoluyla nakledilmiştir.⁷

Tevatür: Yalan üzerinde birleşmesi aklen mümkün olmayan bir topluluğun, aynı özellikteki bir topluluktan yaptığı rivâyettir. Kur'an, Cebrâil vasıtasıyla Hz. Peygamber'e indirildiği andan itibaren günümüze kadar geçen bütün devirlerde hem yazılı hem de sözlü olarak tevatüren sabit olmuştur. Ashâb, Kur'an'ı Hz. Peygamber'den dinledikleri gibi ezberlemişler, onlardan sonra gelen Tâbiîler de aynı şekilde ezberleyerek sonraki nesillere intikal ettirmişlerdir. Ayrıca Kur'an, Sahabe devrinde mushaflar halinde cem edilmiş, yazılı hale getirilmiştir. Gerek Sahabe gerekse Tabiîn ve daha sonra gelen Tebe-i Tabiîn de yazılı olarak ellerinde bulunan Kur'an'ı ezberlemek suretiyle günümüze kadar intikalini sağlamışlardır. Bugün Kur'an-ı Kerim'i Hz. Peygamber'in tertili üzere okuyan insanlar vardır. Bu netice, Kur'an-ı Kerim'deki, "Doğrusu Kur'an'ı biz indirdik, onun koruyucusu elbette biziz"⁸ ayetinin gerçekleştiğini göstermektedir.

⁶ Zekiyyüddin ŞA'BÂN, "İslâm Hukuk İlminin Esasları" (Usûlü'l Fikh), çev.: İbrahim Kafi DÖNMEZ, 2. Baskı, (İstanbul: Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), s. 47.

⁷ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 165.

⁸ Hicr Suresi, Ayet, 15/9.

Tevatür yoluyla nakil, nakledilenin doğruluğu konusunda kesin bilgi sağlar. Bu sebeple, Kur'an nass'larının sübutu kesindir ve İslâm Hukukunda kesin kaynaktır. Bu konuda Müslümanlar arasında hiçbir ihtilâf yoktur.

Kur'an'ın İlahî Kanun olduğuna dair ayetler de, Kur'an'ın birinci derecede Şer'i Delil olduğunun delilleridir:

"Biz sana Kitab'ı gerçek ile indirdik ki, insanlar arasında Allah'ın sana gösterdiği biçimde hüküm veresin; hainlerin savunucusu olma."⁹

"Sana da kendinden önceki Kitab'ı doğrulayıcı ve onu kollayıp koruyucu olarak bu Kitab'ı gerçekle indirdik. Artık onların aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet ve sana gelen gerçekten ayrılıp onların keyiflerine uyma! Sizden her biriniz için bir Şeriat ve bir yol belirledik. Allah isteseydi, hepinizi bir tek ümmet yapardı, fakat size verdiği (nimet)ler içinde sizi sınamak istedi. Öyleyse hayır işlerine koşun, hepinizin dönüşü Allah'adır. O size ayrılığa düştüğünüz şeyler(in hakikatin)i haber verecektir."¹⁰

"Rabb'inin Sözü hem doğruluk, hem de adalet bakımından tamamlanmıştır. O'nun sözlerini değiştirebilecek hiç kimse yoktur. O işitendir, bilendir."¹¹

"(Ey insanlar), Rabb'inizden size indirilene uyun ve O'ndan başka dostlara uymayın. Ne kadar da az öğüt alıyorsunuz!"¹²

Şer'i delillerin ilki ve diğerlerinin de bağlı olduğu Kur'an; İbadet, Muamelat, Ahkam-ı Şahsiye, Ceza, İdare, İnsanlar Arasındaki İlişkiler, Kamu Hukuku gibi bir çok alanda hükümler vaz eden bir kaynak olması itibariyle, hayatın her alanını kuşatmakta ve düzenlemektedir. Bu bakımdan Kur'an, insanın yaradılışına tamamen uygun olan ve Allah'ın,

⁹ Nisa Suresi, 4/105.

¹⁰ Maide Suresi, 5/48.

¹¹ En'am Suresi, 6/115.

¹² A'raf Suresi, 7/3.

“Yüzünü, tam olarak Allah’ın fıtratı olan dine çevir ki O, insanları bunun üzerine yaratmıştır. Allah’ın yaratışında değişme yoktur. İşte doğru din budur, fakat insanların çoğu bilmez”¹³

İlahî Emri gereği insanların kendisine yönlendirildiği yegâne kaynaktır.

Kur’an’ın sözleri (nass), ihtiva ettiği hükümlere delâlet yönünden iki kısma ayrılır:

- a) Hükme delâleti kesin olan sözler,
- b) Hükme delâleti zannî olan sözler.

Delâleti kesin olan söz, anlaşılan belli bir manaya delâlet edip yorum ihtimali olmaz ve ondan başka bir mana anlaşılmasına da imkan bulunmaz.

Delâleti zannî olan söz ise, bir manayı gösterir, fakat yorumlanmaya, bu manadan çevirip başka bir manayı kastetmeye müsait olur.¹⁴

2- Sünnet

Sünnet, Hz. Peygamber’den nakledilen söz ve fiilleri ile başkalarının söz ve fiillerinin tasdik ve tasvibi de dahil tümünün oluşturduğu nakillere denir. Bu tariftten de anlaşılacağı gibi, Sünnet; Kavli, Fiilî, Takrîrî olmak üzere üç nevidir. Herhangi bir hükmün şer’i delil olarak sünnet vasfını kazanabilmesi için, o hükmün Hz. Peygamber tarafından sözle, hareketle ihdas veya tasvip olunarak şer’ileştirilmiş olması gereklidir.

Sünnetin, İslâm Hukukunun kaynaklarından olduğu ve bunun gereğine göre amel etmenin gerekliliği üzerinde bütün İslâm Hukukçuları ittifak etmektedirler.¹⁵

¹³ Rum Suresi, 30/30.

¹⁴ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 178.

¹⁵ “Sakîf’ten bir adam Hz. Ömer’e gelip, daha önce ziyaret tavafını yapmış olan ve âdet görmeye başlayan kadının temizlenmeden Mekke’yi terk edip edemeyeceğini sordu. Hz. Ömer olumsuz cevap verdi. Sakîf’li adam, ‘Hz. Peygamber ise bana böyle bir kadın hakkında senin verdiğin cevabın aksi yönde fetva vermişti’ deyince, Hz. Ömer kırbacını saklatarak şiddetli tepki gösterdi ve şöyle dedi: ‘Allah

Sünnet'e uymanın gerekliliğine işaret eden Kur'an âyetleri, Sünnetin İslâm Hukukunun kaynağı olduğunun kesin delilleridir:

"Kim Rasül'e itaat ederse, Allah'a itaat etmiş olur"¹⁶

"De ki, Eğer Allah'ı seviyorsanız bana uyun ki Allah da sizi sevsin ve günahlarınızı bağışlasın. Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir"¹⁷

"Peygamber size neyi verdiyse onu alın ve size neyi yasakladıysa ondan sakının. Allah'tan korkun, çünkü Allah'ın azabı çetindir"¹⁸

İslâm Hukukunun kaynağı olması bakımından Sünnet, Kitap'tan sonra ikinci kaynaktır:

"Açık delilleri ve Kitapları, Sana da O Zikr'i indirdik ki, kendilerine indirileni insanlara açıklayasın, ta ki düşünüp öğüt alsınlar."¹⁹

Ayrıca Sahabeden verilen bir çok örnek de Sünnet'in, Kur'an'dan sonra ikinci Şer'i Delil olduğunu ifade etmektedir: Bu örneklerden önemli birisi Muâz Hadisi'dir:

"Hz. Peygamber Muâz'a, 'Sana bir uyuşmazlık getirildiğinde neye göre hüküm vereceksin?' deyince, Muâz, 'Önce Allah'ın Kitabındaki göre hükmederim' cevabını vermiş, Rasülullah, 'Allah'ın Kitabında bulamazsan?' diye sorunca: 'O zaman Allah Rasülünün Sünnetine göre hükmederim' demiştir.²⁰

Sünnet'in, Kur'an'dan sonra gelen ikinci Şer'i Delil olması, sübutunun zannî olmasındandır. Kur'an ayetlerinin mütevatir olarak intikal etmesi ve bizzat Allah'ın O'nu koruyacağını kesin olarak ifade etmesi, Kur'an ayetlerinin, dolayısıyla hükümlerinin kesinlik taşıdığı (sübutu kat'i) delilidir. Sünnet ise, Allah tarafından korunacağına ilişkin hükümle desteklenmemiş ve sadece insanların hafızaları

Rasülün hüküm verdiği mesele hakkında niçin benden fetva istiyorsun?' Bkz.: Zekiyüddin ŞA'BÂN, a.g.e., s. 81.

¹⁶ En-Nisa 4/80.

¹⁷ Âl-i İmran 3/31.

¹⁸ El- Haşr 59/7.

¹⁹ Nahl Suresi, 15/44.

²⁰ Zekiyüddin ŞA'BÂN, a.g.e., s. 95.

na dayanmış olması bakımından kesinlik taşımaz (sübutu zannî), bu nedenledir ki Kur'an'dan sonra ikinci kaynak olarak kabul edilir.

3- İcmâ

İcmâ'nın, azmetmek, bir işi yapmaya kesin kararlı olmak, fikir birliği etmek gibi sözlük anlamlarının yanı sıra, İslâm Hukukundaki anlamı, "Peygamberin vefatından sonra herhangi bir asırda Müslüman Müçtehitlerin bir olay hakkında şer'i bir hüküm üzerinde birleşmeleridir."²¹ İcmâ'nın şer'i delil olup olmadığı konusunda itilaf var ise de, İslâm Aleminin büyük çoğunluğu icmâ'nın şer'i delil olduğunu kabul etmektedir. İhtilâf genellikle, icmâ yapacak kimselerin üzerindedir. Müslümanların büyük çoğunluğu, cumhur-u ulema (alimlerin çoğunluğunun) icmâ'nı delil saymaktadır. İcmâ'nın şer'i delil olduğuna dayanak olarak kabul edilen Âyet-i Kerîme, Nisa Suresinin 115. Ayetidir:

"Kim kendisi için doğru yol belli olduktan sonra Peygamber'e karşı çıkar ve müminlerin yolundan başka bir yola uyarsa onu döndüğü yolda bırakırız ve cehenneme sokarız. Ne kötü bir gidiş yeridir orası".

İcmâ'nın İslâm Hukukunun kaynağı olarak gösterildiği Hadis-i Şerifler de vardır:

"Benim Ümmetim hata üzerinde birleşmez",

"Benim Ümmetim bir sapıklık üzerinde birleşmez",

"Müslümanların iyi gördüğü şey, Allah katında da iyidir."

Bu hadislerin nakli tevatüren gelmiş olmasa da, ifade edilen ortak anlam bakımından mütevatirdir. Buradaki ortak anlam, "Ümmetin toptan hataya düşmeyeceği"dir. İcmâ'nın kaynak olarak kabul edilemeyeceğini savunanlar azınlıktadır. İslâm müçtehitleri, deliller arasında çatışma çıkması halinde icmâ'yı diğerlerinden üstün tutmuşlardır.²²

İcmâ'nın şartlarından biri de, icmâ'nın vaki olduğu devir içinde yaşayan müçtehitlerin tamamının o meselede ittifak etmiş olmaları

²¹ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 191.

²² Zekiyüddin ŞA'BÂN, a.g.e., s. 110.

dır. İcmâ'nın en kuvvetlisi sahabenin icmâ'ıdır. Sahabenin ittifakına muhalefet edilemez. Ancak bir konuda görüş ayrılıkları varsa, o takdirde bu görüşlerden herhangi birisi uygulamaya esas alınır.²³

4- Kıyas

Kıyas, lügatte, bir şeyin başka bir şeyle ölçülmesi anlamındadır. İslâm Hukukunda ise, Kitap, Sünnet ve İcmâ'da hakkında hüküm bulunmayan bir olayı, hükmün nedeninde birleştikleri için, hakkında hüküm bulunan bir olaya hükümde ilhak etmektir. Bir olay hakkında açıkça (nass ile) veya icma ile bir hüküm yoksa ve hakkında açıkça hüküm bulunan bir olayın hükmünün nedeninde birleşmişse, hükmü bilinmeyen olay hükmü bilinene kıyaslanır. Ve aslın hükmü ona verilir. Bu hüküm de şer'i bir hüküm olur. Mükellef bu hükme uyabilir ve onu işleyebilir. İşte bunlara kıyası ispatlayan derler.²⁴ Kıyasın şer'i delil olmadığını iddia eden İslâm Âlimleri olmasına rağmen, çoğunluğun görüşü ve uygulaması kıyasın şer'i delil olduğu şeklindedir.

Kıyasın şer'i delil olduğuna ilişkin en önemli delil olarak, Kur'an âyetlerinde çok sık kullanılan "*Ey akıl sahipleri ibret alın*" şeklindeki hitaplardır. Müminlere yapılan bu hitapta anlatılmak istenen, bir olaya, onun benzeri olan başka bir olayın hükmünü uygulamaktır.

İslâm Hukukunda kıyas, insan aklının fitrî olarak kabul ettiği bir usuldür. Zira insan akli, birbirine benzeyen ve sebepleri de aynı olan konuları birbirine bağlamaya meyillidir. Bu yapılan da Kıyas'tır.

Büyük İslâm Fıkıhçısı İmam Şafiî kıyas hakkında şöyle demektedir:

"Müslümanın karşılaştığı her meselenin zaruri bir hükmü vardır. Eğer bu hüküm açıkça mevcut ise aynen ona uyması, değilse hakikate uygun şekilde içtihat yaparak ona delâleti araması gerekir. İçtihat da kıyas demektir"²⁵

Kıyas'ın şer'i delil olduğuna dair Kur'an ayetleri de vardır:

²³ Hayreddin KARAMAN, "*Mukayeseli İSLÂM HUKUKU*", (İstanbul: 1974, İrfan Yayınevi), s. 76.

²⁴ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 199.

²⁵ Muhammed Ebu ZEHRÂ, a.g.e., s. 189.

“Yeryüzünde dolaşıp kendilerinden öncekilerin akıbetlerinin nasıl olduğuna bakmazlar mı? Allah onları yere batırmıştır. Kafirler için de bu akıbetin benzeri vardır.”²⁶

“Yoksa kötülük işleyenler, ölümlerinde ve hayatlarında kendilerini, iman edip yararlı işler işleyen kimselerle bir mi tutacağımızı sandılar? Ne kötü hüküm veriyorlar.”²⁷

Kıyasın şer’i delil olduğuna ilişkin Hadis-i Şerifler de vardır:

Hiz. Ömer anlatıyor: Bir gün Hiz. Peygambere gidip, “Ya Rasülallah! Bugün büyük bir hata işledim. Oruçlu olduğum halde karımı öptüm” dedim.

Hiz. Peygamber: “Söyle bakalım, oruçlu olduğun halde ağzını su ile çalkalasaydın ne olurdu?” diye sordu.

Ben: “Bunun zararı olmaz” dedim.

Bunun üzerine Rasulullah şöyle buyurdu: “O halde bu üzüntü niye?”²⁸

5- Mesâlih-i Mürsele

İslâm Hukukunun kaynakları ve vardığı sonuçlar insanların yararlarını (maslahatını) ön plana çıkarmıştır. Nitekim Kur’an’da: “Ey insanlar, size Rabbinizden bir öğüt, gönüllere bir şifa ve hidayet, mü’minlere bir rahmet gelmiştir”²⁹ buyurulmaktadır.

İslâm Hukukunda geçerli olabilecek beş ana maslahattan söz edilir. Bunlar:

1. Dini koruma,
2. Canı koruma,
3. Akli koruma,
4. Nesli koruma,
5. Malı korumadır.

²⁶ Muhammed Suresi, 47/10.

²⁷ Casiye Suresi, 45/21.

²⁸ Zekiyyüddîn ŞA’BÂN, a.g.e., s. 131.

²⁹ Yunus Suresi, 10/57.

Mesâlih-i Mürsele, lügatte mutlak yararlılık veya kamu yararı olarak ifade edilmektedir. Mutlak denmesinin manası, dikkate alınması veya lağvedilmesini bildiren bir delile bağlanmamasıdır. İslâm alimleri Mesâlih-i Mürsele'yi, "Şari'nin, gerçekleşmesi için bir hüküm koymamış, şer'i bir delilin de onun geçerli sayılıp sayılmayacağını göstermemiş olduğu nesnedir" şeklinde tarif etmişlerdir.³⁰

Bu tarife göre Mesâlih-i Mürsele (kamu yararı)'nin gerçekleştirmek istediği sonuç, insanlara yararlı olan nesnelere temin etmek, menfaatlerini korumak, zararlarını defetmek ve sıkıntılarını kaldırmaktır.

Tarifi açtığımızda: Kanunkoyucunun hükmünü açıklamadığı, kendisine kıyas edilebilecek bir nassla yahut icmâ ile sabit bir hükmün de bulunmadığı durumlarda, müçtehidin, karşılaştığı bir olayda gördüğü maslahatı, önündeki uyuşmazlıkta delil olarak kullanmasıdır. Tabii ki, esas alınacak maslahat, herhangi bir şer'i delil tarafından geçersiz sayılmamış, varlığı ihtilâfsız yani vehme dayalı olmayan, genel ve makul gibi şartlara haiz olmalıdır.

Mesâlih-i Mürsele'nin şer'i delil olabileceği İslâm Hukukçuları arasında da tartışmalıdır. Ancak, insanlığın yararına olabilecek uygulamalarda genel yararı gözetebilecek olgunlukta hüküm tesis edebilecek hukukçular elinde, hukukun gelişmesine ve uyuşmazlıkların çözülebilmeye katkı sağlayacak bir delil vasfında olabileceği düşünülmektedir.

Mesâlih-i Mürsele'nin şer'i delil olabileceğine ilişkin olarak, Kur'an âyetlerinin toplanması sırasında Hz. Ebubekir ile Hz. Ömer arasındaki konuşma aktarılır:

Hz. Ebubekir: "Rasulullah'ın yapmadığı işi ben nasıl yaparım?"

Hz. Ömer: "Vallahi bunda hayır var. Bu İslâm'ın yararına olacak."³¹

Kitapta ve Sünnette Kur'an'ın Cem'ine ait bir hüküm bulunmasına rağmen, maslahat düşüncesiyle Kur'an âyetleri toplanmış ve günümüze kadar intikal ettirilmiştir.

³⁰ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 231.

³¹ Zekiyüddîn ŞA'BAN, a.g.e., s. 173.

İnsanların maslahatının mutlaka gözetilmesi gerekliliği bir kaide olmasının yanı sıra, uygulanacak maslahatın kesin nass'lara aykırı olamayacağı da açıktır. Hakkında kesin hüküm olan bir konuda, maslahat gözetilemez. İslâm Hukukunun kesin delili ve ana kaynağı olan Kur'an ve O'nun açıklayıcısı Sünnet, insanların maslahatını, insan yaradılışına en uygun şekilde gözeten ve düzenleyen bir hükümler manzumesidir. Dolayısıyla hakkında kesin nass olan bir konuda, maslahatın o nass olduğunda şüphe yoktur. Hakkında kesin nass olmayan konuda ise, insanların maslahatı kesin hükümlere kıyasen gözetilerek hüküm verilebilir.

6- İstihsân

İstihsân, lügatte, bir şeyi iyi saymak anlamındadır.³² İslâm Hukukunda ise, müçtehidin, bir meselede, kendi kanaatinde o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir. Diğer bir deyişle, benzerlere uygulanan hükümden, özel bir delile dayanılarak vazgeçme ve farklı bir hüküm verme halidir.

Burada özel bir delilden maksat, genel kurallar veya nass'lara rağmen, yani bunların aksine, icmâ, zaruret, örf veya maslahat gibi özel delillerdir. Müçtehit, genel kuralın aksine, özel delilin tercih edilmesi gerektiğine kanaat getirirse, benzer meselelere uygulanan genel kuralı terk ederek, özel delili esas alır ve hükmünü verir.

İstihsân, İslâm Hukukçuları arasında tartışmalıdır. İmam Şâfiî, istihsânı şer'i delil olarak kabul etmeyenlerin başında gelir. Risale'sinde "İstihsan ile hüküm çıkaran kimse, namaz kılarken, Şâri'in Kâbe'ye yönelmeyi bildiren delillerinin hiçbirini dikkate almadan beğendiği tarafa Kâbe deyip yönelen kimse gibidir", "İstihsân, zevk almadır" demektedir.³³

İstihsân metodu, başta Şâfiî olmak üzere bir çok âlim tarafından ağır bir şekilde mahkum edilmiş ve bazı kimseler tarafından da yalnız Ebu Hanife'ye nispet edilmiştir. Ancak meseleyi mukayeseli bir

³² *Türk Hukuk Lügati*, Türk Hukuk Kurumu, (Ankara: 1991, Başbakanlık Basımevi).

³³ Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 231.

şekilde incelediğimiz zaman görüyoruz ki istihsânı reddedenlerle kabul edenlerin buna verdikleri mana çok farklıdır; dolayısıyla münakaşa, isim yanılması sebebiyle görünüşün aksine yersiz olmaktadır.³⁴

Ancak İstihsânın delil olarak kabul edilmek istenmemesinin altında yatan neden, şer'i bir delile dayanmaksızın şahsî arzulara ve subjektif mülahazalara göre hüküm verilebileceği endişesidir. Şüphesiz bu anlamda istihsân herkese göre batıldır.³⁵

7- Örf

Örf, lügatte maruf yani bilinen manasındadır ki, insanlarca hüsnü telâkki ve kabul olunan şey demektir. İslâm Hukukçularına göre, aklen veya şer'an müstahsen (güzel) olan ve akl-ı selim nazarında münker olmayan (kabul edilen) manasında kullanılmaktadır.

Örf, genellikle yanlış bir şekilde aynı anlamda kullanılan âdet ve teamülden farklıdır. Batıl ve kötü alışkanlıklara da âdet ve teamül denmektedir. Fakat, maruf'dan kastedilen, daima güzel olan alışkanlıklardır. Hanefi Fakihleri örfü, "aklen veya şer'an müstahsen olan ve akl-ı selim sahibi nazarında münker olmayan şey" olarak tarif ederler. Mâruf, daima müstahsen olan âdetlere itlak olunur. Halbuki âdet ve teamül batıl ve fena alışkanlıklara da denir. Bunun içindir ki, iyi âdet, kötü âdet, iyi teamül, kötü teamül denir, fakat iyi örf, fena örf denmez. Ayrıca örf, kavli ve fiili olduğu halde, âdet ve teamül sadece fiilidir.³⁶

İslâm Hukukçuları arasında örfü, gerek lügat, gerekse kullanım-daki anlamlarından farklı şekilde değerlendiren ve muteber örf, muteber olmayan örf şeklinde ayırım yapanlar da vardır. Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız.³⁷

Örf ve âdet kurallarının rasyonaliteye dayanmadığı şeklinde beliren bazı yeni anlayışlar da örf'ün toplum içerisindeki yerine ve tarihi gerçekliğine ters düşmektedir. Bu anlayışa göre örf, rasyonaliteye dayalı değildir, raslantısal ve isteme bağlıdır, fakat toplum yaşamını

³⁴ Hayreddin KARAMAN, "İslâm Hukukunda İctihad", (Ankara: 1971, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları), s. 137.

³⁵ Zekiyüddin ŞA'BÂN, a.g.e., s. 193.

³⁶ Bkz.: Türk Hukuk Lügati, "Örf" maddesi.

³⁷ Bkz. : Abdulvahhâb HALLÂF, a.g.e., s. 237

kolaylaştırma amacına yöneliktir.³⁸ Tarif içerisinde ifade edilen örf'ün bu unsurları arasında çelişki olduğu açıkça görülmektedir. Zira hem rasyonaliteye dayalı olmayacak ve raslantısal ve isteme bağlı olacak, hem de toplumsal yaşamı kolaylaştırma amacına yönelik olacak. Toplumsal yaşamı kolaylaştırma düşüncesi ve fiili her şeyden önce toplumun bugünkü haline ve istikbaline yönelik pratik bir akli ifade etmektedir. Dolayısıyla rasyonaliteden uzak olamamaktadır. O halde örf'ün, kötü alışkanlıklardan ayrılması gerektiği açıkça ortaya çıkmakta ve geçmişten bu yana örf'e, "mâruf" anlamında daima iyi olan âdetleri has kılma düşüncesi önem kazanmaktadır.

Örfün İslâm Hukukunda şer'i delil olup olamayacağı yönündeki tartışmalarda, örfün âdet ve teamüllerle karıştırılması etken olmaktadır. Örfü yukarıdaki şekilde tarif ederek, uygulamalarında da örf ile âdet ve teamül arasındaki farklar dikkate alındığında örfün kaynak değeri olduğu tartışmasızdır.

Örfün kaynak olarak kullanılabilmesi için, öncelikle esas alınan örfün yaşanılan belde ve toplum içerisinde farklı uygulamalar halinde olmaması, uyuşmazlığın taraflarının iradelerine aykırı olmaması, kesin bir şer'i delile (Kur'an ve Sünnete) de aykırı olmaması gereklidir. Aksi halde örf delil olarak uygulanmaz.

Örfün şer'i delil olarak uygulanabilmesi için, hükmü verecek makamın mutlaka örfü bilmesi gereklidir.

Örf konusunda İslâm Hukukçusu İbn-Âbidin'in şu sözleri önemlidir:

"Hâkim, hadiselerin külli hükümlerini, bizzat olayı ve insanların hallerini bilmelidir ki, bu sayede doğru ve eğriyi birbirinden ayırt etsin; sonra birini ötekine mukayese yapsın; olay için gereken hükmü versin ve bu gerçeğe aykırı düşmesin. Örf ile fetva veren müftî de zamanı ve çağındaki insanların hallerini, bu örfün âmm, hass ve nass'a aykırı olup olmama cihetlerini bilmelidir. Ayrıca iyi bir hocanın elinde yetişmiş olmalı, bir kısım mesele ve delilleri bilmekle yetinmemelidir."³⁹

³⁸ Yasemin IŞIKTAÇ, "Örf ve Âdet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayırd Edici Özellikler", (İst: 1992, Argumentum Dergisi), s. 27.

³⁹ Muhammed Ebu ZEHRA, a.g.e., s. 238.

Mecelle'nin 36. Maddesinde örf anlamında kullanılan Âdet'in hakem kılındığına ilişkin madde, örfün konumunu anlatmak için önemli bir örnektir: "Âdet muhakkemdir" kuralının açıklaması bizzat metnin devamındadır: "Yani şer'i hükmü ispat için örf ve âdet hakem kılınır. Gerek genel olsun, gerek özel olsun."Örneğin hasım taraflar arasında yazılı delil bulunmadığında örf kimin lehine ise, onun sözü geçerlidir. Karı koca önce ve sonraki mehirde anlaşamamışlarsa örf hakemlik eder. Yine Mecelle'nin 43. ve 45. Maddelerinde "Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir", "Örf ile tayin nass ile tayin gibidir" hükümleri örfün anlamını ve işlevini belirtmek açısından önemli kurallardır.

8- Sedd-i Zerâyi

Zerâyi, zerâ'nın çoğuludur. Zerâ, iyi olsun kötü olsun başka bir şeye ulaştırın vasıta (vesile) demektir. İslâm Hukukunda zerâ, şer'an yasaklanmış sonuca götüren vasıtayı ifade etmek için kullanılır. Zerâ'nın seddi (kapatılması) ise, bu tür yolların yasaklanması demektir. Buna göre sedd-i zerâyi, mefsedete (kötülüğe) götüren vasıtaların yasaklanmasını ifade eder.⁴⁰

Kötülüğe (mefsedete) götüren fiiller iki kısımdır. Birincisi, yasak olduğu hususunda üzerinde ihtilâf olmayan fiillerdir. Bir çok kötülüğe yol açan içki içme fiili bunun en tipik örneğidir. İkincisi, şer'an caiz veya meşru olmakla birlikte, şer'an yasak olan bir duruma aracılık eden fiillerdir. Haram işlemek için dolambaçlı yol ve kılıf olarak kullanılan fiiller. Örneğin, caiz olmakla birlikte, şarap satıcısına üzüm satmak, kargaşa dönemlerinde silah satışı yapmak, kumar ve fuhuş gibi haram fiillerin işlenmesinde kullanılacak işletmelere gayrimenkul kiralamak, kişinin ölümcül hastalığı sırasında karısını bâin (evlilik bağı keskin olarak sona erdiren) talakla boşaması, bir malı belirli bir vade ile satıp daha sonra bedelini almadan sattığı kimseden o malı peşin fiyata daha düşük bir bedelle satın almak gibi... Dikkat edilirse burada, şer'an caiz olan tasarrufların, meşru olmayan amaçlarda kullanılması ve bu nedenle de yasaklanması söz konusudur.

Sedd-i zerâyi'nin şer'i hükümlerde kaynak olabileceği tartışmasızdır. Ancak uygulanış şartları ve şekli tartışmalıdır.

⁴⁰ Zekiyüddin ŞA'BÂN, a.g.e., s. 202.

Sedd-i zerâyinin İslâm Hukukunda kaynak kabul edildiğine dayanak olarak En'am Suresinin 108. Âyeti ile Nur Suresinin 31. Âyeti gösterilir:

“Allah'tan başkasına tapanlara (ve taptıklarına) sövmeyin; onlar da taşkınlık ederek ve ne söylediklerini bilmeden Allah'a söverler”⁴¹

“Gizlemekte oldukları ziynetleri anlaşılın diye ayaklarını yere vurmasınlar (dikkatleri üzerlerine çekecek şekilde yürümesinler)”⁴²

Burada da büyük bir kötülüğün doğmasına sebebiyet vereceği bilinmesi halinde esasen caiz olan bir fiilin yasaklandığı görülmektedir.

Sedd-i zerâyi için Sünnetten gösterilen bir kaynak da, alacaklının borçludan hediye almasının yasaklanmasıdır. Zira bu şer'an yasaklanmış olan riba'ya götüren bir yol olabilir.⁴³

9- Sahabî Kavli (Sahabe Yolu)

Hz. Peygambere yetişmiş, ona iman etmiş ve örfen 'arkadaş' diye anılabilecek ölçüde uzun süre onunla birlikte bulunmuş kişiler olarak vasıflandırılan Sahabî'nin, Müslümanlar arasındaki ihtilâfların çözümünde verdikleri hükümlere Sahabî Kavli denilmektedir. Şer'i delil olup olmayacağı yönünde tartışmalar olmakla birlikte, Sahabî Kavli'nin bağlayıcı bir delil sayılması mümkün değildir. İsteyen delil olarak alabileceği gibi, farklı içtihatların yapılabilmesi de mümkündür. Sahabî kavlinin delil olabileceğine dair Kitap ve Sünnette herhangi bir delil yoktur. Gerek Sahabî gerekse Tabiin Müçtehitleri kendilerini Sahabî kavli ile kayıtlamamışlardır.⁴⁴

10- İstishâb

İstishâb, geçmişte sabit olan bir durumun –değiştigiğine dair bir hüküm bulunmadıkça– halihazırda varlığını koruduğuna hükmet-

⁴¹ En'am, 6/108.

⁴² Nur, 24/31.

⁴³ Zekiyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 206.

⁴⁴ Zekiyüddîn ŞA'BÂN, a.g.e., s. 215.

mektir. Daha önce varlığı bilinen bir durumun devam edip etmediğinde tereddüt var ise, istishâb yoluyla varlığını koruduğuna hükmedilir. Eğer daha önce var olmadığı bilinen bir durumun daha sonra meydana gelip gelmediği hususunda tereddüt var ise –önceki yokluğundan ötürü– bu durumun halen mevcut olmadığına hükmedilir. Örneğin:

Bir kimse, ayıpsız olması şartı ile bir şeyi satın alsa, sonra ayıp bulunduğu iddiası ile onu geri vermek istediğinde, satış sırasında ayıbın bulunup bulunmadığı hususunda satıcı ile ihtilâfa düşse, satıcıdan sözünün doğruluğuna dair delil getirmesi istenemez. Çünkü asıl olan malın ayıpsız olmasıdır. Yani bir delil gösterilmedikçe bu durumun devam ettiğine hükmedilir. O yüzden, iddiasını ispat etmek alıcıya düşer.

Dikkat edilirse, istishâb yeni bir hüküm ortaya koymamakta, aksine daha önceden var olan bir hükmün varlığını koruduğunun kabulüne istishâb denmektedir. Bu hüküm, “aslolan mübahlıktır (ibâha-i asliye)” veya “beraet-i zimmet (zimmetten berî olma/bir şeyi, bir hakkı haksız yere bulundurmama) asıldır”kuralına veya “şer’an kabul edilen sebebin varlığı”na dayanmaktadır. O yüzden bilginler şöyle demişlerdir: İstishâb, olanı olduğu gibi bırakma hususunda hüccettir. Olmayanı var kabul etmek hüccet değildir.⁴⁵

İstishâb, ceza hukuku düzenlemelerinde sık kullanılan bir esastır. Çünkü, yasaklandığına dair bir hüküm bulunmayan işler mübah olarak kalırlar. Kendisine isnat edilen suç sabit oluncaya veya bir fiilin cezayı gerektirdiğine dair kanun çıkıncaya kadar sanık suçsuzdur.

Yine, Borçlar Kanununun bir çok hükmü istishâb esasına dayanır. Bilhassa akidler konusunda asıl olan mübahlıktır. Aksi sabit oluncaya kadar, akitlerin serbest irade ile yapılmış olduğu esastır.

⁴⁵ Zekiyyüddin ŞA'BÂN, a.g.e., s. 220.

İSLAM HUKUKUNDA AKİTLERE İLİŞKİN ÖZEL HUKUK ESASLARI

“İslâm Hukukunda Tahkim”e geçmeden önce, Tahkim’in uygulama alanı olan Özel Hukuk’ta, İslam Hukuku açısından bazı ana esasları belirtmekte yarar bulunmaktadır.

İslâm Hukuku, Borçlar ve Akidler konusunda, günümüzde yürürlükte olan hukuktaki esasların pek de dışında olmayan bazı hükümler vazetmektedir.

Akitler bakımından:

– Bütün akitler tarafların serbest iradesine dayanır. Serbest iradenin hiçbir şekil ve merasime tabi olmaksızın tarafların bir araya gelerek ve karşılıklı rıza ile gerçekleşmesi esastır.

– Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmamak üzere her türlü akit serbesttir. “Haramı helal veya helali haram kılan bir şart olmadıkça mü’minler şartlarına bağlıdırlar.”⁴⁶

– Âkid tarafların akitlerine bağlılıkları şarttır. “Ey inananlar, (yaptığınız) akitleri yerine getirin...”⁴⁷

– Akitler, sadece akdi yapanları bağlar.⁴⁸

– Akitlerin yapılışında hüsnüniyet şarttır. Bu şart, akde karışan hile, aldatma, yanılma, iğfal veya cebir karşısında, taraflara akdi tek taraflı fesih hakkı tanımaktadır.

– Akitlerde ihtilâf vukuunda, İslâm Hukukunun aslî kaynakları yanında tali kaynak olan örf esas alınır.⁴⁹

– Başkasına zarar veren her fiil, onu yapan veya sebep olanın sorumluluğunu gerekli kılar. Bu sorumluluk, zararın tazminini gerek-

⁴⁶ Tirmizi Tercemesi, (İst: Yunus Emre Yayınevi), Cilt.2, Bab: 17 (El-Ahkam), s. 455.

⁴⁷ Maide Suresi, 4/1.

⁴⁸ Yürürlükteki kanunlarda, mirasın reddi söz konusu olduğundan, varisler, mirasın borçlarından, mirası reddetmedikleri takdirde şahsi malları da dahil sorumludurlar. İslâm Hukukunda mirasın reddi müessesesi olmadığı gibi, varislerin de mirasın borçlarından dolayı şahsi malları ile sorumlulukları yoktur.

⁴⁹ Örfün kaynak alınması hususunda, yukarıda ‘örf’ ile ilgili değerlendirmemiz esas alınmıştır.

tirdiği gibi, kastın ispatı halinde failin cezalandırılmasını da zorunlu kılar. Bu husus, “Ne doğrudan, ne de karşılık olarak zarar vardır” prensibi ile ifade edilir.

– Bütün borçlar ve haksız fiiller yargı ile teminat altına alınmıştır. Haksız fiillerde, hukukun tanıdığı hafifletici sebepler müstesna, failin kimliği, şahsiyeti önemli değildir.⁵⁰

⁵⁰ İslâm Hukukunun Prensipleri konusunda bkz.: Hayreddin KARAMAN, “Yeni Gelişmeler Karşısında İSLÂM HUKUKU”, 3. Baskı, (İstanbul: 1992, Nesil Yayınları).

İSLÂM HUKUKU KAYNAKLARINDA TAHKİM

Kur'an-ı Kerîm'de Tahkim

İslâm Dini ve İslâm Hukuku, temel esaslarını Kur'an-ı Kerîm'den aldığı içindir ki, insanlar arasındaki ihtilâfların hallinde önemli bir özel hukuk usulü olan Tahkim Usulü de, insanları yaratan ve onların fıtratlarını en iyi bilen Allah'ın Kitabı Kur'an-ı Kerîm'den alınmıştır. Aşağıdaki Kur'an-ı Kerîm âyeti İslâm Hukukçularınca "İhtiyarî Tahkim" kurumuna dayanak yapılan âyettir:

"Eğer (karı-kocanın) aralarının açılmasından endişe duyarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar uzlaştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Çünkü Allah, (her şeyi) bilendir, haber alandır."⁵¹

Bu âyet evli çiftler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyarî tahkim yolunu göstermektedir. İhtiyarîliği öngörmesi bakımından emir veya tavsiye olarak kabul edilebilir.

Kur'an-ı Kerîm'de Nisa Suresinin 35. âyetinin dışında, Hz. Muhammed'in hakem tayin edilmesi gerektiğine veya gerekebileceğine dair âyetler de vardır ki, bu âyetler 'İhtiyarî Tahkim'e konu olmakla birlikte sınırlı bir İhtiyarî Tahkim'i vaz etmektedir. Örneğin:

"Onlar eğer sana gelirlere aralarında hükmet veya onları geri çevir, geri çevirirsen sana fenalık yapamazlar, eğer onların aralarında hüküm verirsen adaletle hüküm ver. Allah adil olanları sever. Tevrat onların yanında bulunduğu ve Allah'ın hükmünü muhtevi olduğu halde, onlar ne yüzle seni hakem tayin ediyorlar da sonra bundan yüz çeviriyorlar, zira onlar mü'min değillerdir."⁵²

Bu âyetlerde Hz. Peygamberin, Müslüman olmayanlar tarafından hakem tayin edilmesi halinde hakemliği kabul edip etmemekte serbest olduğu belirtilmektedir. Zira, hâkimlik, önüne gelen davaya bakmakta mecbûriliği ifade ederken, hakemlik ise bunu gerektirmez. Hakem önüne gelen davaya bakıp bakmamakta serbesttir. Maide Suresinin bu iki ayetinde Kur'an, Hz. Peygamberin, Yahudilerin ken-

⁵¹ Nisa Suresi, 4/35.

⁵² Maide Suresi, 5/42,43.

di aralarındaki ihtilâfı çözmek üzere hakem tayin edildiğinde, isterse davaya bakmayabileceği hükmünü getirmektedir.

Maide Suresinin 42. ve 43. Âyetleri Müslümanlar arasındaki ihtiyarî tahkimin delili değil, gayrimüslimler arasındaki ihtiyarî tahkimin delilidir. Zira Hz. Peygamberin Müslümanlar arasında şer'î kaza (yargı) yetkisi zaten vardır. Gayrimüslimler için Peygamber'in şer'î kaza yetkisi(bizzat kamuyu ilgilendirmeyen hususlar dışında), onların tercihlerine bağlıdır. Bu bakımdan Maide Suresinin 42. ve 43. Âyetleri kayıtlı bir tahkimin delilidir. Zira burada sadece Peygamber'e hitap vardır.

Kesin delil olma bakımından İhtiyarî Tahkim'e konu olabilecek yegane Âyet-i Kerime yukarıda zikrettiğimiz Nisa Suresi'nin 35. Âyetidir. Nisa Suresi'nin 35. Âyetinde hâkimlik yetkisi bulunmayanların karı-koca arasındaki ihtilâflarda hakem tayin edilebileceğini amirdir. İşte teferruata ait hükümleri icmâ, sünnet, kıyas, icmâ ve içtihad ile tesis edilmiş olan tahkim müessesesi İslâm Şeriatına Kur'an'ın bu Âyeti ile dahil olmuştur.⁵³

Sünnet'te Tahkim

Tahkimin Sünnet ile teyit edilmiş olduğu İslâm Hukukçuları tarafından kabul edilmektedir. Nitekim Sahabeden Ebu Şureyh, Hz. Muhammed'e gelerek: "Kavmimden bazıları, aralarındaki davalarda benim hükmüme razı oluyorlar, ben de hüküm veriyorum, meşru mudur?" diye sormuş, Hz. Peygamber de, "maahsen-ü haza/ne güzel şey" demiştir (Tahtavi). Yine Buharî'de, adalete uygun karar vermeyen hakemin Allah'ın gazabına uğrayacağı hakkında bir hadis zikrediliyor. Peygamber Beni Kurayza'ya, Muaz İbni Cebel'i hakem tayin etmesini tavsiye etmiştir. Bütün bu rivâyetler Tahkimin, Sünnet ile kabul ve teyit olunduğunu göstermektedir.⁵⁴

İcmâ'da Tahkim

İslâm Hukukçularının bir delil üzerinde akıl ve muhakeme yoluyla ittifak etmeleri kafi değildir. Bu delililerini mutlaka şer'î bir

⁵³ Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 65.

⁵⁴ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 65.

delile yani Kur'an'a veya Sünnet'e dayandırmaları gereklidir. Bu şekilde Kur'an'a ve Sünnet'e dayanan içtihatların, icmâ'nın vaki olduğu devir içinde yaşayan müçtehitlerin tamamınca kabul edildiği durumlarda, o mesele veya hüküm hakkında icmâ'nın varlığı kabul edilir.

Sahabe Döneminde Osman İbn-i Affan ile Talha Bin Abdullah arasındaki bir ihtilâfta, Cübeyir Bin Mutam'ın hakem seçilmesi tahkimin Sahabe Döneminde de tasvip gördüğüne ve uygulandığına delâlet etmektedir.

İslâm Tarihinde Tahkim

Tahkim müessesesinin Şer'i olduğu, yani Şeriat'a uygun bulunduğu hususunda İslâm Âlimleri arasında ihtilâf yoktur. İslâm tarihinde Tahkim müessesesinin çalıştırıldığına dair birçok örnek de vardır:

Halife Ali ile Muaviye arasındaki ihtilâfta, Muaviye'nin, Nisa Suresinin 35. Âyeti uyarınca; iki tarafın birer hakem tayin ederek, hakemlerin ihtilâfı hükme bağlaması teklifinin Hz. Ali tarafından kabul edilmesi ve Ali'nin Ebu Musa El Eş'ari'yi, Muaviye'nin de Amr İbn'ül As'ı hakem tayin etmesi İslâm Hukukçularınca tahkime önemli bir dayanak sayılmaktadır. Taberi'nin rivâyet ettiğine göre, taraflar arasında "TAHKİMNAME" yapılmıştır.⁵⁵ Bu "Tahkimname" de özetle:

"Bismillahirrahmanirrahim. Bu vesika, Ali b. Ebî Talib ile Muaviye b. Ebî Süfyan arasında bir kararnamedir. Ali, Irak Halkı ve müttetikleri için; Muaviye, Şam Halkı ve müttetikleri için Allah'ın hükmü ve Kitabına razı olarak Allah'ın Kitabının ihya ettiğini ihya ve imha ettiğini imha etmek ve aralarında sadece Allah'ın Kitabını hakem kılmak üzere taahhüt etmişlerdir. Hakemler —ki bunlar, Ebu Musa El-Eş'ari ile Amr b.As'dır— Kur'an'ı Kerim'de buldukları ahkâm ile hüküm verecekler, Kur'an'ı Kerim'de bulamadıkları takdirde Resulullah'ın birleştirici olan sünnetine başvuracaklar ve onunla hükmedeceklerdir."

yazılıdır.⁵⁶

⁵⁵ H. İbrahim HASAN, *İslâm Tarihi*, 2. Baskı, (İst: 1987, Kayıhan Yayınları), Cilt. 2, s. 46.

⁵⁶ H. İbrahim HASAN, a.g.e., Cilt. 2, s. 46.

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN HÜKÜMLERİ

Kavramlar

İslâm Hukuku Tahkimi, genel yargıya tabi bir kurum olarak kabul eder. Genel yargı yetkisinin Halife veya Hükümdar tarafından verilmiş olması nedeniyle hâkimlik yetkisinin umumî, hakemlerin taraflarca tayin edilmesi nedeniyle hakemlik yetkisinin hususî olması, Tahkimin, genel yargının bir parçası olarak görülmesinin dayanağı kabul edilmiştir.

İslâm Hukukunda Tahkim: “İki hasmın aralarındaki ihtilâf hakkında karar vermek üzere bir veya birden fazla kimsenin yetkili kılınması”;

Tahkim Akdi: “İki hasmın, aralarında çıkan ihtilâf hakkında karar vermek üzere bir veya birden fazla kimseyi karar vermeye yetkili kıldıkları anlaşma metni” olarak tarif edilmiştir. Tahkim akdinde taraflar bir veya birer hakem tayin ederler. Taraflar ile hakem arasında da Tahkim Akdi yapılır ki, bu akit, hakem kararlarına uyacakları konusunda tarafların kendilerini bağlamalarıdır.

Taraflar ile hakem arasında yapılan akdin hukukî mahiyeti ve vasfı, Fâkihler arasında ihtilâf konusu olmuştur.

İmam Ebu Yusuf’a göre tahkim, dış görünüşü itibariyle tarafların hakemlere velâyet vermesi gibi görünse de, hakikatte husumete son verme ve ihtilâfı çözmeyi amaçladığından, tahkim akdinin, sulh mahiyetinde olduğuna, ancak henüz doğmamış ve ileride doğabilecek bir ihtilâf hakkında sulh akdine cevaz verilemeyeceğine ve dolayısıyla tahkimin mümkün olamayacağına, tahkimin ihtilâf doğduktan sonra mümkün olabileceğine hükmeder.

İmam Muhammed’e göre, Tahkim Akdi bir velâyettir. Taraflar hakeme, yargıya velâyet, yani bir nevi vekalet vermektedirler. Dolayısıyla doğacak ihtilâflar için tahkim akdine cevaz vermektedir.⁵⁷

⁵⁷ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 68.

Tahkimin Konusu

İslâm Hukukunda Allah'a ait haklar tahkime konu olamaz. Çünkü bu haklar üzerinde kulların tasarrufu söz konusu değildir. Bu haklar ile ilgili davalar Halife veya Halifenin yetki verdiği hâkim (kadı)lar tarafından hükme bağlanabilir. Modern hukuk tabiriyle kamu düzenini ilgilendiren, diğer bir deyişle mutlak olarak genel yargının sahasına giren ihtilâflarda Tahkim ve Tahkim Akdi muteber değildir.

Kısaca; kısas, hırsızlık, zina iftira, amme aleyhine cürümler gibi had cezasını gerektiren hususlarda Tahkim mümkün değildir. Tahkim ile ilgili bu belirleme, modern hukukta da benzerdir.⁵⁸

⁵⁸ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 69.

İSLÂM HUKUKUNDA HAKEMLER

Hakemlerin Özellikleri

Ehliyet: İslâm Hukukunda hakemliğe ehliyet şartları, hâkimliğe ehliyet şartları ile aynıdır. Hâkimliğe ehliyet asgarî, şahitliğe ehliyet için aranan şartlar aranır.

Ebu Yusuf'a göre, namuslu kadınlara iftira etmekten hüküm giymiş olanlar, mükellef olmayanlar, fasıklar, yabancı topraklarda bulunan Müslüman tacirler, zimmiler (Müslüman olmayanlar), kadınlar, köleler hakem olamazlar.

İmam Muhammed, fasıkın şehadete ehil olduğunu kabul ettiğinden hakemliğe de ehil olduğunu içtihat eder.

Bazı İslâm Hukukçuları, kadının, fasıkın, müfterinin, zimminin hakemliğe ehil olmamakla birlikte, karar verilinceye kadar herhangi bir itiraz olmaması halinde, kararlarının geçerli olacağını içtihat etmektedirler.

Bir kısım Fakihler de, zımmi'nin ve kadının hakemliğe ehil olduğunu kabul ederler.

Genel olarak Hakemlikte aranan şartlar: Hür olmak, Müslüman olmak, erkek olmak, fâkih olmaktır. Ancak bu şartların tamamı da tartışmalıdır.

Kadının hakemlik ehliyetinin münakaşalı olmasının sebebi, şahitliğe ehliyetinin bazı sınırlamalara tabi tutulmuş olmasındandır.

Zimminin, zimmiler arasında hakem olabileceği kabul edilmektedir. Hakemlikte fâkihlik şartı aramayanlarca, cahil, hâkim olabileceği gibi, hakem de olabilir.

Tayin ve Azil: Hakemler karar vermeden önce taraflarca azledilebilirler. Çünkü, hakemlik yetkisini veren taraf bu yetkiyi geri almakta serbesttir. Bu nedenle İslam hukukunda hakemlerin reddi müessesesi yoktur. Hakemler, karardan sonra azledilemezler. Hakemin, hâkim tarafından tayin edilmesi halinde tarafların hakemi azletme yetkisi yoktur. Zira hakem bu halde, hâkimin vekilidir.

Hakemlerin, ana, baba, evlat ve karı gibi muayyen derecelere kadar olan hısımları lehine verecekleri kararlar geçerli değildir. Aleyhlerine olanlar ise geçerlidir.

Hâkimler, geçerli olmayan kararları tasdik etmekten men edilmişlerdir.

Görevi Kabul ve İstifa: Hakemler, her zaman hakemlikten istifa edebilirler. Hakemliğe ve hakemliği ifaya zorlanamazlar. Hakemlerin hakemliği kabul edip etmemekte ve istifa edip etmemekteki serbestisi Kur'an'a dayanmaktadır. Nitekim Maide Suresi'nin 42. Âyetinde açıklandığı gibi, hakemliği kabulde hakemin ihtiyarı söz konusudur.

"Yalana kulak verirler, haram yerler. Sana gelirlerse, ister aralarında hüküm ver, ister onlardan yüz çevir; eğer onlardan yüz çevirirsen, sana hiçbir zarar veremezler. Ve eğer hüküm verirsen, aralarında adaletle hüküm ver. Çünkü Allah, adalet yapanları sever."⁵⁹

Ücret ve Hediye: Hakemlerin hakemlikleri sırasında hediye kabul edemeyecekleri bilinmekle birlikte, ücret alıp alamayacakları hususunda İslâm Hukuku kaynaklarında herhangi bir bilgi yoktur.⁶⁰ Hakemliğin ihtiyarî oluşu, ücret almalarında herhangi bir sakınca olmayacağına delâlet eder kanaatindeyiz. Zira, herhangi bir görevin ifasında, imamlık dışında, ücret alınmayacağına dair bir hüküm ve uygulamaya rastlamadık.

Hakem Kararları

Hakemler, ele aldıkları konu hakkında üçüncü kişilerle istişare edebilirler.

Hakem müzakereleri hakemlerin hepsinin katılımı ile yapılır ve kararlar oybirliği ile alınır. Hakemlerin tahkim akdi ile şahsen belli olması esas kaide olduğundan, hakem kararlarının kimlerin oyuna dayandığı taraflarca başlangıçta belli olması gerekir. Oy birliği ile karar verilmemesi halinde, çoğunluk kararının kimlerin oyundan teşekkül ettiği taraflarca meçhul kalacağından bu hal, hakemlerin başlangıçta malum olması kaidesine aykırılık teşkil eder. Onun için

⁵⁹ Maide Suresi, 5/42.

⁶⁰ Rasih YEĞENÇİL, a.g.e., s. 71.

taraflar, hakemlerin çoğunlukla karar verebileceklerini kararlaştırmış olsalar dahi, hakem kararı hükümsüzdür.⁶¹

Hakem kararlarının şeriat esaslarına uygun olması ve dört mezhepten birine dayandırılması gerekliliği ifade edilse de⁶², bu husus tarafların ve hakemlerin inanışlarına göre değişebilir. Zira İslâm Hukukunu dört mezheple sınırlandırmanın doğru olmadığını düşünüyoruz.

Hakem kararları sadece tarafları bağlar. Ebu Hanife ve Hambelîlere göre taraflar, hakemin kararına uymak zorundadırlar. Hüküm verilmesinden önce tarafların tahkimden dönme hakları vardır. Malikîlere göre, hüküm verilmeye kadar tarafların rızalarının devam etmesi gerekli değildir. Hükümden önce her iki taraf da tahkimden dönebilir ve hakemin hükmüne razı olmayabilirler. Taraflardan birinin tahkimden dönmek istemesi hususunda ihtilâf vardır.⁶³

Ortaklardan biri ile üçüncü şahıs arasında yapılan Tahkim'de verilen hakem kararı diğer ortağı da bağlar.

Hakemlerin Tahkim akdinde yetkileri yoksa, başkalarını hakem tayin edemezler.

Hakem kararı ancak hadler ve kısas dışında bir konuya taalluk edebilir. Zira hadler ve kısasa ilişkin davalara ve bu davalar sonucu verilen kararların yerine getirilmesine sadece İmam (İslâm Devleti Başkanı) veya O'nun tayin ettiği görevliler yetkilidir. Buna göre mali meseleler, evlilik gibi konular tahkime konu olabilir.

Boşanma konusunda hakemlerin karar verip veremeyeceği ihtilâflıdır. İmam Mâlik hakemlerin boşanmaya karar verebileceklerini içtihat etmiştir. Diğer mezhepler ise bu yetkiyi hakemlere tanıtmamaktadır. Katade, Zeyd İbni Eslem, İbni Hambel, Ebu Sevr ve Dâvud gibi âlimler, hakemlerin, ancak birleştirmeye karar verebileceklerini, ayırma yetkisine sahip olmadıklarını söylemişlerdir. Bu görüş âyetin ruhuna daha uygun düşmektedir. Çünkü âyette, arabulmak için hakem gönderilmesi emredilmektedir. O halde hakemlerin görevi, aray

⁶¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 71.

⁶² Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 71.

⁶³ Vehbe ZUHAYLÎ, "İslâm Fıkhı Ansiklopedisi", (İst: 1994, Risale Basın Yayın), s. 475.

büsbütün bozup karı kocayı ayırmak değil, aralarını bulup onları birleştirmektir.⁶⁴

“Eğer (karı-kocanın) aralarının açılmasından endişe duyarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar, uzlaştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Çünkü Allah, (her şeyi) bilendir, haber alandır.”⁶⁵

Hakem kararları Şeriat esaslarına ve kararı tasdik edecek hâkimin mezhebi görüşüne uymak zorundadır. Ayrıca sübut delillerine de uymak zorundadır. Aksi halde hakem kararını tasdike yetkili hâkim, kararı bozabilir.

⁶⁴ Süleyman ATEŞ, *Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri*, (İst: 1988, Yeni Ufuklar Neşriyat), Cilt. 2, s. 278, Ebu'l A'la MEVDÛDÎ, *Tefhimu'l Kur'an*, (İst: 1986, İnsan Yayınları), Cilt. 2, s. 318.

⁶⁵ Nisa Suresi, 4/35.

İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİMİN GELİŞMEME NEDENLERİ

İslâm Hukukunda Tahkim'in gelişmemesi ve uygulama alanının daraltılması nedenleri olarak:

- Fıkıh kitaplarında tahkim konusunun genişletilmesini sağlayacak fetvaların verilmemesinin tavsiye edilmesi,
- Hakem kararlarının, bu kararları tasdik edecek hâkimin mezhebine de uygun olması zorunluluğu,
- Kadıya rağbetin azalacağı endişesi,
- İslâm Hukukunun nassa ve nakle dayanması sebebiyle Şeriat hükümlerinin öğreniminin zor olması,
- Hakem kararlarının Şeriat esaslarına uygun olmak zaruretinin dolayı hakemliğin güç bir vazife olması, gösterilmektedir.⁶⁶

Son iki nedenin gerçekçi olmadığı kanaatindeyiz. Tüm hukuk sistemleri, yazılı ve teamüli hukuka dayanmaktadır. Önündeki davayı yargılayacak hâkim veya hakemin yazılı veya teamüli hukuku bilmesi ve buna uygun karar vermesi her hukuk sisteminde değişmez esastır. Bu hukuk sisteminin İslâm veya bir başka inanç sistemi olması neticeyi değiştirmez. Kaldı ki, günümüzde hâkimlerin veya hakemlerin önüne getirilen davalarda çoğu kez uluslararası hukuku veya tarafların tabi olduğu hukuk kurallarını bilmek ve uygulamak zorunluluğu bulunmaktadır.

Şeriat esaslarına uygun olmak zaruretindeki zorluk, tüm hukuk sistemlerindeki yargılamalar için geçerlidir. İslâm hukuk sistemi, İslâm inanç esaslarından kaynaklanan hükümlerin uygulandığı hukuk sistemini ifade ettiği gibi; diğer hukuk sistemlerinin de, kendi kaynağını oluşturan inanç kurallarının bir manzumesi olduğu dikkate alındığında, tüm hukuk sistemlerinde hâkimler ve hakemler için aynı zorluk söz konusudur. Bu nedenle son iki nedenin tahkimin gelişmesine engel olduğu görüşüne katılmıyoruz.

⁶⁶ Rasih YEĞENİL, a.g.e., s. 72.

Esasında yukarıda sayılan sebeplere, İslâm toplumlarının yönetildiği ülkelerdeki devletçi anlayışı da ilave etmek gerekir. Zira her türlü boşluğun devlet yargısı tarafından doldurulması gerekliliği, adaletin tevziinin devletin en önemli görevi olduğu, ayrıca Hükümdarın da bu tevzide vazife aldığı kabulü, devletçi anlayışın ege men olduğu yapılarda yaygındır. Bu nedenin, kaynağını bizzat Kur'an-ı Kerim'den alan ve Sünnet'te de uygulamasını gördüğümüz bir özel hukuk yargılama usulü olarak Tahkim kurumunun gelişemesinde önemli rol oynadığına inanıyoruz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

OSMANLI'DA TAHKİM

TANZİMAT ÖNCESİ
TANZİMAT SONRASI
MECELLE'DE TAHKİM
MECELLE'DEN SONRA TAHKİM
TÜRK HUKUKUNUN RESEPSİYON SÜRECİ

OSMANLI'DA TAHKİM

TANZİMAT ÖNCESİNDE TAHKİM

Tanzimat'tan önceki kanunî düzenlemeler genellikle, devletin hükümranlığına ait konularda, askerlik, maliye, idarî teşkilat, ceza ve protokole ait hükümleri içermektedir. Osmanlı Sultanlarından Fatih Sultan Mehmet ile Kanunî Sultan Süleyman tarafından yapılan kanunî düzenlemeler özellikle arazi ve ceza hukuku alanlarında önemli ve kalıcı olmuştur.

Tanzimat'tan önceki Osmanlı hukuk mevzuatında Muhakeme Usulüne ait hükümler tamamı bir arada olacak şekilde bulunmamaktadır. Yargılama Kadılar tarafından yapılır ve kadılar da Padişah tarafından tayin olunur veya Padişahın tayin ettiği kadıların tayin ettiği kadılar tarafından yerine getirilirdi. Şeriat Mahkemelerinin dışında, yargılama hak ve yetkisine sahip askerî, idarî mahkemeler ve meclisler de kendi alanlarında yargılama yaparlardı. Payitaht İstanbul'da, Padişahın veya Sadrazamın başkanlığında toplanan Divan-ı Hümayun da mahkeme vazifesi görürdü. Ayrıca bazı mahkemeler de mevcut idi ki bunlar, Evkaf Müfettişliği, Mirî Kâtibi, Loncalar, Un Kapanı Naibi, Yağ Kapanı Naibi gibi, hususî konularda hususî yargılama yapan mahkemeler olarak çalışmakta idiler.

Gerek Şer'î Mahkemeler, gerekse diğer mahkemelere ait Muhakeme Usulüne dair Kitabü'l-Kaza hükümleri mevcut idi. Mahkemelerde, Şeriat esaslarına, umumî hükümlere, örf ve âdete göre muhakeme usulleri tatbik edilirdi. Tahkim tatbikatına ilişkin de yazılı bir tahkim usulü yoktu.

Tanzimat'tan önce Osmanlı mevzuatında muhakeme usulüne dair esaslı ve umumi hükümlerin mevcut olmadığı, Şeriat Mahkemeleri dışında da yargı hakkını haiz örfî ve nizami mahkemelere ait yazılı bir muhakeme usulünün olmadığı, bu mahkemelerde Şeriat Esas-

larına, örf ve âdetlere göre mahkeme usulleri tatbik edildiği, dolayısıyla Şeriat'a dayanan Tahkim tatbikatının belirsiz olduğu, Tahkim ile ilgili kaynak kitaplarda ifade edilse de;¹ bu belirlemeler, altı yüz yıl boyunca ayakta kalabilmiş bir yapının, yazılı (Kitabü'l-Kaza Hükümleri), teamülî ve örfî kaidelere tabi bir hukuk muhakemeleri usulünün varlığını ve asırlarca özel hukuk yargılamalarının yapılarak adaletin tevzi edildiği gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Bilhassa mahkemelerde devam eden özel hukuka ilişkin davalarda, yargılamanın uzamasını ve taraflar arasında husumet oluşmasını engelleyecek **UZLAŞTIRMA** kurumunun varlığı dikkat çekicidir. Aralarında uyuşmazlık çıkan taraflar, bu uyuşmazlıklarını çözmek için **muslihun/uzlaştırıcı**'ya giderek uyuşmazlık hakkında orta bir yolda birleşip uyuşmazlığı hallederek sulh olurlar ve tarafların bu yoldaki ikrarları mahkemece kayıt altına alınır. Kayıt altına alınan hak ile ilgili yapılacak işlemler de mahkemenin tasdik kararı çerçevesinde yapılırdı. Buna ilişkin örnek Uzlaştırma bahsinde verilmiştir.

Ayrıca Osmanlı hukuk sisteminde Özel Hukuk Kurallarına ve uygulamalarına bakıldığında, sistemin devlet tarafından değil, tüm İslâm tarihinde olduğu gibi Ulemâ tarafından geliştirildiğini görmekteyiz. Devletin özel hukuk alanına müdahalesi son derece zayıftır. Fıkıhçılar tarafından oluşturulan Şeriat hükümleri ve uygulamaları önemli itibara sahiptir.

Buna karşılık devlet de kendi otoritesini sağlamak için zaman içinde yasama sahasını genişletmiş ve böylece devlet ile Şer'i Hukuk arasında bir uyumluluk sağlanmıştır. Örneğin, II. Mahmut'un Tanzimat Fermanına yansıyan, "din ayırımı yapılmaksızın tebaanın hukuken eşitliğinin kabulü"nden sonra, Padişah'a ait olan yasama yetkisinin bir bölümünün devredildiği meclisler oluşturulmuştur. Bunlardan adalet ve hukuk işleriyle ilgilenecek Meclis-i Valây-ı Ahkam-ı Adliye adı ile kurulan Meclis'te görüşülüp onaylanmadıkça nizamnamelerin yürürlüğe girmeyeceği belirtilmiş ve bu Meclis'e kanun koyma yetkisi tanınmıştır.²

¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 72.

² Gülnihâl BOZKURT, "Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci (1839-1939)", (Ankara: 1996, Türk Tarih Kurumu), s. 45.

TANZİMAT SONRASINDA TAHKİM

Kanunî Sultan Süleyman'dan sonra ciddi kodifikasyon çalışması Tanzimat döneminde olmuştur.

Özel Hukuk, Kamu Hukuku, Medenî Hukuk ve Usul Hukuku gibi günümüzün sistematik ayırımları İslâm Hukukunda yer almaz iken, Tanzimat sonrasında zikrettiğimiz düzenlemelere gidilmiştir.³

Tanzimat öncesine ait kanun ve nizamnamelerde Tahkime ait hükümlere rastlanmamakla birlikte, Tanzimat'la beraber kanunlaştırma (Kodifikasyon) hareketi başlamış, birçok kanun ve muhakeme usulü yazılı hale getirilmiştir. Ancak bu dönemde çıkarılan kanun ve nizamnamelerde de Tahkim ile ilgili en önemli düzenleme Fransız Ticaret Kanununun Birinci ve Üçüncü kısımlarının kısmen tercümesi ile iktibas edilen 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret, esasa ve usule ait hükümleri ihtiva eder. Bu Kanunun 40-52. maddeleri de Tahkime ait hükümleri ihtiva eder. Ancak bu maddelerde öngörülen tahkim "Mecbûri Tahkim"dir. Zira, bu maddelerde ortaklar arasında şirket muamelelerinden dolayı çıkan ihtilâfların hakem tarafından çözümlenmesi mecbûri kılınmıştır.

Bu maddelere göre, taraflar aralarında yazılı bir sözleşme ile hakemi tayin edemezlerse mahkeme tayin edecektir. Mahkemeler tahkime konu olacak davalara, taraflar razı olsa dahi bakamazlar.

Kanunda delillerin ibrazına ve müddetlere ait usul hükümleri vazedilmiş, hakem kararlarında dayanılacak kanun hükümlerinin ve ispat vasıtalarının zikredilmesi mecbûri kılınmıştır. Hakemler arasında oybirliğine varılamazsa, üçüncü hakemin müştereken seçilebileceği, bunda da anlaşılamazsa üçüncü hakemin hâkim tarafından seçileceği kanun hükmüdür.

Hakem kararlarının aynen icra olunacağı, taraflardan birinin küçük veya mahcur olması durumunda vasinin hâkimden yeniden muhakeme talep edebileceği ve hâkimin emri ile kararın icrasının yapılabileceği, ortaklardan birinin vefatı halinde şirket fesholmakla birlik-

³ Geniş bilgi için bkz.: Mümtaz'er TÜRKÖNE, "Siyasi İdeoloji Olarak İSLÂM CİLİĞİN DOĞUŞU", 2. Baskı, (İst: 1994, İletişim Yayınları), s. 127 vd.

te, sağ kalan ortakla mirasçılar arasında tahkimin cari olacağı gibi hususlar bu kanunda zikredilmiştir.

Kanunname-i Ticaretten sonra Tahkim Usulüne yer veren ilk düzenleme, 1861 tarihli “Ticaret Usulü Muhakemesine Ait Nizamname”dir. Bu Nizamnamede, ihtilâfların tetkiki ve tarafların sulh olmasını temin veya davanın neticesini tayin edecek bir rapor alınması için mahkemelerin; üç veya beş kişilik bir komiser veya hakem heyeti tayin edebileceğini, tarafların huzuru ile yapılacak tetkik neticesinde verilen raporun heyetçe tasdik veya tadil edileceğini öngörmektedir. Ancak buradaki hakem veya komiser, hakemlik sıfat ve yetkisini haiz değildir. Mahkemeler bu raporları tasdik, tadil veya reddetmekte serbesttir.

Ayrıca 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanununun 176. maddesinde, deniz sigorta mukavelelerinden doğacak ihtilâfların mümeyyizler (hakemler) marifetiyle halledilmesi, bir mecbûri tahkim olarak şart koşulmuştur.⁴

⁴ Rasih YEĞENİL, a.g.e., s. 77.

MECELLE'DE TAHKİM

Hukuk ve fıkıh bilgisinden mahrum bazı batı temayüllü devlet adamlarının Türk Medenî Kanunu olarak Fransız Medenî Kanununun tam tercümesinin kabul edilmesi gayretlerine karşılık, milli bir kanuna taraftar olan gayretli aydınlardan oluşan ve başında Ahmet Cevdet Paşa'nın bulunduğu bir Komisyon tarafından hazırlanarak 1869-1877 yılları arasında bölüm bölüm yürürlüğe giren Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye (Mecelle)⁵, onaltı bölümden oluşmaktadır.

Mecelle'nin başlangıcındaki "Esbab-ı Mucibe Mazbatası"nda: "Mecelle'de, Hanefi Mezhebi'nin dışına çıkılmadığı ve içinde yer alan maddelerin dönemin Fetvahanesinde muteber ve tatbik edilen hükümlerden müteşekkil olduğu, Hanefi Fakihlerinden bazı büyük imamların muteber sözlerinin, halkın ve günün ihtiyaçlarına uygun olması dolayısıyla tercih olunduğu" ifade edilmektedir. Hanefi Fakihlerinin birbirinden farklı içtihatlarında bulunduğu konularda, halkın ve günün ihtiyaçlarının gözetilerek bir tercihte bulunulduğu da ilave edilmekte ve birçok örnek verilmektedir. Örneğin, mevcut olmayan bir şeyin satışına cevaz vermeyen Ebu Hanife'nin içtihadına rağmen, talebesi İmam Muhammed'in mahsullerle ilgili olarak serdettiği istisnai görüşü esas alınarak, meydana çıkmış ve çıkacak mahsullerin toptan satışına, örfen yerleşmiş bir uygulamanın değiştirilmesi zorluğu gerekçe gösterilerek cevaz verilmiştir.

Mecelle'nin son bölümü olan Onaltıncı Bölüm, Yargı (Kaza) ile ilgilidir. Bu bölümde Muhakeme Usulleri sayılmış ve Tahkim ile ilgili hususlar bu bölümde yer almıştır.

Mecelle, Tahkim'i, 1790. Maddede tarif etmektedir:

"Tahkim, hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir." Hükümün sadeleştirilmiş hali: "Tahkim, hasım olan iki tarafın, ihtilâflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmelerinden ibarettir."⁶

⁵ Ali Himmet BERKİ, "Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)" 3. Baskı, (İst: 1982, Hikmet Yayınları), s. VIII.

⁶ Ali Himmet BERKİ, a.g.e., s. 406.

Tahkim'in Konusu

Kitab-ı Kaza'nın dördüncü babı, "Tahkimde Usul" e ilişkin kuralları kapsamaktadır. Bu babın ilk maddesi "Hukuk-i nâs'a müteallik mal davalarında tahkim caizdir" der (Madde-1841). Bu maddeden de anlaşılacağı gibi, şahsın hukukunu ilgilendiren davalar Tahkim yoluyla çözüme kavuşturulabilir. Burada hukuk-i nâs'dan maksat, kişiye serbestçe tasarruf hakkı verilen haklardır. Hatta, laik hukukun aksine evlenme ve boşanma konusunda dahi tahkime gidilebilmektedir.⁷ Kısas konusunda da, kul hakkını ilgilendirmesi nedeniyle Tahkime cevaz veren içtihat mevcuttur.⁸ Bu örnekler, İslâm Hukukunda, dolayısıyla İslâm Hukukunu esas alan Mecelle'de, Hukukullah (Allah'ın hakkı)ın dışında kalan "kul haklarından" dolayı tahkime gidilebileceğini göstermektedir.

Tahkim'in Bağlayıcılığı

Mecelle'de de, Medenî Hukukta olduğu gibi, hakemlerin verdiği hüküm, sadece tarafları ve hakeme müracaat ettikleri hususları kapsar ve bağlar. Üçüncü şahısların hak ve hukuklarına müdahale edemez. Hatta tarafların sair ihtilâflarına da tesir etmez. (Madde-1842: Muhakeme hükmü ancak kendisini tahkim eden hasmeyn hakkında ve tahkim ettikleri hususda caiz ve nafiz olup anlardan başkasına tecavüz etmez ve anların hususat-ı sairesine dahi şamil olmaz.)

Tahkime Dair Usul Hükümleri

Hakem Tayini

Mecelle'de hakem tayininde sayısal bir sınırlama getirilmemiş olup, iki veya daha fazla kimse hakem tayin edilebilir. (Madde-1843/1: Muhakkem'in teaddüdü caizdir.)⁹ Hatta maddenin ikinci fıkrasında tarafların kendi yanlarından birer hakem tayin etmeleri tavsiye edilmektedir. "Müddei ve müddeaaaleyh taraflarından birer hakem nasb etseler caiz olur." (Madde-1843/2).

⁷ Nisa Suresi, 4/35.

⁸ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 78.

⁹ *Muhakkem*: Hakem tayin edilen, *Muhakkim*: Hakem tayin eden.

Hakem Kararlarında Oybirliği

İslâm Hukukunda Tahkim bölümünde zikrettiğimiz gibi Mecelle de hakemlerin kararlarında oybirliği esasını öngörmektedir. (Madde-1844: Bervech-i bala muhakkemler müteaddit oldukları surette hepsinin re'yi müttetik olmak lazımdır. Yalnız birisi hükm edemez)

Hakemlere, Hakem Tayin Etme Yetkisi Verilmesi

İslâm Hukukundaki tahkim usullerini esas alan Mecelle, hakemlerin üçüncü kişileri de hakem tayin etmeye yetkili olduklarını kabul etmektedir. (Madde-1845: Hakemler tarafeynden tahkime mezun iseler diğer kimseyi tahkim edebilirler, değilseler edemezler.)

Tahkim Süresi

Tahkim müessesesini kabul edip uygulayan tüm hukuk sistemleri gibi Mecelle de, Tahkimin zaman ile sınırlandırılması halinde bu zaman süresince sonuçlandırılması, aksi halde tahkimin müruru zamana uğrayacağı esasını benimsemiştir. Örneğin, hakemler tahkimi 1 ay zarfında sonuçlandırmak üzere yetkilendirildiklerinde, artık bu süreyi aşamazlar. Aksi halde tayin edilen hakemlerin süresi bittiği için yeniden hakem tayini veya tahkim akdi gerekir. (Madde-1846: Tahkim bir vakit ile takyid olundukta ol vaktin müruru ile zail olur.)

Hakemlerin Azli

Mecelleye göre hakemler karardan önce taraflarca azledilebilirler. Fakat, hakem, genel yargıya yetkili bir hâkim tarafından tayin edilmiş ise, hakem bu takdirde kendisini tayin eden hâkimi temsil eder ve taraflarca azledilemez. Kendisini tayin eden hâkimin naibi olur. (Madde-1847: Muhakkemin hükmünden evvel tarafeynden her biri anı azledilebilir. Şu kadar var ki, tarafeyn anı tahkim edip de Taraf-ı Sultaniden mansup ve naib nasbına me'zun olan hâkim dahi anı müciz olsa hâkim anı istihlaf etmiş olmasıyla ol muhakkem bu hâkimin naibi menzilesinde olur.)

Kararların İcrası

Kararların icrası bakımından Mecelle'ye göre hâkim kararları ile hakem kararları arasında fark yoktur. Her ikisi de icra kabiliyetini

haizdir ve zaruridir. (Madde-1848: Hâkimlerin kazaları dahilindeki ahalinin cümlesi hakkında hükümleri nasıl ki lazım-ül icra ise, muhakkemlerin dahi anları tahkim edenler hakkında ve muhakkem oldukları hususda hükümleri ol vechile lazım olur.)

Ayrıca, maddenin ikinci fıkrasına göre, taraflar şer'i usule göre verilmiş hakem kararlarını kabulden kaçınamazlar. (Madde-1848/2: Binaenaleyh hakemler usul-i meşruasına muvafık olarak hükmettikten sonra tarafeynden hiçbiri ol hükmü kabulden imtina edemez.)

Kararların Onanması

Mecelleye göre hakem kararları genel yargı ile görevli hâkime arz edildiğinde, hâkim kararın usullere uygun olduğuna kanaat getirirse tasdik eder, değilse kararı bozar. Bozulan hakem kararı hiçbir hüküm doğurmaz. (Madde-1849: Muhakkemin hükmü Taraf-ı Sultandan mansup hâkime arz olundukta muvafık-ı usul ise kabul ve tasdik eder. Değilse nakzeyler.) Hakem kararı hâkim tarafından bozulduğu taktirde tahkim nihâyet bulur. Yeniden Tahkim akdi yapılmamış ise ihtilâfı hâkim halleder.

Hakemlere Sulh Yetkisi Verilmesi

Tarafların sulh olma konusunda tayin ettikleri hakemlere sulh yetkisi vermeleri halinde hakemlerin sulh kararı muteberdir. Taraflar verilen sulh kararına uymak zorundadırlar. Yeter ki verilen hüküm şer'i esaslara uygun olsun. (Madde-1850: Tarafeyn ahkâm-ı meşruasına tevfikan hükme mezun kıldıkları muhakkemleri led-et tensip sulhan tesviyeye dahi me'zun etseler muhakkemlerin sulhan tesviyeleri mu'teber olur. Şöyle ki tarafeynden biri muhakkemlerden birini ve diğeri dahi obirini münâzâ-ün fih edip de anlar dahi kitab-ı sulhde münderiç olan mesaile bit-tevfik sulhan tesviye etseler işbu sulh ve tesviyeyi tarafeynden biri kabulden imtina edemez.)

Yetkisiz Hakem Kararına İcazet

Taraflarca tahkime tayin olunmasa dahi, ihtilâflı taraflar arasındaki ihtilâfı kendiliğinden halleden kişinin işbu hakemliğini taraflar kabul ettiğinde bu hüküm geçerlidir. (Madde-1851: Bir kimse tahkim olunmamış olduğu halde iki kişi beynindeki davayı fasl ettikten son-

ra tarafeyn ana razı ve anın hükmünü müciz olsalar hükmü nafiz olur). Bu hüküm Mecelle'nin 1453. Maddesindeki "İcazet-i lahika vekalet-i sabıka hükmündedir – bir kimsenin önceden izin almaksızın yaptığı bir şeyin kabul ve tasdik edilmesi, önceden verilen vekalet hükmündedir –" kuralı gereği konulmuş hükümdür.

Bu hüküm, Mecelle'de Tahkim'in mutlak surette yazılı şekle tabi olması gerekmediğine delildir. Sözlü tahkim akdi de muteberdir.

Hakemlerde Ehliyet

Hâkimler gibi kaza vazifesini ifa ettikleri yani, hâkim makamına kaim oldukları için, hâkimde aranan ehliyet, hakemde de aranır. Mecelle, İslâm Hukukunu ve Hanefi Fıkhını esas aldığından evvelce de zikrettiğimiz gibi, İslâm Hukukunda hâkimlikte aranan şartlardan, üzerinde ittifak edilenleri şunlardır: Hür olmak, Müslüman olmak, erkek olmak.

Mecelle'ye göre hâkim; hakîm (âlim, bilgin), fehim (zeki, anlayışlı), mustakîm (doğru karar verebilen), emin, mekîn (vakarlı, temkinli), metîn (sağlam, dayanıklı) (Madde-1792), Mesail-i fıkhiyyeye (fikhî meselelere), usul-i muhakemeye (yargılama usulüne), deavi-i vakiayı anlara tatbikan fasl ve hasme muktedir (ihtilâf konusu olayın iddia ve savunmalarını ayırma ve çözme konusunda yeterli) (Madde-1793), Temyiz-i tâmme (iyiyi kötüden ayırma kabiliyeti) muktedir olmalıdır. (Madde-1794/1)

Sagîr (küçük), ma'tuh (bunak), a'ma (kör) ve iki tarafın savt-ı kavîlerini (kuvvetli seslerini) işitemeyecek derecede sağır olan kimse-lerin yargılması ve hükmü caiz değildir. (Madde-1794/2)

Mecelle'nin, hâkimin adabı bahsinde belirlediği hâkimlere ait adab hakemler için de geçerlidir:

– Hâkim, muhakeme meclisinde (yargılama sırasında) alış-veriş ve mulatafe (şakalaşma) gibi mahabet-i meclisi (duruşmanın azametine) izale edecek (giderecek) ef'al (fiiller) ve harekâttan içtinap etmelidir (kaçınmalıdır). (Madde-1795)

– Hâkim, iki taraftan hiçbirinin hediyesini kabul etmez. (Madde-1796)

–Hâkim, mütehasımeinden (birbirinden davacı olan iki taraf-tan) hiçbirinin ziyafetine gitmez. (Madde-1797)

–Hâkim, esna-yı muhakemede, taraflardan yalnız birisini hane-sine kabul etmek ve meclis-i hükümde (hüküm meclisinde/duruş-mada) biriyle halvet (yalnız kalma) veyahut ikisinden birine el veya göz veya baş ile işaret eylemek veya anlardan birisine gizli lakırdı yahut diğèrinin bilmediği lisan ile söz söylemek gibi töhmet ve su-i zanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır. (Madde-1798)

–Hâkim, beyn-el hasmeyn (hasım olan iki taraf arasında) adl ile memurdur. (Madde-1799/1)

–Hâkim, tarafeyinden biri her ne kadar eşrafdan ve diğèri ahad-ı nâsdan (halktan biri) olsa bile, hîn-i muhakemede (mahkeme zama-nında) tarafları oturtmak ve kendilerine imale-i nazar (bakışını bir tarafa yöneltme) ve tevcih'i hitab etmek (söz yöneltme) gibi muha-kemeye müteallik muamelatta tamamiyle adl ve müsavâta riayet et-mesi lazımdır. (Madde-1799/2)

MECELLE'DEN SONRA TAHKİM

Mecelle'den sonra kabul edilen 1879 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Muvakkat Kanununda Tahkim hükümleri Mecelle'den pek farklı değildir. Yenilik olarak hakem kararlarına karşı diğer mahkeme kararlarında olduğu gibi istinaf¹⁰ yolunun kabul edildiğini görmekteyiz.

Mezkur Kanuna yapılan bir ek madde ile de, hakemlerin hükümde ittifak edememeleri halinde üçüncü bir hakem tayinine mecbur edilmişlerdir. Bu hükme göre, taraflar üçüncü hakemde anlaşamadıkları takdirde, üçüncü hakemin tayini yetkisi mahkemelere aittir. Oysa ki, evvelce hakemlerin hükümde ittifakı zaruri olup, edemedikleri takdirde tahkim neticesiz kalırdı. Böylece tahkimin mutlaka neticelendirilmesi yolunda önemli bir adım atılmış oluyordu.

1917 yılında Muvakkat bir Kanunla çıkarılan Aile Hukuku Kararnamesinin 130. maddesi ile, karı-koca arasında çıkacak ihtilâflarda Tahkim Usulünün uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu hükme göre, karı-kocadan biri, aralarındaki ihtilâf konusunda hâkime müracaat ettiği takdirde, hâkim, tarafların ailelerinden birer hakem seçer ve bir "Aile Meclisi" oluşturur. Tarafların ailelerinde hakemlik vasıflarına haiz kimse bulunmadığı takdirde hakem dışarıdan seçilir. Aile Meclisi yani hakemler, tarafların beyan ve müdafaalarını inceleyerek aralarını bulmaya çalışır. Bulamadığı takdirde kabahat kocada ise tarafları ayırır, karıda ise mehrin bir kısmı veya tamamı üzerinde hüküm verir. Hakemler hükümde ittifak edemedikleri takdirde, hâkim diğer bir hakem heyeti seçer veya taraflara akrabalığı olmayan üçüncü bir hakem tayin eder. Heyetin vereceği karar kesindir, bu karara itiraz edilemez.

¹⁰ *İstinaf*: İlk derece mahkemeleri tarafından nihaî bir hüküm ile neticelendirilen davanın ikinci derecede, Yüksek Mahkemede yeniden görülmesi için müracaat edilen kanun yoludur. Bu kanun yolu, İstinaf Mahkemelerinin kaldırılması ile kapatılmıştır. Dünyanın bir çok ülkesinde İstinaf Mahkemeleri, Yargıtay ile İlk Derece Mahkemeleri arasında, iş yoğunluğunu azaltıcı önemli görevler üstlenen Mahkemeler olarak çalışmaya devam etmektedir.

Yeğengil'e göre, Aile Hukuku Kararnamesinde yer alan bu hükümler, Kur'an'ın Nisa Suresinin 35. Ayetindeki ilâhi emre tamamen uymaktadır.¹¹

Aile Hukuku Kararnamesinde yer alan bu hükmün Nisa Suresinin 35. ayetindeki ilahi emre uyduğu görüşüne tam olarak katılmıyoruz. Zira hakemlerin tarafları sulh olmaya davet ve gayret sarfetmesi, ayetin lafzına ve ruhuna uygun düşmektedir. Boşanma gibi tamamen kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı öncelikle tarafların kabullerine, bu mümkün olmadığında bir yargı kararına bağlanmalıdır. Bu karar bir resmi yargı kararı olmasa da en azından, kamu düzenli usul kuralları yönünden hakimin denetiminden geçmiş ve tasdik edilmiş bir hakem kararı olmalıdır.

“Eğer (karı-kocanın) aralarının açılmasından endişe duyarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Bunlar uzlaştırmak isterlerse Allah onların arasını bulur. Çünkü Allah, (her şeyi) bilendir, haber alandır.”¹²

Aile Hukuku Kararnamesi, iki yıl yürürlükte kalabilmiş, 1919 yılında da yine Muvakkat bir Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. İslâm Hukuk tarihinde ilk kanunlaştırma hareketi olan Mecelle ile, yarım asır sonra Aile Hukuku alanında, Aile Hukuku Kararnamesinin hazırlanmasına yol açılmış oluyordu. Söz konusu Kararname, yürürlükten kaldırıldıktan sonra da bir çok İslâm Ülkesinde yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Örneğin: Suriye'de gayrimüslimlerle ilgili 156. Madde hükmünün dışındaki hükümler 1953 yılına kadar uygulanmıştır. Keza, Filistin'de ve Lübnan'da Sünni Müslümanlar için hala yürürlükte. İsrail'de dahi, Müslümanlar ile ilgili ahvali şahsiye davalarında hala başvuru önemli bir bilgi kaynağıdır.¹³

Aile Hukuku Kararnamesi, Hanefi Mezhebinin dışındaki Mezheplerden yararlanan hükümleri ile Mecelle'den ayrılması önemli bir gelişmedir. Nitekim, Kararnamenin Hanefi Mezhebi dışındaki Mezheplerden istifade edilerek konulan hükümleri dikkat çekicidir:

¹¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 82.

¹² Nisa Suresi, 4/35.

¹³ Mehmet Âkif, AYDIN, “İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları”, (İstanbul: 1996, İz Yayıncılık), s. 188.

– Bülüğ çağının alt sınırından önce evlenme ve veliler tarafından evlendirilme yasağı,

– Akıl hastalarının sadece zaruret halinde evlendirilebilmesi,

– Nikah esnasında kocanın tek evli kalmasının şart koşulabilmesi,

– İkraah ile vuku bulan nikâh ve talakların geçerli olmaması,

– Sarhoşun boşanma iradesinin geçersiz sayılması,

– Kadına belirli sebeplerin varlığı halinde kazaî boşanma (tefrîk) hakkının tanınması,

Hanefi Mezhebinin dışındaki mezheplerden yararlanılarak konulan hükümlere örnek gösterilebilir.¹⁴

¹⁴ Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 181.

TÜRK HUKUKUNUN RESEPSİYON(*) SÜRECİ

Osmanlı Hukuku, genel hatlarıyla İslâm Hukukunun altı asırlık uygulamasıdır. Osmanlı Hukuku Tanzimat dönemine kadar esaslı bir değişiklik geçirmemiştir. Tanzimat, Osmanlı Hukukunun köklü değişikliğe tabi kılınma sürecinin başlangıcı sayılmaktadır. Bu değişikliklerde, gelişen hayatın teknolojik, sosyal ve kültürel gelişmeleri kadar, Batı'nın tesiri de vardır. Hatta Batı'nın tesiri daha ön plandadır. Öyle ki, Osmanlı Hukukunda değişikliklere imza atan hukukçular, ihtiyaçlardan çok, Batı'nın baskılarını dikkate almışlardır denebilir.¹⁵

Batılı Devletlerin Osmanlı devlet adamları üzerinde baskısı o kadar etkilidir ki, bir çok temel kanun, Batı Hukuk Sistemlerinden, bilhassa Fransız Hukukundan aynen iktibas suretiyle kanunlaştırılmak istenmiştir. Tabii ki bu iktibaslar sırasında yapılan tercüme hataları ve bazı maddelerin atlanması suretiyle oluşan hukuk kargaşası, dikkatlerden kaçmamıştır.¹⁶ Ancak bazı devlet adamları ve hukukçular, yapılacak değişikliklerde, hâkim hukuk sistemi olan İslâm Hukukuna

(*) *Resepsiyon*: Toplumun yapısı ve ihtiyaçları göz önüne alındığı varsayılarak, eskisinden tamamen farklı, yeni ve yabancı hukuk kurallarının hukuk sistemi içine alınmasına; yabancı hukukun alınması, yani resepsiyon denmektedir. Bkz.: Gülnehâl BOZKURT, a.g.e., s. 5

¹⁵ Osmanlı Hukukunun laikleşme süreci ile ilgili olarak bkz.: Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 297 vd.

¹⁶ Bkz.: Gülnehâl BOZKURT, a.g.e., s. 153.

"Nezaret Hilmi, 1903 yılında, Islahat-ı Adliye adlı kitabının mukaddimesinde, Fransız kanunlarının tercüme edilerek yürürlüğe sokulmasıyla doğan sorunları şöyle dile getiriyordu:

– Adliye düzenlemelerimizin büyük bir kısmı Fransa kanunlarından iktibas edilerek tercüme edildiği için, ara sıra ortaya çıkan şüpheli meselelerin halli için ana kaynağa müracaat etmenin gerekli olduğu bilinmektedir.

– Ancak bu tercümelerde kısaltmalar yapılmıştır. Şöyle ki, zeyli ile beraber kara, deniz ticaret ve ceza kanunları ve ticaret, hukuk ve ceza usul kanunlarının toplamı 1886 madde ederken, Fransa'da bu kanunlar 2800 maddeden fazladır. Deniz Ticaret kanunnamesi ilaveli olarak aynen tercüme edilmiş, diğerlerinden pek çok madde kesilmiş ve zaruri olarak bazı hatalar olduğundan, Fransız kanunları bizim için âdeta bir muhtasar şerh halini almıştır. Bu kanunlardan ancak Fransız Medenî Kanunu'yla anlaşılabilir hükümler vardır. Mesela Code Civil'in 2095 ve 2102. Maddeleri bilinmedikçe Kanunname-i Ticaret'te belirlenen imtiyaz hakkı, menkul eşyadan icar tahsili gibi tabirler kolay kolay anlaşılabilir. Bu ve emsali eksik tercüme tamamlamak kabil olsa bile, hukuk ilmine dair olan çeşitli eserlerden yararlanmak için bizde her hukukçu Fransızca eğitimi yapmaya muhtaçtır."

açıkça ters düşülmemesine özen göstermişlerdir. Bu devlet adamı ve hukukçuların başında da Ahmet Cevdet Paşa gelmektedir. Ahmet Cevdet Paşa, Fransız Medenî Kanunu'nun (Code Sivil) iktibas edilmesi fikrini savunan Âli Paşa ve onun önderliğindeki Batıcı Osmanlı Aydınları ile uzun süren bir mücadele içerisine girmiştir. Ahmet Cevdet Paşa'nın Mecelle'yi tedvin çalışması yerli Batıcı aydınlar kadar dönemin yabancı misyon şeflerinin husumetine ve engellemesine de uğramıştır.¹⁷

Ahmet Cevdet Paşa, görevlendirildiği Kanunlaştırma Hareketi'nde, Osmanlı Hukukunun Batı tesirine girmesine mümkün olduğu kadar engel olmaya çalışmış, "bir milletin temel kanunlarının değiştirilmesinin o milleti imha hükmünde olacağını" savunan bir büyük hukukçudur.¹⁸ En büyük eseri olan Mecelle'de, hukukun laikleşmesi şeklinde oluşacak resepsiyon sürecini ertelemeye ve İslâm Hukukunun ana kaidelerine dokunduramamaya özen göstermiştir. Diğer bir anlatımla, bir nevi muhafazakar bir tarzda Kanunlaştırma Hareketi'ni benimsetmeye çalıştığı görülmektedir.

Kanunlaştırmadan amaç, dağınık bir şekilde bulunan mevzuatı sistematize etmek ise, bu durumda muhafazakar amaçla kanunlaş-

¹⁷ Bkz.: Ebul'ula MARDİN, "Medenî Hukuk Cephesinden AHMET CEVDET PAŞA", (Ankara: 1996, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları), s. 88.

"Görülüyor ki Cevdet Paşa merhum, Mecelle'yi tedvin için verilen karardan bir sene sonra Divan-ı Ahkâm-ı Adliye Nazırlığından azlile Bursa Valiliğine tayin ve müteakiben bu vazifeden de affolunmuştur. Merhum idbarını İstanbul'da Fransa Elçisi bulunan Mösyö Bouree'nin aleyhte olan propagandasına hamletmekte, yani azlin amillerinden biri olarak bunu göstermektedir. Filhakika Sadrazam Âli Paşa nezdinde Mösyö Bouree'nin bu mevzu üzerinde çok işlediği ve Cevdet Paşa tarafından başlanan işin neticelenmemesini istediği tarihçe sabittir."

¹⁸ "...Ecnebler mahâkim-i şer'iyeye gitmek istemez. Müslim aleyhinde gayrimüslimin ve zimmî aleyhine müste'menin şهادeti şer'an isti'ma olunmamak mes'elesi ise Avrupalıların nazarına pek ziyade çarpar olduğundan hristiyanların mahâkim-i şer'iyede muhakemelerine itiraz eder oldular. Bundan dolayı bâzı zevat Fransa kanunları Türkçeye tercüme olunup da mahâkim-i nizamiyyede anlar ile hükm olunmak fikrine zahib oldular. Halbuki bir milletin kavanin-i esasiyyesini böyle kalb-ü tahvil etmek ol milleti imha hükmünde olacağından bu yola gitmek caiz olamayıp ulema güruhu ise o makule alafranga efkâra saplananları tekfir ederlerdi. Frenkler dahi "Kanununuz ne ise meydana koyunuz. Biz de görelim ve teba'amıza bildirelim" derler idi." Cevdet Paşa TEZÂKİR, Yay.: Cavid BAYSUN, (Ankara: 1991, Türk Tarih Kurumu), 1-12, s. 62-63.

tırmadan söz edilebilir. Ülke yöneticilerinin toplumun yapısını ve ihtiyaçlarını göz önüne aldıklarını varsayarak eskisinden tamamen farklı yeni ve yabancı hukuk kurallarını hukuk sistemi içine almalarına ise, yabancı hukukun alınması, yani resepsiyon denmektedir.¹⁹

Mecelle ve sonrasında Hukuk-u Aile Kararnamesi, Millî ve İslâmî kimliğin muhafaza edilmesi suretiyle İslâm Hukuku esas alınarak hazırlanmış muhafazakar düzenlemelerdir. Mecelle'de esas alınan tercihlerin daha sonra Cumhuriyetin ilk dönemlerinde de esas alındığını görmekteyiz.²⁰ Gerçekten bu dönemde Millî ve İslâmî kimliğin korunması esası üzerinde durulmuş ve bu husus bizzat 1921 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu)'nda düzenlenmiştir:²¹

Cumhuriyetin kuruluş yıllarındaki nispeten muhafazakâr olarak görülebilecek süreç, daha sonra, maalesef yön değiştirmiş ve Türkiye siyasi ve sosyal yapısına tesir edecek çok önemli bir gelişme yaşanmıştır. Bu gelişme, Türkiye yakın tarihinin bir dönüm noktası sayılan Lozan Barış Konferansı ve akabinde imzalanan Lozan Anlaşmasıdır.

Lozan Anlaşmasının sonucunda yeni Türkiye Devleti, İslâmî kimliğinden arındırılmaya çalışılmış, Batı ülkelerinin şartlarına uygun olarak gelişmiş hukukî kavramlar ve kurumlar Türk Hukuk sistemi içine aktarılmıştır. Böylece resepsiyonun bünyesinde var olan "yabancılık unsuru" Türk Hukuk sistemi içine katılmıştır. Yabancı hukuk sistemi ve kurallarının İç Hukuk düzenlemelerine katılarak yapılan resepsiyon sürecinde:

"Adlî esaslarda asrî bir devlet, memleketin ihtiyacı, bu esas ve ihtiyaçların temini için halihazır mevzuattan ve yüksek medenîyeti temsil eden Garp milletlerinin eserleri ve kamil kanunlarından gerekli olanların alınması, ticaret kanunu gibi kanunlarda da uluslararası örf ve âdetin ihmal edilmemesi"²²

kriterleri esas alınmıştır.

¹⁹ Gülnihâl BOZKURT, a.g.e., s. 5.

²⁰ Ebul'ula MARDİN, a.g.e., s. 49

²¹ 1921 Anayasası Madde-21.

²² Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 310.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM

TAHKİMİN UNSURLARI
HAKEM BİLİRKİŞİLİK İLE TAHKİM AYIRIMI
TAHKİMİN TÜRLERİ
TAHKİM USULÜ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER
TAHKİM USULÜNDE KAVRAMLAR
VE AÇIKLAMALAR
TAHKİMİN CEREYAN ETMEYECEĞİ HALLER
KAMU DÜZENİ
TAHKİMİN SINIRLANDIRILMASI
TAHKİMİN BUTLANI
TAHKİMDE YARGILAMA USULÜ
HAKEM KARARLARI
TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK
TAHKİMİN YARARLARI

TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM

TANIM

Türk Hukukçuları Tahkimi muhtelif şekillerde tanımlamaya çalışmışlardır. Türk Hukukçularının fikir birliği içinde bulunmadıkları tahkim tanımında; “ taraflar arasında doğmuş ve doğacak uyuşmazlıkların çözümünün özel kişilere bırakılması”¹ veya “ uyuşmazlıkların çözümünün havale edildiği kişilerle ihtilâflı taraflar arasında yapılan anlaşmayı” veyahut da “ uyuşmazlığın hakemlerce karara bağlanması işlemlerinin bütünü” ifade edildiği görülmektedir.²

Tahkimle ilgili tanımlamalardan eski deyimle “ efradını cami, ağyarına mani” olacak tanımı yine Rasih YEĞENGİL’de bulmaktayız. YEĞENGİL’e göre:

Tahkim: “ Kanunun menetmediği konularda, taraflar arasında doğmuş ve doğacak anlaşmazlıkların, bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına baş vurulmadan, taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir.”³

Tahkimin yukarıda yapılan tarifinden, geçerlilik şartlarını (unsurlarını) çıkarmak mümkündür.

¹ Baki KURU, Ejder YILMAZ, Ramazan ARSLAN, “ Medenî Usul Hukuku Dersleri”, (Ankara: 1986, “S” Yayınları), s. 603.

² İlhan POSTACIOĞLU, “ Medenî Usul Hukuku Dersleri”, 6. Baskı, (Ankara: 1975, Sulhi Garan Matbaası), s. 783.

³ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 94.

TAHKİMİN UNSURLARI

Tahkimin tanımından, tahkim müessesesinin geçerlilik şartları (unsurları) şu şekilde sıralanabilir:

1- Konu: Tahkim kanunun yasaklamadığı konularda yapılabilir. Kamu düzeni ve ahkâm-ı şahsiye ile ilgili konularda tahkime gidilemez.

2- Taraflar: Tahkim için en az iki veya daha fazla tarafın varlığı gereklidir.

3- İhtilâf: Taraflar arasında doğmuş veya doğacak bir ihtilâf bulunmalıdır.

4- Tahkim İradesi: Tahkimin en önemli sıhhat şartı, taraflar arasında doğabilecek veya doğmuş ihtilâfların tahkim usulü ile çözümleneceği hususunun, serbest iradeleriyle İhtiyarî Tahkim şeklinde veya kanunun öngörmesiyle (genel yargının yetkisiz kılınarak) Mecburi Tahkim şeklinde tanzim edilmiş bir sözleşmeye dayanmasıdır.

5- Hakem Tayini: Sözleşme ile veya kanun hükmü ile, ihtilâfı çözecek kimselere (hakem veya hakemlere) yetki tanınması veya bu kimselerin ne suretle tayin edileceğinin belli edilmiş olması gereklidir.

HAKEM-BİLİRKİŞİLİK İLE TAHKİM AYIRIMI

Bazı durumlarda taraflar, hukukî bir ihtilâfın çözümünü değil, fakat ihtilâfın çözümüne temel teşkil edecek sözleşmedeki bir unsurun tespitini üçüncü kişilere bırakmış olabilirler. Bu sözleşmeye “**hakem bilirkişilik sözleşmesi**” denmektedir. Mesela; sözleşmeye konu olan emtianın satış fiyatının daha sonra üçüncü bir kişi tarafından tespit edileceğinin kararlaştırılması durumunda bir hakem-bilirkişilik sözleşmesinden bahsedilebilir.

Hakem-bilirkişi kararları sadece bir vakıanın tespitine yönelik olduklarından, genellikle hakem kararları olarak kabul edilemezler.⁴

Hakem-bilirkişilikte taraflar, bir veya birkaç ihtilâflı mesele hakkında verilecek karara uyulmak şartı ile hakem-bilirkişi tayin ederler. Tayin edilen hakemlerin verdikleri kararlar birer mütalaadır. Bu kararlar tasdik veya icra kabiliyetini haiz olmamakla beraber taraflar ve mahkeme için bağlayıcıdır. Zira bu kararlar HUMK’un 287. Maddesi hükmündedir.

Hakem-bilirkişiler, haklar ve hukukî münasebetler üzerinde karar veremezler. Bunlar ancak bir zararın vukuunu, miktarını, bir şeyin kıymetini ihtisaslarına binaen tespit ederler. Bu itibarla bunların bu hususta verecekleri rapor mahkemeyi bağlar. Bunlar alelade ehli-vukuftan (bilirkişi) bir noktadan farklıdır. Bunların verecekleri rapora karşı kanun yoluna başvurulamazsa da, bir zararın hak ve nesafete aykırı tespit edilmesi gibi hallerde raporlarında açıkladıkları hakların butlanı iddia edilebilir.

Bunların verdikleri karar HUMK’un aradığı manada bir hakem kararı değildir. Bunlar doğrudan doğruya kabili icra değildir. Ancak hâkimin kararına esas olabilir.⁵

Halk arasındaki uygulamalarda genellikle tahkim ile hakem-bilirkişilik karıştırılmaktadır. Öyle ki taraflar, kimi zaman aralarındaki ihtilâfın mahiyeti ve zarar ziyanın tespiti için konuyu hakeme götürdüklerinde, bir tahkim sözleşmesi yaptıklarını zannetmektedirler. Halbuki yapılan şey yukarıda da ifade edildiği gibi bir tespit çalışmasıdır.

⁴ Cemal ŞANLI, “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, (Ankara: 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü), s. 21.

⁵ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 202’de 203 nolu Yargıtay kararı.

sı sonucunda elde edilen rapordur. Tahkimde yapılan ise bir yargılamadır. Kesinlikle hakem-bilirkişilikle tahkim karıştırılmamalıdır.

Bu nedenledir ki ihtilâflarını hakeme götüren taraflar, hakem-bilirkişilik şeklinde cereyan eden bir tespit çalışması sonucunda verilen karara çoğu zaman uymamaktadırlar. Aslında hakem-bilirkişilik şeklinde cereyan eden çalışma sonucunda verilen rapora taraflarca uyulacağı taahhüdüne rağmen raporun bir hakem hükmü olmaması nedeniyle taraflar için bir bağlayıcılığı veya mahkeme tarafından tasdik ve icra kabiliyeti olamamaktadır.

Hakem-bilirkişi raporları, mahkemelerce görülen davalarda usulünce seçilen bilirkişilerin raporlarından farklı olarak mahkemeler için bağlayıcıdır. Fakat bir rapor olarak bağlayıcıdır ve görülmekte olan davada kesin delil hükmündedir. Ancak bu raporun taraflarca bir hakem kararı olarak algılanması onun hakem kararı olması sonucunu doğurmaz.

Tahkim müessesesinden beklenen yararın gerçekleşebilmesi için, hakem-bilirkişilik kurumu ile tahkim arasındaki ayrımın tüm sonuçları ile bilinmesinde yarar vardır. Bu yarar da tahkim yargılamasının tüm usulî hükümleri ve doğuracağı sonuçlarla birlikte bilinmesi ile gerçekleşebilir.

TAHKİMİN TÜRLERİ**1- Ülke Açısından**

- a- İç Tahkim
- b- Dış Tahkim (Milletlerarası Tahkim)

2- Düzenleme Açısından

- a- Mecburi Tahkim
- b- İhtiyarî Tahkim

3- İrade Açısından

- a- Geçici Tahkim (Ad Hoc)
- b- Kurumsal Tahkim

İç Tahkim, ülkelerin millî kanunlarında kuralları belirlenen Tahkimi ifade eder.

Dış tahkim ise, milletlerarası mevzuat hükümlerine göre yürütülen tahkim usulünü ifade eder. Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkimle ilgili olarak sadece 20.5.1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 43 ve devamı maddelerinde yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Dış Tahkim konusuna ileride değinilecektir.

İç Tahkim ile Dış tahkimin en önemli ortak noktası, her ikisinde de taraflar arasında çıkmış ve çıkacak ihtilâflar hakkında hüküm verilmesi hususunun özel kişilere (hakemlere) bırakılmasıdır.⁶

Mecburi Tahkim, Bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için hakeme başvurmak zorunluluğunun kanundan doğduğu tahkim türüdür. Bu tür tahkimde ihtilâflar genel mahkemelerde görülemez, dava açılmaz. İhtilâflar kanunun öngördüğü hakemlere götürülür. Mecburi tahkimi düzenleyen kanunlar, tahkime konu olacak ihtilâflarda kimlerin veya hangi kurumların hakem olacağını, hakemlerin görevlerini ve yetkilerini belirlemiştir. Tahkimi düzenleyen Hukuk Usulü Muha-

⁶ Kemal DAYINLARLI, "HUMK'ta Düzenlenen İÇ TAHKİM", (Ankara: 1997), Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 9.

kemeleri Kanunu, mecburi tahkime yer vermemiştir. HUMK, sadece ihtiyarî tahkime yer vermiş ve kurallarını belirlemiştir.

Mecburi tahkimin kanunun öngördüğü bir zorunluluk olması, tamamen kazaî nitelikte ve resmi yargının bir nev'ini teşkil etmesi⁷ nedeniyle, mecburi tahkimi düzenleyen özel kanunlardan kısa bilgiler aktararak bahsedecek, ancak asıl konumuz İhtiyarî Tahkim olduğundan, mecburî tahkimin ayrıntılarına girmeyeceğiz.

Yürürlükteki Kanunlarda düzenlenen Mecburî Tahkim örnekleri şunlardır:

1- Kamu Kuruluşları arasındaki uyuşmazlıkların mecburi tahkim yolu ile çözümlenmesi, 16.7.1938 tarih ve 3533 sayılı “Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediyeye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilâfların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun” gereğidir.

2- Tütün ekicisi ile alıcısı arasında yazılı alım-satım sözleşmesinin uygulanmasından doğacak ihtilâflar, 30.5.1969 tarih ve 1177 Sayılı “Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu”nun 25. maddesi gereğince hakemler eliyle çözümlenir.

3- Grev ve Lokavtın yasak olduğu iş yerlerindeki uyuşmazlıklar, 5.5.1982 tarih ve 2822 sayılı “Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu”nun 32. maddesi uyarınca Yüksek Hakem Kurulu’na giderilir.

4- Borsa üyeleri arasında borsa işlemlerinden doğan ihtilâflar, 3.10.1983 tarih ve 91. Sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca Borsa Yönetim Kurullarının hakemliğinde halledilir.

5- Mükelleflerin Gümrük Vergisi Tahakkuklarına itirazları üzerine Gümrük Müdürlüklerince verilen kararlara karşı, Hakem yoluna gidilebilir. 26.7.1972 tarih ve 1615 sayılı “Gümrük Kanunu”nun 80-82. maddeleri, bu tür itiraz ve hakem yolunu düzenlemektedir.

6- Çeltik ekiminde sulama parası üzerinde ihtilâf vukuunda, 23.6.1936 tarih ve 3039 sayılı “Çeltik Ekimi Kanunu” gereğince Çeltik Komisyonlarının ihtilâfı hakeme götürmeleri mecburidir.

⁷ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 19.

7- Geçici olarak tayin edilen Avukatın Avukatlık Ücreti ile ilgili ihtilâflarda, 1136. Sayılı “Avukatlık Kanunu”nun 42/son maddesi uyarınca Baro Yönetim Kurulu karar verir ve ücreti belirler.

8- Noterliğin her hangi bir sebepten boşalması ve Noterliğin bir başkasına devrinde, devrolunacak eşyaların tespitinde ihtilâf çıkması halinde, 6.11.1980 tarih ve 1512 sayılı “Noterlik Kanunu”nun 49. Maddesine göre, Noterler Odası hakemlik yaparak bedeli tespit eder.

9- Türkiye Futbol Federasyonu ve Kulüpler arasında veya kulüpler ile oyuncular ya da kulüplerin kendi aralarında çıkacak ihtilâflarda, 3.7.1992 tarih ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca Merkez Hakem Kurulu görevlidir.

İhtiyarî Tahkim, Tarafların rızaları ile başvuracakları tahkim yoludur. Muhtelif yerlerde yapılan Tahkim tanımı, ihtiyarî tahkimi ifade etmektedir. Bu tahkim türünde taraflar, bir anlaşmazlığın çözümü için hakeme başvurmaya mecbur değildirler. Davaların genel mahkemelerde görülmesi kuraldır. Ancak taraflar anlaşarak kanunun yasaklamadığı hallerde ihtilâflarını tayin edecekleri hakemlere götürebilirler.

Esasen bu çalışmanın konusu da İhtiyarî Tahkimdir. Zira, daha önce de ifade ettiğimiz gibi; özel hukuk alanının güçlendirilerek halkın genel yargıdaki adaletin tecellisinden hoşnutsuzluğuna kendi öz kaynaklarında var olan kurumlar yoluyla çareler üretmek, bu çalışmanın esasını teşkil etmektedir.

Bundan sonraki bölümlerde bu düşünceden hareketle, ihtiyarî tahkimi incelemeye devam edeceğiz. Ancak ihtiyarî tahkime konu olan bazı uygulamalar konumuz dışında kalacaktır. Örneğin, Toplu İş Uyuşmazlıklarında mecburî tahkim dışında kalan özel tahkim yolu gibi.

Geçici Tahkim (Ad Hoc), tarafların, tahkimin kendi denetimlerinde cereyan etmesini arzulamaları sonucu, hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve tahkimde uygulanacak maddî hukuk kurallarını kendilerinin tayin etmeleri ve hakemlere bu şekilde yetki vermeleri usulüdür.

Bu tür tahkim, en basit tahkim türüdür ve bu tür tahkimde taraflar arasındaki somut olay üzerine tahkim yargılaması yapılır. Tarih boyunca devam edip gelen tahkim türü geçici tahkimdir.

Kurumsal Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve idarî denetimine tabi kıldıkları tahkim türüdür. Bu tür tahkimde, tahkimi organize eden kurumun önceden hazırlanmış bir dizi kuralları mevcuttur. Taraflarca belirlenmeyen hususlar tahkim kurumunun kuralları uyarınca düzenlenir. Taraflar da bu hususu bildiklerinden kurumsal tahkimi tercih edebilirler.

Kurumsal tahkimde, tahkimi düzenleyen kurum taraflara ve tahkime ayrıca idarî hizmetler de sunar. Tahkimi organize eden kurumun tahkim yargısında rol aldığı düşünülmemelidir. Kurumun burada sadece tahkimin iyi işleyebilmesi ve tahkime müracaat eden taraflara hizmet verebilmesi için kolaylıklar sunması söz konusudur. Tahkim yargılamasını ise kurumun taraflara sunduğu hakem listesinden seçilen hakemler yürütecek ve karara bağlayacaklardır.

TAHKİM USULÜ İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

Tüm ülkelerde kanun yapıcılar, tahkim usulünü tercih edenlerin bu kurumun istismar edilecek mahzurlarından yararlanmalarını önlemek ve tahkimin daha yararlı çalışmasını sağlamak için Usul Kanunlarına bazı emredici hükümler koymuşlardır. Bu suretle de tahkim kurumuna karşı tarihin ilk çağlarından bu yana devam eden toplumsal güvenin sağlanmasına hizmet etmişlerdir. Ancak bu hükümler belirlenen amaca hizmet ettikleri gibi, bazen de kanun koyucuların “katı devlet yargısı” anlayışlarına uygun olarak tahkimi arzu edilmeyen bir yargı usulü haline de getirmiştir.

Türk Hukukunda tahkim müessesesi ile ilgili hükümler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun 516 ile 536. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tahkimin iyi bir şekilde kavranabilmesi için; öncelikle Tahkim Usulünü düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun hükümlerini; bilahare Tahkim hükümlerinde geçen kavramları, bu hükümlerin tek tek incelenmesi içinde aktarmayı ve açıklamayı, sistematik olarak daha yararlı bulduk.

HUKUK USULÜ MUHAKEMELERİ KANUNU

Madde- 516. İki taraf aralarındaki nizam hal için hakem tayin edebilirler. Tahkim hususî bir mukavele ile yapılabileceği gibi herhangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla haline dair bir şart da derc olunabilir.

Madde-517. Tahkimin tahriri olması lazımdır.

Yukarıdaki maddede gösterilen mukavele ve şart tahriren tesbit edilmedikçe keenlemyekündür.

Madde-518. Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.

Madde-519. Bir nizanın hakemler vasıtasıyla halledilip halledilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilâflar mahkemece, basit usulü muhakeme ile⁸ hallonulur.

⁸ HUMK, Madde. 507-511.

Madde-520. Hilafına mukavelede sarahat olmadıkça üç kişi olmak üzere davayı ruyete salahiyettar hâkimler tarafından intihap olunur. Mukaveledeki sarahat mucibince iki taraftan biri intihaba daveti mutazammın tebligat tarihinden itibaren yedi gün zarfında intihap etmezse anın hakemi de hâkim tarafından intihap olunur.

Madde-521. Hakemler, reddi hâkim sebeplerine⁹ müsteniden reddolunabilir.

34 üncü maddenin birinci fıkrası hükmü mahfuz kalmak üzere iki taraf hakemlerin intihap edildiğine muttali oldukları tarihten itibaren ancak beş gün zarfında ret talebinde bulunulabilir.

Ret talebi üzerine davayı ruyete salahiyettar hâkim reddolunan hakemin ve iki tarafın mütalaalarını istima ettikten sonra bu babda kararını verir.

Madde-522. Tahkim müddeti¹⁰ zarfında iki tarafın muvafakati olmadıkça hakemler azlonulamaz.

Hakemlerden biri ret veya istifa sebebiyle ayrılırsa yerine diğeri intihap olunur. Bu halde hâkim tahkim müddetini temdit edebilir.¹¹

Madde-523. Tahkim davası, hakemlerin tayini için mahkemeye müracaat edildiği ve eğer mukavele mucibince hakemlerin tayini iki tarafa ait ise müddei hakemini intihap edip kendi hakemini intihap etmesi hususunu hasmına tebliğ eylediği tarihte ikame edilmiş addolunur.

Madde-524. Dava esnasında iki taraftan biri vefat etmekle tahkim mürtefi olmaz.

Madde-525. Hakemler, hilafına mukavele olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetini tayin ederler, yalnız kendilerine tevdi olunan evrak üzerine hükümlerini verirler.

Madde-526. Deliller hakkında kanunen tayin olunan kaideler¹² hakemler huzurundaki tahkikatta dahi tatbik olunur.

⁹ HUMK, Madde. 28-29.

¹⁰ HUMK, Madde. 529.

¹¹ HUMK, Madde. 529.

¹² HUMK, Madde. 236-374.

Madde-527. Hakemler aşağıdaki hallerde sulh mahkemesine müracaat edebilirler.

1. Yemin icrası¹³,
2. Şahitleri tahlif ve imtina edenleri istima¹⁴
3. Bir ecnebi mahkemesini istinabe,
4. 322, 323 ve 333'üncü ve müteakip maddelerde beyan olunan evrakın ibrazı.

Madde-528. Tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik hadisesi zuhur ederse ceza mahkemesince bu bapta karar verilinceye kadar tahkikat tehir olunur ve tahkim müddeti¹⁵ cereyan etmez.

Madde-529. Hakemler ilk içtimalarından itibaren altı ay zarfında hükmü vermeye mecburdurlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olup münazaa selahiyettar mahkemece halledilir. Bu müddet ancak iki tarafın sarih ve tahriri muvafaklarıyla veya mahkeme reisinin veyahut hâkimin kararıyla temdit olunabilir.¹⁶

Madde-530. Hakemler kararında:

1. Münazaanın neden ibaret olduğunu,
2. Maddi ve hukukî esbabı mucibeyi,
3. Davanın esası ve mesarifi hakkındaki karar ile masrafın miktarını¹⁷ tasrih ile mükelleftirler. Hakem kararı zirine tarihi itası yazıldıktan sonra hakemler tarafından imza olunur.

Tahkimname¹⁸, hakemlerin kararına raptolunur.

Madde-531. Hakemlerin ekseriyetle ittihaz ettikleri karar muteberdir.

¹³ HUMK, Madde-337.

¹⁴ HUMK, Madde-245 vd.

¹⁵ HUMK, Madde-529.

¹⁶ Tahkim müddetinin uzatılması talebi üzerine HUMK'un 529. Maddesine dayanarak mahkeme başkanı veya hâkim tarafından uzatma talebinin kabulü veya reddi kararı temyiz edilemez. (İBK. 6.6.1956, 3/11) Bkz.: Baki KURU, Ejder YILMAZ, Ramazan ARSLAN, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat", 11. Baskı, (Ankara: 1994, Yetkin Yayınları).

¹⁷ HUMK, Madde. 417.

¹⁸ HUMK, Madde. 517.

Madde-532. Hakemler kararını, salahiyettar olan mahkeme¹⁹ kalemine tevdi eder. Karar mahkeme kalemi mahzeni evrakında hıfzolunarak talep eden tarafa sureti verilir.

Mahkeme, kararının tevzii üzerine keyfiyeti ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa tahriren tebliğ ve bunu mübeyyin bir makbuz ahzeder. Karar, iki taraf hakkında ancak tebliğ tarihinde mevcut addolunur.

Madde-533. Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur:

Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş bulunması,

Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri,

Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri. Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur.²⁰

Karar son üç sebepten birine binaen temyizen nakzedilirse hakemler ve müddet yeniden intihap ve tayin olunur.

Madde-534. Hakem kararı aleyhine üçüncü babın ikinci faslı ahkamına²¹ tevfikân iade-i muhakeme talep olunabilir.

Madde-535. İki tarafın iade-i muhakemeden ve 533. maddede muayyen şeraitin tahakkuku halinde temyizden feragatları hakkında evvelce akdedecekleri mukavele keenlemyekûndur.

Madde-536. Hakemlerin verdiği karar temyiz müddeti²² geçince mahkeme reisi veya hâkim tarafından tasdik olunur. Tasdik keyfiyeti karar zirine ve zaptı mahsusa yazılır. Hakem kararları ancak bu suretle kabili icradır.

¹⁹ HUMK, Madde-520.

²⁰ İBK. 23.10.1972, 2/12. "Hakem kararlarının bozulması halinde, yeni seçilen hakemler, ancak bozma çerçevesinde inceleme yapıp karar verirler; bozmanın dışına çıkamazlar. Bozma dışında kalan kısımlar, lehine karar verilen taraf için usulî kazanılmış hak oluşturur."

²¹ HUMK, Madde-445-454.

²² HUMK, Madde-432.

TAHKİM USULÜNDE KAVRAMLAR VE AÇIKLAMALAR

TAHKİM AKDİ
TAHKİM ŞARTI
TAHKİM SÖZLEŞMESİ
TAHKİMİN YAZILI OLMASI
TARAFLAR
NİZA/İHTİLÂF
HAKEM

Madde- 516. İki taraf aralarındaki nizaı hal için hakem tayin edebilirler. Tahkim hususî bir mukavele ile yapılabileceği gibi herhangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla halline dair bir şart da dercolunabilir.

TAHKİM AKDİ

Tahkim genel yargıya istisna teşkil eden bir yargılama şekli olduğundan, bu yargılama şekline ait kurallar ya mecburi tahkimde olduğu gibi bir kanun hükmü ile, ya da ihtiyarî tahkimde olduğu şekliyle tarafların iradeleri ile teşekkül etmektedir.

Taraflar arasında doğmuş veya doğacak uyuşmazlıkların mahkemeye başvurmaksızın hakem yoluyla halledileceği şeklinde beliren iradeleri, Borçlar Kanununda hükümleri açıkça vazedilen bir akdi meydana getirmektedir. İşte tarafların aralarındaki anlaşmazlıkların hakem marifeti ile çözümleneceğine ilişkin iradelerinin yansıdığı akit genel nitelikte bir tahkim akdidir.

Tarafların, aralarındaki ihtilâflarını tahkim yoluyla çözebileceklerine dair anlaşmaları, ihtilâfın doğuşundan önce ve doğuşundan sonra olmak üzere iki şekilde olmaktadır. Bu nedenle tahkim akdi, taraflar arasında ihtilâfın doğduktan veya doğmadan önce yapılmasına göre değişik isimler almaktadır.

Genel olarak 'tahkim akdi' terimi ile ifade edilmekle birlikte, ihtilâfın doğmuş olması veya doğmadan yapılmış olması nedeniyle aldığı isimlere göre tahkim akdinin nevelerini inceleyecek, sonra da her ikisine ait şekil şartlarını birlikte ele alacağız.

TAHKİM ŞARTI VE TAHKİM SÖZLEŞMESİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu tahkim ile ilgili hükümler ihtiva etmesine rağmen, tahkim şartı ve tahkim sözleşmesini tavsif etmemiş, 516 ve 517. Maddelerde 'hususî mukavele' ve 'şart' deyimlerini kullanmıştır. 516. Maddede, tahkimin hususî bir mukavele ile yapılabileceği ifade edildikten sonra, herhangi bir mukaveleye, bundan tehdüd etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasıyla halledileceğine dair bir şart dercolunabileceğini açıklamıştır. maddenin bu ikinci hükmü tahkim şartının bir şekilde tarifi olmaktadır. Bu hükme göre **tahkim şartı**, ileride doğması muhtemel ihtilâflar için mukaveleye konan bir şartı ihtiva etmektedir.

Maddenin ilk cümlesi ise, tahkimin hususî bir mukavele ile yapılabileceğinden bahsederken, doğmuş bir ihtilâfın halli için bir tahkim sözleşmesi yapılabileceğini öngörmektedir. Bu da hukukî ilişkiyi belirleyen esas mukavele dışında bir sözleşme ile tahkim anlaşması yapılabileceğini ifade etmekte, dolayısıyla **tahkim sözleşmesinin** tarifi vermektedir.

Genel olarak tahkim akdi, taraflar arasında halen mevcut olmayan fakat ileride doğması muhtemel anlaşmazlıklara ilişkin olarak yapılmış ise tahkim şartından, halen doğmuş olan bir anlaşmazlığa ilişkin ise tahkim sözleşmesinden söz edilebilir.

Özetle, Tahkim Sözleşmesi ile Tahkim Şartı arasındaki bariz fark, Tahkim Sözleşmesinin doğmuş bir ihtilâf, Tahkim Şartının ise doğacak ihtilâf için yapılmasıdır.

Usul Kanunumuz tahkim şartı ile tahkim anlaşması arasında şekil ve muhteva bakımından açıklayıcı hükümler vaketmediğinden, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere şekil şartları konusunda her ikisini düzenleyen hükümleri birlikte ele alacağız.

TAHKİM ŞARTI

Tahkim şartı, halen mevcut olmayan ve ileride doğması muhtemel bir anlaşmazlık hakkında tarafların tahkim usulünü uygulayacaklarına dair anlaşmalarıdır. Bu anlaşma, müstakil bir sözleşme olabileceği gibi, herhangi bir sözleşmenin içinde yer alan bir hüküm şeklinde de olabilir.

Taraflar arasında hakemler tarafından karar verilmesi gereken ihtilâfların evvelce mevcut olması gerekli değildir. Çok defa taraflar gelecekte doğacak olan ihtilâfların hakemler tarafından halledilmesi hususunda anlaşılırlar. Örneğin: “Bu sözleşmeden doğacak ihtilâfları çözmede (kişi veya kurum) yetkilidir” ifadesi ile artık genel mahkemelerin yetkisi kalkmış, belirtilen kişi veya kurum yetkili hale gelmiş olacaktır. İşte bu halde bir **Tahkim Şartı**ndan söz edilir. Bu şartın geçerliliği, taraflar arasında belirgin bir hukukî ilişki ve bu hukukî ilişkiden ileride doğacak ihtilâfa bağlıdır.

Tahkim şartı, eğer bir ana sözleşmenin içinde bir hüküm olarak dercedilmiş veya bu sözleşmeye atfen yapılmış bir tahkim şartı sözleşmesi ise, bu sözleşme hükümlerine ve sonucuna bağlıdır. Ana sözleşmeden bir ihtilâf çıkmadığında tahkim şartının da geçerliliği kalmaz. Diğer bir deyişle, tahkim şartı sözleşmede belirtilen doğması muhtemel ihtilâfa ilişkin bir şarttır. Başka ihtilâflar için geçerli değildir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi, taraflar arasında süreye bağlı olmadan veya belli bir süre içinde doğmuş veya doğacak her türlü ihtilâfın tahkim ile çözülebileceğini öngören bir tahkim akdi geçerli sayılamaz.

Öte yandan, bütün ihtilâfların bir akitle tahkime bağlanması, tahkim usulüne genellik vasfı tanınmış olması neticesini doğurur ki, tahkim usulüne aykırıdır. Zira Türk Hukuk Sisteminde Tahkim, genel yargıya bir istisnadır. Mutlak surette genel yargının yetkisi içinde kabul edilen ihtilâflar tahkime konu olamazlar.

Tahkim şartında, taraflarca yazılmamış veya unutulmuş olan usule dair boşluklar varsa, bu hususları hakem heyeti kendi tespit eder ve uygular. Tahkim uygulamasında takip edilen usul de bu tarzda cereyan etmektedir.²³ Esasen HUMK’un 525. Maddesi de buna cevaz vermektedir. 525. Madde hükmüne göre hakemler, taraflar aksini kararlaştırmamış iseler, tahkikatın şeklini ve tahkim davasının görülmesi esnasında gerekli süreleri belirleyebilirler. Tahkim Şartı, ihtilâfa konu asıl sözleşmede belirlenecek hukuka tabidir.

²³ Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 23.

Tahkim Sözleşmesi ise, asıl sözleşmeden bağımsız bir akit olduğundan, taraflar tahkim sözleşmesinin tabi olacağı hukuku ayrıca tespit edebilirler.

Mühendise Müracaat Şartı

Bazen tarafların tahkim şartına, aralarındaki ihtilâfı gidermek için tahkime gitmeden önce “**mühendis’e müracaat**” şeklinde bir şart koydukları da görülmektedir. Özellikle Dünya Bankası gibi milletlerarası kuruluşlardan alınan kredilerle ilgili sözleşmelerde, bu tür sözleşmelerin bağlı olduğu şartnamelerin uygulanmasından veya yorumundan çıkan uyuşmazlıklarda tahkim davasını açmadan önce talep sahibi tarafından ihtilâfın mühendise götürülmesi ve mühendisin ihtilâfı çözemediği durumlarda tahkime gidilebileceği öngörülmektedir.²⁴

Yargıtay, buradaki ‘mühendise gitme’ şartının, tahkim şartını geçersiz sayamayacağına hükmetmekte, dolayısıyla önce mühendise gidilmediği için tahkim davasının reddini isteyen tarafın bu talebini yerinde bulmamaktadır.²⁵

TAHKİM SÖZLEŞMESİ

Tahkim Sözleşmesi, tarafların, aralarında doğmuş anlaşmazlık hakkında genel yargıya başvurmadan tahkim usulünü uygulayacaklarını kararlaştırdıkları anlaşmadır. Örneğin: Bir sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi aşamasında sözleşmenin uygulanması veya yorumlanması hususlarında bir ihtilâf çıktığında taraflar ihtilâfın genel mahkemelerce değil özel kişilerce çözümlenmesini isteyebilirler. Bunun için de yapacakları bir başka sözleşmede “ihtilâfı çözmeye kişi veya kurum yetkilidir” ibaresini koymaları yeterlidir. İşte bu sözleşmeye **Tahkim Sözleşmesi** denir.

Tahkim Sözleşmesi genellikle Tahkim şartı ile karıştırılmaktadır. Oysa ki Tahkim Şartı, Tahkim sözleşmesi ile aynı şey değildir. Şöyle ki:

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tahkimi konu alan hükümlerinin başlığı **TAHKİM**’dir. Usul Kanunu, Tahkim Sözleşmesi ve

²⁴ Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 22.

²⁵ Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 22.

Tahkim Şartını ayrı ayrı vasıflandırmamış, birbirinden ayırt etmemiştir. Tahkimi düzenleyen 516. Maddenin başındaki 'Tahkim' ifadesi 'Tahkim Usulü' anlamına kullanıldığı halde, madde metinlerinde Tahkim Sözleşmesi ve Tahkim Şartı anlamında kullanılmıştır. 'Kanunun aynen iktibası sırasında yapılan tercüme eksikliği ve tabir yanlışlığı'²⁶ yüzünden kaynak Neuchatel Kanunu ile Türk Kanunu arasında çelişki ve eksiklik oluşmuştur.

Tahkim Şartı ile Tahkim Sözleşmesi Ayırımının Sonuçları

Tahkim şartı ile tahkim sözleşmesi arasındaki ayrımın sonuçlarını şöyle sıralamak mümkündür.

1. Tahkim şartı, taraflar arasında düzenlenen asıl sözleşme ile birlikte henüz herhangi bir ihtilâf çıkmadan yapılır ve asıl sözleşmenin içinde madde halinde düzenlenir.

Tahkim sözleşmesi ise, asıl sözleşmeden bağımsız ve bu sözleşme sonucu ihtilâf çıkması halinde ayrı bir sözleşme şeklinde yapılır.

Tahkim şartında henüz bir ihtilâf söz konusu değildir ve sadece taraflar arasında yazılı bir akde istinad ettirilen hukukî bir münasebet vardır. Tahkim Sözleşmesi ise, bu hukukî münasebet sonucunda hukukî münasebeti düzenleyen sözleşmenin yorumundan veya uygulanmasından doğan uyuşmazlık üzerine yapılan ayrı bir sözleşmedir.

2. Gerek tahkim şartı gerekse tahkim sözleşmesi her ikisi de bir usul hukuku sözleşmesidir. Fakat tahkim şartını da içeren ve taraflar arasındaki akdî münasebeti düzenleyen ana sözleşme aynı zamanda bir maddî hukuk sözleşmesi yani bir Borçlar Hukuku Sözleşmesidir. Bu anlamda ana sözleşme ile tahkim şartı usul olarak birbirinden bağımsızdır.

Asıl sözleşme, taraflar arasında alacak-borç ilişkisi veya bir işin yapılması veya yapılmaması hususundaki ilişkiyi düzenleyen ve içinde bu ilişkiden dolayı bir ihtilâf çıkması halinde ihtilâfın hakem eliyle çözülebileceğini de içeren bir hüküm taşımaktadır.

Asıl sözleşmenin geçerli olduğu durumlarda, bu sözleşmenin içerdiği tahkim şartı usul hukuku bakımından ayrı bir statüye ve pro-

²⁶ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 120.

sedüre tabi olduğundan geçersiz sayılabilir. Örneğin, vekil tarafından imzalanan bir ana sözleşme geçerli olduğu halde, vekaletnamesinde Tahkim Sözleşmesi yapma yetkisi olmadan imzaladığı bu ana sözleşmedeki tahkim şartı geçersiz sayılacaktır. Zira, HUMK'un 63. ve Borçlar Kanununun 388/3. Maddeleri hükümleri, tahkim şartı için özel yetkiyi emretmektedir. O halde Vekilin vekaletnamesinde tahkim yetkisi yoksa, vekaletnameye dayanarak imzaladığı ana sözleşme geçerli sayıldığı halde, ana sözleşme içerisindeki tahkim şartı geçersiz sayılacaktır.

Tahkim sözleşmesi ise ihtilâfın halli konusunda ana sözleşmeden bağımsız bir Usul Hukuku Sözleşmesidir. Aralarında ihtilâf çıkan tarafların, ihtilâflarını hakem yoluyla çözmeye iradelerini ortaya koyan ve asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde taraflar sadece ihtilâfı çözecek kişi veya kurumu belirleyebilecekleri gibi, tahkimin nerede, ne şekilde, hangi usullerle ve hangi sürede çözümleneceğine ilişkin şartları da belirleyebilirler.

TAHKİMİN YAZILI OLMASI

Türk Hukukunda tahkim yazılı usule tabidir. Nitekim HUMK'un 517. Maddesine göre:

“Tahkimin tahriri olması lazımdır.

Yukarıdaki maddede gösterilen mukavele ve şart tahriren tesbit edilmedikçe keenlemyekündür.”

Kanunun tahkim şartı ve tahkim sözleşmesi arasında ayırt edici özellikler vaz etmemesi nedeniyle, her ikisinin de tabi olduğu şekle ait hükümleri birlikte incelenmektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki ihtilâfın hangi hukukî muameleden doğduğu veya doğabileceğinin tayini için, akdettikleri tahkim sözleşmesinin ve tahkim şartının **yazılı (tahriri)** olması gerekir. Yazılı olmayan tahkim sözleşmesi ve tahkim şartı hüküm doğurmaz.

Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartının yazılı şekle tabi kılması, bunların, Borçlar Kanununda tayin edilen şekilde yapılması zaruretini de doğurmaktadır. Borçlar Kanununun Akitlerin inikadını (teşekkülünü) düzenleyen 13. Maddesinde, yazılı olması gereken

akitlerde, tarafların imzalarının bulunması, 14. Maddesinde de, imzanın el yazısı ile atılmış bulunması gerektiği belirtilmektedir. İmzaların aynı anda atılması gerekli değildir. Taraflardan birinin, aralarındaki ihtilâfın tahkim yoluyla çözümlenmesini karşı tarafa yazılı olarak bildirmesi, karşı tarafın da buna ilişkin muvafakatini yazılı olarak bildirmesi, tahkim akdinin veya tahkim şartının geçerliliği için yeterlidir. İmzaların aynı metin altına atılmış olması da şart değildir. Birbirlerine yaptıkları icap ve kabul altındaki imzaları, akdin teşekkülü için yeterli sayılır. Tahkim Sözleşmesi de taraflar arasındaki ihtilâfların halli yönünde iradelerini ortaya koyan bir akit olduğundan Borçlar Kanununun akitlerin teşekkülü için belirlediği şartlara uyması bir gerekliliktir.

İlk bakışta yazılı olma şartının geçerli olup olmadığı tartışmalı olan Sözleşme, tarafların bu Sözleşmeye göre hakemlerini seçmeleri ve hakemler önünde yargılamaya katılmaları ve hakem kararının verilmesinden sonra geçerlilik kazanır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.

İmza atamayanlarla ilgili olarak, Borçlar Kanununun 15. Maddesinde ve 12.2.1930 tarih ve 29/30 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; imza atmaya muktedir olmayan ve yazı bilmeyen şahsın, imza yerine kaim olabilecek ve HUMK'un 297. Maddesi uyarınca İhtiyar Heyeti ve mahallince tanınan iki kişi tarafından onanmış mühür veya el ile yapılmış bir işaret (baş parmağın mürekkebe batırılarak imza bölümüne bastırılması suretiyle) kullanabileceği belirlenmektedir.

Tahkim Şartının tek taraflı bir irade beyanıyla teşekkül edemeyeceği kanun gereği olmakla birlikte, kanuna göre bunun istisnaları da vardır: Örneğin: Vakıf Senedinde, Vasiyetname veya Mükafat Vaadi Taahhüdünde yer alabilecek tahkim şartı, tahkim şartını öngöreni ve lehine tasarruf yapılına bağlar.

Ancak bir kısım hukukçunun kabul etmesine karşılık, vasiyetnamelerdeki tahkim şartının, tasarruf nisabını da içermesi halinde, bu şartın mirasçılara bağlamasının mümkün olmadığı görüşüne²⁷ katılıyo-

²⁷ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 130.

ruz. Zira, doğacak ihtilâfın tarafları, vasiyetnamedeki tahkim şartını kabul etmedikleri müddetçe, o şart lehine vasiyet edilenleri bağlamaz.

Vakıf Senesinde, Vakfedenin tahkim şartına dair tek taraflı irade beyanı, vakıf senesinde taraf olmayanları bağlamaz. Bunlar mirasçılar, alacaklılar ve üçüncü şahıslar olabilir.

Vakıf senesindeki tahkim şartı, –kamu düzenini ilgilendirmedikçe– vakıf organları arasında bağlayıcıdır.

Yine, Medenî Kanununun 77. Maddesi, vakıf senesinde vakfın organlarının, temsil ve idare şeklinin gösterileceğini belirtmiştir. Ancak vakfın teftiş, murakabe ve gayesinin değiştirilmesine ilişkin tahkim şartı, kanunun emredici hükümlerine aykırı ve kamu düzenini ilgilendirdiğinden geçerli olamaz.

TARAFLAR

Tahkim sözleşmesinde en az iki tarafa ihtiyaç vardır. Bu taraflar, hem gerçek kişi hem de tüzel kişi olabilirler. Tahkim sözleşmesine taraf olabilmek için hak ehliyetine, yani gerçek veya tüzel kişiliğe sahip olmak gereklidir.

Taraflar, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesini temsilcileri vasıtasıyla da yapabilirler. Tüzel kişilerde temsilin kapsamını, tahkimin gerektirdiği temsil için yetkili olma şeklinde anlamak gereklidir. Bu da, temsilcinin tüzel kişilik adına borçlanma, tahkim, sulh ve ibra gibi yetkilere haiz olması anlamına gelir.

Taraflar, tahkim şartı ve tahkim sözleşmesini vekilleri vasıtasıyla da yapabilirler. Bu takdirde vekilin, temsil ettiği taraf adına tahkim yapma yetkisini haiz olması gereklidir. Borçlar Kanununun 388/2 ve HUMK'un 63. Maddeleri hükümleri bu hususta emredici kaidelerdir. Bu maddeler uyarınca tarafın, vekiline tahkim için özel yetki vermesi gerekmektedir.

Veli, velayeti altındaki küçük adına tahkim sözleşmesi yapabilir. Vasinin ise Sulh Hukuk Mahkemesinden izin alması şarttır.

Tahkimin devamı sırasında taraflardan birinin ölümü halinde tahkim ortadan kalkmaz. Ölenin mirasçıları tahkim sözleşmesi ile bağlıdır.

İflas idaresi ve vasiyeti tenfiz memuru da tahkim sözleşmesi ile bağlıdır.

Asıl borçlu tarafından yapılan tahkim sözleşmesi, müşterek borçlu veya kefilî bağlamaz.

Taraflar tahkim sözleşmesine bir konsorsiyum şeklinde de taraf olabilirler. Bu halde, tahkim sözleşmesinin, sözleşmenin tarafı olan konsorsiyuma katılanı bağlaması için, katılan tüzel kişinin tahkim sözleşmesini bizzat imza etmesi ve tahkim iradesini belli etmesi gereklidir. Konsorsiyum üyelerinden birinin diğerini veya diğerlerini temsil edebilmesi, tahkim sözleşmesi yapmaya yetkili özel bir vekaletname ile yetkilendirmesine bağlıdır. Aksi halde imzalamayan üye tahkim sözleşmesinin tarafı olamaz.

NİZA/İHTİLÂF

Taraflar arasındaki ihtilâfın tahkime konu olabilmesi için, ihtilâfın bir davaya konu olabilecek nitelikte olması gerekir. Diğer bir deyişle, taraflar arasında dava konusu olabilecek çekişmeleri yoksa, tahkim de söz konusu olamaz. Bu nedenle, çözümünün taraflara bir yararı olmayacağı ihtilâflar tahkime konu olamaz. Bunun en bariz örneği, taraflar arasında vuku bulan müşterek bahis ve yarışma gibi ihtilâflardır.

Tahkim, genel yargının yetkisine bir istisnadır. İstisnalık hali, belirgin ve sınırlı olma halini ifade edebileceğine göre, çekişmenin hangi hukukî münasebet veya muameleden doğduğu veya doğabileceğinin taraflarca tayini yani muayyen hale getirilmiş olması gereklidir. Muhtemel ve muayyen bir ihtilâf hakkında tahkim akdi geçerlidir. Zira burada ihtilâf önceden tayin edilmiş, belirlenmiştir. Aradaki hukukî ilişki muhtemel olmasına rağmen, doğacak ihtilâflar belirgin olarak gösterilmiş olmaktadır.²⁸

Taraflar arasında süresi belli olmayan bir zamanda veya belli bir süre içinde doğmuş veya doğacak her türlü ihtilâfın tahkim yolu ile çözümleneceği şartı, ihtilâfın tayin edilmiş olmaması sebebiyle, geçerli sayılamaz.²⁹ Bu nedenle tahkim şartında, tahkim şartının da içinde yer aldığı veya atıf yapıldığı ana sözleşmedeki süreler ve ihtilâflar

²⁸ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 138.

²⁹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 137.

esas alınacaktır. Diğer bir deyişle ana sözleşme içinde belirtilen süre içinde ortaya çıkacak ihtilâflar tahkime konu olabilecektir. Aksi halde ihtilâf tayin edilmemiş olacağından bu şekilde yapılacak tahkim şartı geçersiz olacaktır.

HAKEM

Hakem, Taraflar arasındaki anlaşmazlıklar hakkında karar vermeye yetkili kılınmış kimsedir. HUMK'ta hakemlerin nitelikleri belirlenmemiştir. Bu yüzden, medenî hakları kullanmaya ehil her gerçek ve tüzel kişi hakem olabilir.

Hakemin Niteliği

Hakemin niteliği hakkında sürekli ihtilâf olagelmıştır. Bir kısım hukukçular hakemi gördüğü iş bakımından hâkim niteliğinde kabul etmektedirler. Hâkim ve hakemin, ihtilâfların çözümünde birer karar mercii olduğu tespitinden yola çıkarak hakemin de hâkim gibi adalet dağıtan bir makam olduğunu ifade eden bu görüşe göre hakem de hâkim gibi bir kamu görevi ifa etmektedir. Ayrıca bu görüş sahipleri, hakemliğin adalet dağıtım mercii olması ve adalet dağıtımının da esasen devletin yetkisinde olmasını neden göstererek, taraflar ve taraflarla hakem arasında oluşan hukukî sözleşmenin de bir kamu hukuku tasarrufu olduğunu ifade etmektedirler. Dolayısıyla hakem tayininin de kamu hukukunun kullanılmasının bir sonucu olduğunu iddia ederken; kamu hukukunun muhtevası içinde devlete ait bir hak niteliğinde olan 'yargı organı ihdas etmek' de var olduğuna göre, hakem tayininin bir kamu hukuku tasarrufu olduğunu kabul ederler.³⁰

Tüm yargı tasarruflarının devlete ait olduğu görüşünden yola çıkan ve temelde Katı Devletçi Fransız Hukuk sisteminde oluşan bu anlayışın, esasen ihtiyarî bir yargılama usulü olan tahkim usulüne uyarlanması bizce mümkün değildir. Devletin özel hukuk alanına ilişkin emredici veya yardımcı hükümler vazetmesi ile, bireylerin özel hukuk alanındaki ihtilâflarının güvendiği kişilerce ve arzu ettiği kaideler çerçevesinde çözümlenmesini talep etmesi ve gerçekleştirmesi apayrı hususlardır.

³⁰ Katı Devletçi bu anlayışla ilgili görüşler için bkz.: Rasih YEGENGİL, a.g.e., s. 195.

Bilhassa devletin, vatandaşlarının inanç ve örfüne veya toplumda yürürlükte olan ve evrensel değerlere aykırı olmayan uygulamalarına ters düşecek düzenlemelerle kendini gösterdiği hallerde, tahkim gibi özel hukuk alanına ilişkin ihtiyarî yargılama usulleri açısından bu görüşün kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Hakemlerin yaptıkları görev bakımından, bilhassa bazı kurumlara ait Mecburi Tahkim Kurullarında görev yapan hakemlerin kamu görevlisi statüsüne kavuşturulmaları doğru sayılabilir. Bu durum Tahkim Kurumlarının itibarını ve hakemlerin teminatını da sağlayabilir. Fakat, hakemlerin kamu görevlisi sayılabilmesinin gerekçesini, “ben devletim, adaletin tevzii tekelimde olduğu gibi, adaleti tevzi edenleri de mutlak belirlerim” anlayışına dayandırmak, ulusal devletten sosyal hukuk devletine geçildiği bu çağda, her halde kabul edilemez. Bu tahkimin yapısına da aykırıdır.

Devletin yargısına güvenen ve adaletin dağıtımındaki gecikmeden rahatsız olmayanların zaten tahkim yargısı ile işi olmamaktadır. Özel hukukun gelişmesinde tahkime duyulan ihtiyaç, devletin en az müdahalesi ve daha çok tahkimi müeyyidelendirmesi ile giderilebilir kanaatindeyiz.

Doktrinde, hakemlerin niteliği konusunda, hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak kabul edenler olduğu gibi, bir hizmet akdi olarak kabul edenler de vardır. Türk Hukuk Sisteminde de, hakemle taraflar arasındaki ilişki bir vekalet akdi olduğu gibi bir hizmet akdi olarak da kabul edilmektedir. Yargıtay muhtelif kararlarında bu ilişkiyi, bazen usul mukavelesi, bazen kendine mahsus (sui generis-nev’i şahsına münhasır), bazen de usul mukavelesi olarak değerlendirmektedir.³¹

Tüm bunlardan çıkarılacak sonuç şu olabilmektedir: “Hakemin hâkimlikle bağdaşması mümkün olmayan yanları bulunduğu kadar vekillikle de taban tabana zıt yönleri vardır. Hakemlerin taraflarla ayrı ayrı münasebetleri ve iç ilişkileri hâkimlikle nasıl bağdaşmazsa, taraflar karşısında iç ilişkiye zıt olan davranışları ve dış görüntüleri de ve-

³¹ Söz konusu Yargıtay kararları için bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 398, 401 ve 435’de 82, 86 ve 188 nolu kararlar.

killikle bağdaşmaz. Hakem, nitelik bakımından, ne hâkim ve ne de vekildir. Hakem kendinden başka hiçbir şeyin tam benzeri değildir.”³²

Hakemlikte Ehliyet

Objektif Şartlar

Hakemliğin niteliği konusundaki tartışmalar hakemlerin ehliyeti konusunda da bazı ayrılıklar oluşturmaktadır. Hakemliğin bir tür vekillik olduğundan yola çıkıldığında belirlenecek ehliyet şartları ile hakemin hâkimlik sıfatının kabul edilmesi durumunda belirlenecek ehliyet şartları farklılık arzedecektir. Bu durumda hakeme vekillik veya hâkimlik sıfatı izafe etmeden, kanunun tanımladığı müstakil bir müessese olarak ele alan ve onda aranması gereken ehliyet şartlarını buna göre tayin etmek gerektiğine işaret eden Rasih YEĞENGİL’in görüşüne katılmamak mümkün değildir. YEĞENGİL’e göre: Kanun mademki, hakemin ehliyet şartlarını tayin etmemiştir, o halde hakemin ehliyetini tayin yetkisi taraflara bırakılmış demektir. Kaide olarak hakemlerin, tarafların iradesi dışında hiçbir ehliyet şartına tabi tutulmamaları asıldır.”³³

Hakemlerin yetki ve tasarruflarının kullanılması hususunda da yine Rasih YEĞENGİL’in objektif ehliyet kriterlerini esas almaktayız. Örneğin: Okur yazar olmayan bir kimsenin karar yazması mümkün olmadığı gibi tarih ve imza atabilmesi de mümkün değildir. Her ne kadar tasdikli mühür kullanabilirse de, hakem olacak kişi okur yazar olmadığından kararı başkasına yazdırması gerekliliği, onun kararı okumadan tasdik etmesi anlamına gelir ki, bu da kararın hakemden sadır olmadığı kanaatini doğuracaktır. Hakemlik tamamen şahsa bağlı bir iş olduğundan, kararı yazdırırken başkasına vekalet vermesi mümkün olmamalıdır. Aksi halde taraflardan birinin karara karşı kanun yoluna gitmesi halinde hakem kararı tenfiz edilmeyecektir. Boşuna iştigale meydan vermemek için hakemlerin okur yazar olmaları gerekmektedir.³⁴

³² Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 201.

³³ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 205.

³⁴ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 206.

Temyiz kudretini haiz olmak, okur yazar olmak, başkasını tevkil etmemek, temsil yetkisi vermemek, niyabet uygulamamak (üçüncü bir kişiyi hakem tayin etmek veya kendi yerine tahkim yaptırmak), hakemliğin objektif şartları olarak belirlenebilir.

Hâkimler ve Savcılar, Anayasanın 140. Maddesi hükmüne göre hakem olamazlar. Zira bu hükme göre, “Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar”. Yargıtay’a göre de hâkimler ve savcılar hakem olamazlar. Bu husus temyiz incelemesinde re’sen dikkate alınır. Buna rağmen hâkimin hakem olarak karar verdiği bir dava Yargıtay incelemesi sonucu kesinleşmiş ise artık geçerlidir. Ancak bu takdirde hakem olan hâkime ücret takdir edilemez. Yargıtay’ın kararına göre Danıştay Hâkimleri de hakemlik görevi ifa edemezler.

Taraflardan biri veya taraflardan birinin kanunî temsilcisi hakem olamaz. Aksi halde hakem kararı hükümsüz sayılır.

Hakem tayin edilen kimse, görevi kabul etmek zorunda değildir. Ancak kabul ettiği takdirde görevi ifa etmek zorundadır.

Hakemlerin yabancı olmasını engelleyen bir hüküm kanunlarımızda mevcut değildir. Ancak yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icra kabiliyeti kazanabilmesi, kararın Türk Mahkemelerince tenfizine bağlıdır. Yabancı hakem kararlarının bu prosedüre tabi olması, sözleşmelerdeki yabancı hakem şartını geçersiz kılmaz.

Hukukumuzda yukarıda ifade ettiğimiz gibi hâkim ve savcılar dışında okur yazar ve temyiz kudretini haiz olan gerçek kişiler hakem olabilir. Okuma imkanı olmayan körler hakem olamazlar. Yargıtay, hakemlerin ehliyetine ait sebeplerin re’sen uygulanacağına hükmetmektedir.

Subjektif Şartlar

Her ihtilâfın konusuna ve taraflarına göre değişen hakemlik ehliyet şartları olabilir. Taraflar doğmuş veya doğacak ihtilâfları için, bu ihtilâflarını çözebilecek yeterlilikte kimseleri hakem tayin edebilirler. Hatta taraflar kendi menfaatlerini kanunların belirlediğinden daha ziyade takdir edebileceklerinden, kanunun aradığı objektif şartlardan daha kesin bir şekilde subjektif kriterlerle hakemlerini tayin edebilir-

ler. Esasen bu belirleme, tahkimin ihtiyarî oluşunun bir gereğidir de. Ayrıca hakemlik güvene dayanan bir kurumdur. Bu bakımdan usul kanunları, hakemlerde aranacak objektif kaideleri sınırlı tutmakta, sadece tahkimin yozlaşmasını ve akabinde genel mahkemelerde artacak iş yoğunluğunun önlenmesini engelleyecek hükümler vazetmekle yetinmektedir.

Taraflar hakem seçerken, hakemlerin uzmanlığını, tarafsızlığını veya herhangi bir özelliğini önceleyerek tercih ve tayin yaparlar. İhtiyarî tahkimin ana özelliği de budur.

Tarafların hakemlerini tayin etmemiş olmaları durumunda usul kanunu devreye girecek ve hakem tayininde hükümler vazedecektir. Nitekim HUMK, bu durumda hakemlerin nasıl seçileceğini vazetmiştir.

Yabancı resmî bir makamın hakem tayin edilmesinde Yargıtay, hakem olarak tayin edilen makamın resmî olup olmadığını ve yabancı hakem makamının bulunduğu devlet ile Türkiye arasında ihtilâfların hakem yolu ile halli konusunda bir anlaşmanın mevcudiyetini aramaktadır.

Tüzel Kişilerin Hakemliği

Tüzel kişilerin hakem olabilmeleri kanunen yasaklanmadığından, tüzel kişinin hakem olarak tayin edilmesi durumunda, tüzel kişinin organları vasıtasıyla bu hakemlik görevi ifa edilir. Nitekim Mecburî Tahkime örnek olarak gösterilen Avukatlık Kanununun 42/son maddesi ile Noterlik Kanununun 49. Maddesi bu esasa göre düzenlenmiştir. Yargıtay'ın da görüşü bu şekildedir.

Tüzel kişinin hakem tayin edilmesi durumunda hakemin vazifesi ve tüzel kişinin hangi organının tahkime yetkili olduğu taraflarca belirlenmeli veya tüzel kişinin statüsünde (Ana Sözleşmesi veya tahkime ilişkin görevlendirmesinde) belirgin olmalıdır. Tüzel kişinin ana sözleşmesinde belirli bir organın hakem olacağı açıklanmış ise tarafların tüzel kişiyi hakem tayini geçerlilik kazanır. Aksi halde tüzel kişinin hangi organının hakem olacağı anlaşılamayacağından hakem tayini batıl olacaktır.

Hakem tayin edilen tüzel kişi, bir Tahkim Kuruluşu ise yukarıda sayılan hususlar aranmayacaktır. Yargıtay içtihatlarında ve Ticaret ve Sanayi Odaları Hakkındaki 5590 sayılı Kanunun 5. Maddesinde, ilgililerin talebi üzerine odaların ticari ve sınai ihtilâflarda hakem olabileceği, 17. Maddesinde de odanın hakem tayin edilmesi durumunda Oda Meclisinin hakemleri seçeceğini öngörmektedir.

HAKEMLERİN TAYİNİ

Tahkim usulünün gereği olarak, hakem tayin edilmedikçe tahkim cereyan etmeyecektir. Bu bakımdan tahkimde hakem tayini ve tayin usulü önemlidir. Esas olan, tarafların tahkim sözleşmesinde hakemlerini belli etmeleridir. Taraflar tahkim usulünün belirlenmesinde olduğu gibi hakem tayininde de serbest iradeleriyle hareket edebilmektedirler. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu da bu hususta sınırlamalar getirmemektedir. HUMK, hakemlerin tayin şeklini, zamanını ve adedini tarafların serbest iradelerine bırakmaktadır.

Ancak HUMK, hakem tayininde unutma, eksik bırakma veya kötü niyet nedeniyle meydana gelebilecek gelişmeleri önlemek bakımından bir takım kurallar vazetmiştir. Taraflar arasında başlangıçta iyi niyetle belirlenen tahkim usulünde, zaman içinde oluşması muhtemel husumetlere karşılık kanunun bir takım tedbirler alması kaçınılmazdır. Nitekim HUMK, hakem tayini hususunda emredici hükümler vazetmek yerine, tarafların hakem tayin etmemeleri veya hakem tayin şeklini belli etmemeleri hallerinde uygulanacak yardımcı (tefsiri) hükümler getirmiştir.

HUMK'un 516. Maddesi, tarafların ihtilâflarını hal için hakem tayin edebileceklerini vazedirken, hakemlerin sayısını açıklamamış ve tam bir irade serbestliği sağlamıştır. 520. Maddede de aksine sözleşme yoksa hakemlerin üç kişi olarak seçilebileceğini ve seçimin mahkeme tarafından yapılacağını, taraflardan birinin hakem seçimi için karşı tarafa davetiye çıkarması halinde, davetiye tebliğinden itibaren yedi gün içinde hakemini seçmediği takdirde onun hakeminin de hâkim tarafından seçileceğini belirtmektedir.

Şimdi aşağıda, tarafların tahkim usulünde serbest iradeleriyle belirledikleri veya belirlemedikleri durumlara göre hakem tayin usulleri hakkında HUMK'tan doğan yükümlülükleri inceleyeceğiz.

Hakemlerin tayini genellikle beş şekilde olabilmektedir.

1. Hakemin Tahkim Sözleşmesinde Gösterilmesi

Taraflar, tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında, ileride meydana gelebilecek ihtilâfın çözümü için belirli şahısları hakem tayin edebilirler. Ancak tayin ettikleri hakemlerin muvafakatlarını almaları gerekir. Aksi halde tayin edilen hakem veya hakemler görevi kabul etmeyebilirler. Bu durumda tahkim sözleşmesi hükümsüz kalacak ve dava mahkemede açılacaktır. Bu durumda bile taraflar, tahkim sözleşmesinin yürürlüğüne karar verebilir ve hakemlerini seçebilirler.

2. Hakemin İhtilâf Vukuunda Taraflarca Seçilmesi

Tahkim sözleşmesinde hakemlerin ismen tayin edilmeyip, sadece ihtilâfın hakemlerce görülmesinin şart koşulduğu bir durumda, taraflar arasında ihtilâf çıktığında, taraflardan biri hakemini tayin ederek karşı tarafa bildirir.

Tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinde hakemlerin ismen belirlenmemesi durumunda, HUMK'un 520. Maddesi uyarınca taraflardan biri hakemini seçerek karşı tarafa bildirir ve 7 gün içinde hakemini seçmesini talep eder. Karşı taraf bu talebe cevap vermediğinde, onun hakemini mahkeme tayin edecektir. 7 gün içinde hakemini tayin etmeyen taraf bu hakkını artık kullanamaz. Mahkemenin, tarafların hakemlerini tayin etme faaliyeti bir nizasız kaza faaliyetidir. Bu şekilde seçilen hakemler hakemlik sıfatlarını kaybederlerse, mahkeme yine aynı prosedürü tekrar ederek yerine yenilerini tayin eder.

Tarafların tayin ettikleri hakemler arasında anlaşmazlık çıkması halinde, yine tarafların tayin edecekleri veya mahkeme tayin etmiş ise mahkemenin tayin edeceği üçüncü bir hakem ile uyuşmazlık giderilecektir.

Tüzel kişiler de hakem olarak tayin edilebilirler. Buna mani bir kanunî düzenleme yoktur. Tüzel kişiler hakemlik görevlerini yetkili organları vasıtasıyla ve bu organlarda görevlendirilen kişilerle ifa ederler.

Üçüncü hakemin seçimi için hakemler doğrudan doğruya mahkemeye müracaat edemezler. Hakemler, tarafların üçüncü hakem konusunda anlaşamadıklarına dair tutanağı taraflara gönderirler.

Taraflardan biri veya tamamı mahkemeye müracaatla üçüncü hakemin tayinini isteyebilir. Üçüncü hakemin tayini talebine karşı mahkeme evrak üzerinde karar veremez. Tarafları davet ederek duruşma açar ve iki tarafın rızası ile üçüncü hakemi tayin eder. Böylece hakem heyeti kurulmuş olur.

3- Hakemlerin Temsilciler veya Vekiller Tarafından Tayini

Taraflar hakem tayin yetkisini temsilcilerine veya vekillerine verebilirler. Kanunda bu hususta bir engel yoktur. Ancak bu halde temsilcinin veya vekilin hakem tayini için açık yetkisinin bulunması gereklidir. Bu da vekaletnamede açık yetki verilmesi ile mümkündür. Vekaletname ile tahkim akdi yapmaya yetkili kılınan vekil, hakem tayinine de yetkilidir. Tahkim sözleşmesinden sonra vekillikten azledilmeyen vekilin yetkisi devam edeceğinden hakem tayinine de yetkilidir.

Hakem tayini, tahkim sözleşmesinin teferruat hükümlerindedir. Yargıtay'ın 17.12.1963 tarih ve 4735/122 sayılı kararına göre de "Vekaletnamede tahkim selâhiyeti verilmiş olması itibarı ile vekile verilen bu selâhiyet, hakem seçme selahiyetini de tazammun eder".³⁵

Vekaletnamesinde sadece tahkim akdine veya sadece hakem tayinine yetki verilen vekil, bu yetki ile sınırlıdır.

Vekil için yapılan açıklamalar temsilciler için de geçerlidir.

Taraflar, ayrı ayrı hakem tayin etmeyi kabul ettikleri takdirde, hakemleri seçmek için müşterek bir vekil tayininde bulunamazlar. Aksi halde bu, ayrı ayrı seçim değil, ortaklaşa seçime dönüşmüş olur. Ayrıca tahkim usulünün devreye girmesi ile ihtilâfın iki tarafı ortaya çıkmış olacağından, bir vekilin iki tarafı temsil etmesi düşünülemez.

Hakemin Kim Tarafından Seçileceği Belli Edilmemişse: Tahkim şartında veya tahkim sözleşmesinde taraflar hakemlerini veya hakem seçme usullerini belli etmemişlerse, taraflar sonradan da bir araya gelerek hakemlerini tayin edebilirler veya hakem tayin usulünü belirleyerek anlaşmaya varabilirler. Bu anlaşmaları uyarınca da ihtilâf vukuunda hakemlerini tayin edebilirler. Ancak taraflar bu halde de anlaşamazlar ise hakemler, taraflardan birinin veya tamamının talebi

³⁵ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 450.

ile davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme tarafından tayin edilir. Tahkim sözleşmesinde hakemlerin sayısı hakkında da bir belirleme yoksa mahkeme üç hakem seçer.

4- Hakemlerin Seçiminin Üçüncü Kişiye Bırakılması

Taraflar çoğu zaman ihtilâfların hallinde uygun hakemi bulmakta zorluk çekebilirler. Bu yüzden de ihtilâfların hallinde üçüncü bir kişiyi hakem seçmekle görevlendirmektedirler. Bu kişi gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir. Hatta bir mahkemeyi de tayin edebilirler.

Bu şekilde üçüncü bir kişiye hakemleri tayin yetkisi verilmesi tereddüde mahal vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Bu şekildeki yetkilendirme tahkim akdinde yapılabileceği gibi sonradan da yapılabilir.

Taraflar üçüncü kişiye hakem tayin yetkisi verdiklerinde, ayrıca hakemlerin sayısını da belli etmelidirler. Sayı belirlenmediği takdirde üçüncü kişi üç hakem seçmek zorundadır. Yargıtay, üçüncü kişinin seçtiği hakemlerin üç kişiden az olması durumunda HUMK'un 520. Maddesine uygun seçim yapılmadığından, geçerli bir hakem kararının olamayacağına, dolayısıyla böyle bir kararın tenfiz edilemeyeceğine karar vermektedir.³⁶

Taraflar üçüncü şahsın seçeceği hakemlerin vasıflarını tayinde de serbesttirler. Üçüncü şahıs, tarafların iradelerinin aksine, istenilen vasıfları haiz olmayan kimseleri hakem olarak tayin edemez. Aksi halde, üçüncü şahıs kendisine verilen yetki sınırları dışına çıkarak hakem tayin etmiş olacağından tahkim akdi hükümsüz kalır. Tarafların bu durumda yeniden üçüncü şahsı yetkilendirmeleri gerekir.

Hakem tayini için yetkilendirilen üçüncü kişi ölür veya seçimden kaçınırsa tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır.

Tahkim Sözleşmesinde, üçüncü hakemin, herhangi bir mahkeme hâkimi tarafından seçileceği şartı konulmuş olabilir. Bu şartın Anayasanın 140. Madde hükmü kapsamına girmeyeceği kanaatindeyiz. Anayasanın 140. Maddesi, hâkimlerin kanunla belirlenmiş görevleri dışında başka bir iş göremeyecekleri hükmünü taşımakta ise de, burada hakemi veya hakemleri tayin etmesi için yetki verilen hâkimin

³⁶ Yargıtay'ın 19.2.1957 tarih ve 6772 sayılı kararı için bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 373.

durumu üçüncü kişi konumundadır. Hakemi tayin yetkisi verilen hâkim, yargı görevi dışında bir iş görmektedir ve tamamen üçüncü kişi mevkiindedir. Hâkim bu durumda kanunla belirlenmiş görevinin dışında fakat ücretsiz olarak bir iş yapılması hususunda yetkilendirilmektedir. Hâkim burada kendinden istenen görevi yerine getirmek zorunda da değildir. Önceden akdî bir münasebet de kurulmadığından, hâkimlerin hakem tayininde görevlendirilebileceklerini kabul zorunluluğu doğmaktadır.³⁷

Hakem tayinine bir tüzel kişinin yetkili kılınması da mümkündür. Bu durumda hakemi tayin yetkisi, tüzel kişinin bu işle ilgili organının-
dır. Tüzel kişinin hakem seçmesi kararlaştırıldığında, tüzel kişinin hangi organının hakemi seçeceğine dair taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde veya tüzel kişinin ana sözleşmesinde veya iç tüzüğünde bir hüküm bulunmaz ise hakem tayini geçersiz olacaktır.

Taraflar üçüncü şahsı hakem tayinine yetkili kıldıklarında, onun tayin ettiği hakemlere itiraz edememeleri gerekir. Ancak üçüncü kişi hakem tayininde taraflı davranarak yetkisini isabetsiz kullanırsa hakemlerin tarafsızlığı kaidesi ihlal edilmiş olur. Hakemin reddi müessesesi burada işlemeye başlar ve hakemin reddini gerektiren durum mevcut ise taraflar hakemin reddini isteyebilirler.

5- Hakemlerin Mahkeme Tarafından Seçilmesi Halleri

HUMK'un 520. Maddesine göre, tahkim sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa hakemler, davaya bakmaya yetkili mahkeme tarafından ve üç kişiden az olmamak üzere seçilir. Eğer sözleşmedeki hükme göre iki taraftan birinin hakemini seçerek karşı tarafı hakem seçmeye davet etmesi gerekiyorsa, hakem tayinine davetin tebliğinden itibaren 7 gün içinde hakemini tayin etmeyen tarafın hakemi mahkeme tarafından tayin edilir. Kanunun bu hükmüne göre mahkeme tarafından hakem tayini üç halde mümkündür:

1- Taraflar arasındaki sözleşmede hakem veya hakemlerin mahkeme tarafından seçileceğinin kabul edilmiş olması hali. Bu da iki şekilde olmaktadır: Birincisi, mahkemenin kaç hakem seçeceğinin belirlenmiş olması, ikincisi, seçilecek hakem sayısı hakkında sözleş-

³⁷ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 243.

mede hüküm bulunmaması halidir. Eğer sözleşmede hakem sayısı hakkında hüküm yok ise mahkeme, üç hakem seçecektir.

2- Tarafların hakemlerini seçmemeleri ve seçim şeklini de tayin etmemeleri halidir. Bu halde de mahkeme yine üç hakem tayin edecektir.

3- Taraflar arasındaki sözleşmede ayrı ayrı hakem seçme usulü kabul edildiği halde, bir tarafın hakemini seçmemesi halinde ona ait hakemin tayin şeklinin sözleşmede gösterilmemiş olması halidir. Bu halde, hakemini seçmeyen taraf için mahkeme hakem tayin edecektir.

Hakem tayinine yetkili ve görevli olan mahkeme, tahkim sözleşmesinin sonucu olan davayı görmeye yetkili ve görevli mahkemedir. Taraflar, hakem tayinine ait yetki ve görev belirlemelerini Usul Kanununun görev ve yetki hakkındaki hükümleri çerçevesinde yapmak zorundadırlar. Örneğin, Asliye Hukuk Mahkemesinin görevine giren bir ihtilâfta, Sulh Hukuk Mahkemesinin hakem tayini yetkisini koymaları geçersizdir. Bu halde hakem tayini görevi Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yerine getirilir.

Mahkemenin hakem tayini için taraflardan birinin mahkemeye müracaatı gereklidir. Mahkeme, taraflar arasında mevcut tahkim şartı veya tahkim sözleşmesini inceler ve tarafları davet ederek dinler, yaptığı tahkikat neticesinde kararını verir ve hakemleri tayin eder. Mahkeme bu konuda evrak üzerinde karar veremez.

Mahkemelerin hakem tayinine dair kararları temyizi kabil kararlardandır.

HUMK'un 443. Maddesine göre temyiz icrayı durdurmaz. Bu nedenle hakemler, temyiz sonucunu beklemeden ihtilâfı halletmeye devam edebilirler. Ancak bu sakıncalı bir durumdur. Mahkemenin hakem tayini konusundaki kararı kesinleşmeden tahkime devam edilmesi, mahkeme kararının bozulması halinde davaya mahkemede bakılacak olması veya yeniden hakem tayin edilmesi gerektiğinden fuzulî emek ve masrafı mucip olacaktır. Yargıtay, hakem tayinine ilişkin kararın temyiz edilmiş olması halinde hakemlere tavsiye niteliğinde, hakemlik vazifesine başlanmasının hukuken caiz olmayacağına karar vermiştir.³⁸

³⁸ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 251 ve s. 403'deki örnek kararı.

HAKEM TAYİNİNDE TAVSİYE EDİLEN USUL

Tarafların hakemlerini tahkim sözleşmelerinde ortaklaşa tayin etmiş olmaları hali, tahkimde güven ve sürati sağlayan ideal yoldur. Bu halde taraflar hakemlerini ortaklaşa seçerler. Hakem veya hakemler her iki tarafın da güven duyduğu ve ihtilâfın çözümünde bilgi ve tecrübesine ve de adaletine inandıkları kimselerdir. Tarafların serbest iradelerine de uygun olan bu şekildir. Bu şekildeki tayinde, hakemin reddi müessesesi de ortadan kalkmış olur.

Tahkim sözleşmesinde hakemlerin ayrı ayrı seçilmeleri esası, hakemlerin tarafların hakemleri olarak belirlenmesi anlamına gelmektedir ki, mahzurlu bir yoldur. Bu usulde hakemlerin iki kişi olmaları ve taraflara olan yakınlıklarının yanı sıra, tarafların hakemlerle ayrı ayrı ilişki kurabilmeleri dolayısıyla; taraflar, kendi haklarının teminatını hakemlerin tarafsızlığında değil, hakemle olan yakınlıklarında ararlar. Bu yüzden ki, tahkim sözleşmesinde tarafların hakemlerini ayrı ayrı ve kendi hakemleri olarak tayin etmeleri şekline **tarafli tahkim**, bu şekilde belirlenen hakemlere de **taraf hakemi** denilmektedir.

Oysa hakemlik güvene dayanan bir kurumdur. Hakem her iki tarafın da hakkını koruyan ve iki tarafın güvenini kazanmış ve bunu muhafaza etmesi gereken kişi veya kişilerdir. O halde taraflar tahkim sözleşmelerinde hakemlerini teker teker değil, ortaklaşa seçmeli ve her iki tarafın da hakemi olarak tayin etmelidirler.

Tarafların hakemlerini ayrı ayrı seçmelerindeki sakınca, tarafların kendi hakemlerinin yanı sıra üçüncü bir hakemi ortaklaşa tayin etmeleri veya üçüncü bir kişiye üçüncü hakemi tayin yetkisi vermele-ri şekliyle giderilebilir.

Bir diğer usul olarak, hakemlerin oybirliği ile karar vermelerini öngörmek düşünülebilir. Bu halde, hakemler taraf hakemi olmalarına rağmen oybirliği ile karar vermedikleri takdirde tahkim sonuçlanmayacaktır.

Tarihte bu şekilde tarafların kendi hakemlerini seçerek ihtilâflarını halletmek istemeleri durumunda, taraflardan hakemi güçlü ve ikna edici olanın diğerine karşı avantajlı duruma geçtiği görülmüştür. Bu nedenle tarafların tahkim sözleşmesinde veya daha sonra hakem-

lerini ortaklaşa seçmeleri veya hakem kararlarında oybirliği şartı koymaları en güvenilir yoldur.

Tarafların ikiden fazla olması halinde, eğer taraflar kendi hakemlerinin dışında bir başkasını da hakem olarak tayin etmemişlerse, birleşen taraflar yalnız kalan taraf aleyhine hüküm verilmesine neden olabileceklerdir. O halde burada da oybirliği esası getirilerek bu mahzur önlenabilir.

Tarafların ayrı ayrı seçecekleri hakemlerin eşit sayıda olmaları asıldır. Taraflar bu eşitliği bozabilirler de. Usul Kanununda irade serbestliği asıl olduğundan buna engel bir hüküm yoktur. Ancak bu halde davanın akıbeti çoğunluğu sağlayan tarafa yöneleceğinden bu durumda da oybirliği şartını koymak yararlı olacaktır.

Taraflar ortaklaşa tayin usulünü belirlemiş iseler, herhangi bir sebeple hakemlerden birinin hakemliğinin düşmesi halinde yerine seçilecek hakem yine ortaklaşa seçim usulü ile tayin edilmelidir. Anlaşamadıkları takdirde tahkim akdi geçersiz sayılacaktır.³⁹

İzaha muhtaç olmayan bir durum da, hakem tayin yetkisinin taraflardan birine bırakılmış olmasının tahkim usulüne aykırı olmasıdır. Hakem tayin yetkisinin taraflardan birine bırakılması, hakem tayin eden tarafa üstünlük sağlanması demektir. Her ne kadar tarafların iradeleri bu yönde de olsa, tahkimden amaçlanan sonucun istihsal edilmesi tehlikeye gireceğinden bu usule cevaz verilmemelidir. Zira tahkimin temelinde eşitlik vardır. Sadece tahkimde sür'atin sağlanması düşüncesiyle tek tarafın seçtiği hakemin karar verebileceğine kanaat getirmek, adaletin temelini sarsılmasına yol açabilir.

³⁹ Rasih YEGENGİL, a.g.e., s. 233.

HAKEMLİĞİ SONA ERDİREN SEBEPLER

HAKEMLERİN AZLI

Hakem, hukukî niteliği bakımından vekil veya temsilci sayılmasa bile, tıpkı vekil ve temsilci gibi yetkilerini taraflardan alır. Hakeme tanınan yetki, akdî münasebete dayandığı için, bu yetkiyi geri almak hakkı sınırlanamaz ve kaldırılamaz.⁴⁰ HUMK'un 522. Maddesine göre, hakemler kim tarafından ve ne şekilde seçilmiş olursa olsun ancak tarafların karşılıklı muvafakatları ile azledilebilirler. Hakemler taraflarca ayrı ayrı veya ortaklaşa seçilmiş olsalar dahi hüküm değişmez. Tahkimde hakemler seçildikten sonra artık tarafların müşterek hakemidirler. Tarafların ittifakı olmadan azledilemezler. Bir istisnası, mahkeme tarafından azledilebilmeleridir.

HAKEMLERİN İSTİFASI

Hakemler her zaman hakemlikten istifa edebilirler. Hakemlerin istifa edemeyeceklerine ilişkin şart, kanunen geçersizdir. Usul Kanununun 522. Maddesinin hakemlerin istifa ederek ayrılmaları halini öngörmüş olması, hakemlerin istifa edebilecekleri anlamına gelir.

Hakemlerden biri red veya istifa nedeniyle ayrıldığında yerine bir başkası seçilir. Bu seçim, hakemlikten ayrılan hakemi seçmiş olan kişi veya makam tarafından yapılmalıdır.

HAKEMLERİN REDDİ VE MEMNUIYET(YASAKLILIK) SEBEPLERİ

Hakemlerin, hâkimler gibi tarafsız olmaları esastır. HUMK'un 573. Maddesi hakemlerin sorumluluğunu, hâkimlerin sorumluluğu ile aynı tutmuştur. Bu nedenle, hakemlerin de hâkimler hakkındaki sebeplere dayanılarak reddedilebileceği HUMK'un 521. Madde hükmü ile belirlenmiştir.

Hâkimlerin red sebepleri HUMK'un 29. Maddesinde gösterilmiştir. Bunlar:

⁴⁰ Rasih YEĞENÇİL, a.g.e., s. 253.

- 1- Davada iki taraftan birine nasihat vermiş veya yol göstermiş olması,
- 2- Davada iki taraftan biri veya üçüncü şahıslar nezdinde kanunen gerekmediği halde görüşünü beyan etmiş olması,
- 3- Davada şahit veya bilirkişi veya hakem veyahut hâkim sıfatıyla dinlenmiş veya hareket etmiş olması,
- 4- Davanın dördüncü dereceye kadar (bu derece dahil) civar hı-sımlarına ait bulunması,
- 5- Dava esnasında iki taraftan birisiyle davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması,
- 6- Umumiyetle hâkimin tarafsızlığından şüpheye düşürecek önemli sebeplerin bulunması halleridir.

HUMK'un 521. Maddesi, hakemler için hâkimlerin reddi sebeplerine atf yaptığı halde, memnuiyet (yasaklılık) sebeplerinden bahsetmemiştir. Türk Usul Hukukçuları ittifakla, hâkimler hakkındaki memnuiyet sebeplerinin, hakemler hakkında da uygulanacağı görüşündedirler.

Kanunun hâkimler için öngördüğü memnuiyet sebepleri tahdididir. Bunlar: Hâkimin bir davada taraf olması veya taraflardan biri ile yakın derecede akraba olması veya taraflardan birinin temsilcisi olması halleridir (HUMK Madde-28). Memnuiyet sebebi bulunduğu halde davaya bakan hâkimin kararı batıldır ve hâkim ancak tarafların yazılı muvafakatları bulunması halinde davaya bakabilir.

Memnuiyet sebepleri bulunan hâkim davaya bakmakta ısrar ederse taraflar hâkimin davaya bakmamasını isteyebilirler. Aynı gerekçeler hakemler için de geçerlidir. Ancak, hâkimin davadan çekilmesi veya reddedilmesi durumunda yerine geçecek hâkimin kanun tarafından tayin edilmiş bulunmasına ve yargılamanın devam edebilmesine karşılık; hakemin çekilmesi veya reddedilmesi durumunda yerine hakem seçilememesi halinde tahkimin sonuçsuz kalması muhtemeldir. Tarafların üzerinde anlaşabileceği bir başka hakem bulunmadığında tahkim yürümeyecek ve dava genel mahkemede görülecektir.

O halde, memnuiyet sebebi bulunduğu tarafları hakemi redde mecbur tutmak, tahkimin tarafların iradelerine bağlı bir yargılama olması esasına aykırılık teşkil edecektir. Tarafların sulh ve feragate mezun olabilecekleri haklar üzerinde onların serbestçe hareket etmelerini önlemek, tahkim akdinin ihtiyarlığı esasıyla da bağdaşmaz. Taraflar memnuiyet sebebi bulunan hakemi isterlerse reddedebilirler. Red müessesesi, memnuiyet sebeplerini de içine aldığına göre, memnuiyet hakkında hâkimler için uygulanan muhakeme usulünün hakemlere de uygulanmasında lüzum ve fayda yoktur.⁴¹

Tüm bu anlatımlardan tahkimin, taraflar arasında sulh olmaya yönelik bir usul olduğu açıkça anlaşılmaktadır. O halde taraflar arasındaki ihtilâf konusunda açıkça sulh olma iradelerini ortaya koyduklarından, bu iradeye sınır koymanın anlamsızlığı da ortaya çıkmaktadır.

HAKEMLERİN REDDİNDE USUL

HUMK'un 521. Maddesi gereğince taraflar, hakemin seçildiğini öğrendikleri tarihten itibaren beş gün içinde ret talebinde bulunabilirler. Bu süre geçince red talebinde bulunulamaz. Hakemin ret sebebi tahkim sırasında öğrenilmiş ise, yine öğrenme tarihinden itibaren beş gün içinde ret talebinde bulunmak gerekir.

Hakemin reddini gerektiren sebebi bilerek hakemi tayin etmiş olan taraf, red talebinden feragat etmiş sayılır ve red talebinde bulunamaz. Ancak kamu düzenini ilgilendiren haller ve akitlerin umumi hükümlerine göre geçerli sayılmayan feragatler istisnadır.

Hakemin reddi talebi yazılı olmak zorundadır.

Ret talebi, tahkim akdi bulunmasa idi, davaya bakmaya yetkili ve görevli olacak olan mahkeme tarafından incelenir ve hakemle tarafların görüşleri alınmak suretiyle karara bağlanır. Hakemin reddi dilekçesinin hakeme ve taraflara tebliğini müteakip beyanlarının ve savunmalarının alınması ve delillerin toplanmasından sonra karar verilir. Karşı taraf veya hakem red talebini kabul ederse, bu kabule göre delil toplanmasına lüzum kalmadan karar verilir.

⁴¹ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 261.

Ret talebi hakkında bir karar verilinceye kadar hakemler tahkime devam edemezler, tahkimi ertelerler. Hakemin reddi talebinden itibaren hakemin reddi kararının temyiz ve tashihi karar yollarından geçip kesinleşmesi tarihine kadar geçen zaman, tahkim için belirlenen altı aylık müddetin hesabında nazara alınmaz.

HAKEMLERİN YETKİLERİ

Yetkilerini Tarafların İradelerinden Alırlar

Hakemler yetkilerini taraflar arasındaki tahkim şartından veya tahkim sözleşmesinden alırlar. Bu itibarla kendi yetkilerini kendilerinin tayin etmeleri mümkün değildir. Yetkileri dışında karar da veremezler. Bu husus HUMK'un 533/3. Maddesi ile belirlenmiştir. Söz konusu hükme göre hakemler, talep edilmemiş bir şey hakkında karar veremezler, selâhiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar veremezler.

Hakemlerin Yetkisizliği

Taraflardan birinin, ihtilâf konusunun hakemlerce çözümlenemeyeceği yolundaki itirazına karşılık hakemler, konunun kendi yetkileri dahilinde olduğuna karar veremezler. Bu konuda taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece karar verilir. Bu durumda mahkemeye müracaat eden tarafın, tahkim süresinin askıya alındığına ilişkin mahkeme kararını, hakem heyetine ibraz etmesi gereklidir. Mahkemenin bu konuda verdiği kararın kesinleşmesini müteakip hakem heyeti kaldığı yerden devam eder veya yetkisiz oldukları şeklinde bir karar ittihazi durumunda, hakemliğe devam edemezler. Aksi halde yetkisiz olarak karar verdiklerinden, hakem kararı bozma sebebi sayılır.⁴²

Hakemlerin yetkisizliği iddiası hakemlere değil mahkemeye yapılmalıdır. Hakemlerin kendilerine yapılan itiraz üzerine usul işlemlerini durdurmaları doğru değildir. HUMK'un 519. Maddesi, "Bir ihtilâfın hakemler vasıtasıyla halledilip halledilemeyeceği hususunda oluşan ihtilâflar mahkemece basit usulü muhakeme ile hallolunur" hükmünü havidir. Bu hüküm, hakemlerin yetkisiz oldukları bir iş

⁴² Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 48.

üzerinde boş yere çalışma yapmalarını önlemenin yanında, tarafların bu husustaki suiistimallerini de önleme amacını taşımaktadır.

Bununla birlikte, "hakemler boş yere çalışma yapmak rizikosunu göze aldıktan sonra bu, onların bileceği iştir. Hakemler bu yetkilerine itiraz durumunda, isterlerse konuyu mahkemeye götürmek üzere itiraz eden tarafı mahkemeye davet ederler ve karara kadar tahkim yargılamasına devam ederler. İsterlerse, itiraz üzerine mahkemenin vereceği karara kadar tahkimi ertelerler"⁴³ görüşüne katılmaktayız. Aksi halde tarafların tahkim yargılamasını geciktirmeye matuf eylemlerine cevaz verilmiş olur.

Usul Kanunlarına Bağlılık

Hakemlerin, çözecekleri ihtilâfta usul kanunları ile bağlı olup olmadıkları ihtilâflıdır. HUMK'un 525. Maddesine göre hakemler, taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetlerini kendileri tayin edebilirler.⁴⁴ Bu demektir ki hakemler, HUMK'un 213 ve devamı maddelerinde yer alan Tahkikat ve Delillere ilişkin hükümlerle bağlı olmaksızın tahkikatı yürütebileceklerdir. Tabiidir ki tarafların bu konudaki iradeleri ile getirecekleri sınırlama ve yönlendirme asıldır. Bu konuda taraflar anlaşma yapabilirler ve hakemlerin usul kanunları ile bağlı olabileceklerini kararlaştırabilirler.

Hakemlerin usul kanunlarının tüm hükümlerini bertaraf edebilecekleri konusunda hakemlerin veya tarafların anlaşmalarının da sınırlamaları mevcuttur. HUMK'un 526 ve 527. Maddeleri bu konuda engeller getirmektedir. 526. Madde, "Deliller hakkında kanunen tayin olunan kaideler, hakemler huzurundaki tatbikatta dahi tatbik olunur", 527. Madde ise, "Hakemlerin; Yemin icrası, şahitlerin tahlif ve imtina hallerinde dinlenmesi, yabancı bir mahkemeyi istinabe veya davaya konu delilleri elinde bulunduranlardan istenmesi, mahallinde tahkikat yapılabilmesi ve üçüncü şahıslar yedindeki evrakın ibraz

⁴³ İlhan E. POSTACIOĞLU, "Medenî Usul Hukuku Dersleri", 6. Baskı, (İst: 1975, Sulhi Garan Matbaası), s. 791.

⁴⁴ HUMK. Madde-525. "Hakemler, hilafına mukavele olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin ederler. Müddetlerin inkızasında hakemler, yalnız kendilerine tevdi olunan evrak üzerine hüküm verirler."

olunmasına karar verilebilmesi hususlarında Sulh Hukuk mahkemesine müracaat zorunluluğu” hükümlerini içermektedir.

Deliller hakkında kanunun tayin ettiği kaideler yine Usul Kanununun 236 ila 374. Maddeleri arasında sıralanmıştır. Hakemlerin bu kurallarla bağlı olup olmadığı ihtilâf konusudur.

Hakemlerin, tahkimde Usul Kanunu hükümlerini uygulaması gerektiğini savunanlar, uygulama zorunluluğu olmadığını savunan müellifler de vardır. Hakemlerin tahkimde usul hükümlerini uygulamaları gerektiğini savunan uzmanlara göre, hakem yargılamasında prensip olarak usul kanununun uygulanması gerekir. HUMK’un 520 ve 525. Maddelerinde sayılan haller dışında, hakemler usul kaideleri ile bağlıdır.

Hakemlerin “Kanunî Delil Sistemi” ile bağlı olmadıkları görüşünü savunan müelliflere göre ise, taraflar bu konuda serbestçe anlaşma yapabilirler. Eğer anlaşma yoksa hakemler, HUMK’un 527. Maddesi hükmü hariç olmak üzere HUMK hükümleri ile bağlı olmaksızın tahkim usulünü serbestçe tayin edebilirler.

Bize göre de hakemler, taraflar arasında bir anlaşma olmadığında tahkim usulünü serbestçe tayin edebilirler. Ancak hakemler, tarafların inançlarını, örfünü ve yürürlükteki hukukun tarafların inançlarına ve örflerine aykırı olmayan hükümlerini esas almak zorundadırlar.

Taraflar usul kanunu hükümlerine uyulmasını şart koyan bir anlaşma yapmış iseler, hakemlere seçme hakkı yoktur. Bu halde hakemler, tahkimde usul kanununun hem emredici hükümlerine hem de yedek hükümler olarak ifade edilen hükümlere tabi olmak zorundadırlar.⁴⁵

Cebri İcra ve İhtiyati Tedbir

Hakemler ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararları veremezler. Cebri icra yapamazlar. Cebri icra, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları zor kullanmayı gerektiren kararlardır. Hakem kararları taraflardan birinin kabul etmemesi üzerine mahkemece tenfiz olunarak cebren icra olunabilir.

⁴⁵ HUMK’un deliller ile ilgili hükümleri ileride incelenecektir.

Kararda Israr

Hakemler, Tenfiz üzerine veya Yargıtay kararına karşı kendi kararlarında direnemezler. Hakem heyetinin bozmada gösterilen hususlara uymak zorunluluğu vardır. Buna rağmen hakemler ısrar kararı verirse, karar yetki dışı bir hakem kararı sayılacağından Yargıtay'ca bozma sebebi sayılmıştır.

Davayı İhbar

Türk Hukuk Sisteminde hakem yargılamasında davayı ihbar kurumu düzenlenmemiştir. Bu bakımdan hakemler önlerine gelen bir ihtilâf nedeniyle mahkemelere dava ihbarı yapamazlar. Zira, aleyhine dava ihbar edilen kimse tahkim şartının veya tahkim sözleşmesinin tarafı olmadığından, tahkim bu üçüncü şahısları bağlamaz.

Yapamayacakları İşler

HUMK'un 527. Maddesi gereğince hakemler:

- Yemin icrası,
- Kendi isteği ile gelmeyen şahitlerin getirilmesi,
- Yabancı mahkemelerin istinabesi,
- Usul Kanununun 322, 323 ve 333 ve müteakip maddelerinde beyan olunan evrakın ibrazı, işlemlerini yapamazlar.

Bu hususlarda Sulh Mahkemesine müracaat etmek zorundadırlar.

Tahkimi Erteleme

Hakemler, ceza tatbikatını gerektirecek bir durum ortaya çıktığında, bu konuda mahkemece bir karar verilinceye kadar tahkikatı ertelemek zorundadırlar. Bu erteleme süresince tahkim müddeti cereyan etmez.

Taraflardan birinin hakemi ret talebi, davaya bakmaya yetkili ve görevli olan mahkeme tarafından incelenir ve karara bağlanır. Ret talebi hakkında bir karar verilinceye kadar hakemler tahkime devam edemezler, tahkimi ertelerler.

Bilirkişiden Yararlanma

Hakemler, mahkemeler gibi bilirkişilerden faydalanabilirler, mütalaa ve rapor alabilirler.

HAKEMLERİN SORUMLULUKLARI

Hakemlerle taraflar arasındaki münasebet, vekalet ve hizmet gibi özel hukuk akti kabul edildiğinden, hakemlere karşı Borçlar Kanununun akitten doğan sorumluluklara ait hükümleri uygulanır.

Hakemlerin kamu görevi görmemesi dolayısıyla hâkimlerin sorumluluklarına ilişkin kamu düzenli hükümler hakemler hakkında uygulanmaz. Yargıtay, hakemlerin kamu görevi görmemesine binaen devletin sorumluluğunun doğmayacağını ve bu sebeple hakemler aleyhine tazminat davası açılmayacağına, hakemler aleyhine ancak umumi hükümlere göre dava açılabileceğine hükmetmektedir.⁴⁶

Hakemlerin sorumlulukları hakkında Usul Kanununda hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında hakem sorumluluğu, işçinin sorumluluğuna ait hükümlere tabi tutulmuştur. Bu bakımdan Borçlar Kanununun 321. Maddesi gereğince hakemler ancak kasıt, ihmal ve dikkatsizliklerinden doğan zararlardan sorumlu tutulabilirler.

Hakemlerin, kanunu yanlış tatbik etmeleri, kanunun emredici hükümlerine aykırı karar vermeleri veya geçerli bir tahkim akdinin mevcut olmaması nedeniyle kararlarının Yargıtay'ca bozulması hallerinde görevlerini ifada kusurlu sayılıp sayılmayacakları ve tazminata muhatap olup olmayacakları konusu tartışmalıdır.

Hakemlerin kusur veya ihmallerini, ele aldıkları konulardaki bilgileri ile birlikte değerlendirmek gerekecektir. İhtilâf konusunun kamu düzenli hükümlerle sınırlandırıldığına ilişkin bilgisi olmayan hakem için tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Dolayısıyla bu durumda da ücrete de hak kazanmış olacaktır. Yine tahkim akdinin geçerliliğini bilecek durumda olmayan hakemi tazminatla sorumlu tutmak mümkün değildir. Hakemlerin sorumluluğu vicdanına ve adalete uygun karar vermektir. Kanaatimizce hakemin ağır kusurundan sorumlu tutulması, hafif kusurlarından ve ihmalden sorumlu tutulmaması gerekir.

Hakemlerin kasdî veya ağır kusurlarından doğan sorumluluklarını HUMK'un 573. Maddesine çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Bu sorumluluklar özetle:

⁴⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 511'de 392 nolu karar.

– Taraflar arasında kayırma, taraf tutma veya garaz ve kin dolayısıyla diğeri aleyhine kanuna ve adalete aykırı karar vermesi. Buradaki aykırılık hem kanuna hem de adalete aykırılıktır. Mücerret kanuna aykırılık veya zuhulen yapılan bir usulsüzlük sonucu verilen kararlar sorumluluk getirmez.

– Kanunun kesin hükmüne aykırı ve izah ve tevili kabil olmayacak surette hüküm vermiş olması. Burada hakemin kasdı aranmaz. Bu halde kast veya ağır ihmalin varlığı kabul edilir. Yargıtay'ın kesin bir görüşü olmamakla birlikte, hakemin kararını gerekçelendirmemesi sorumluluğunu gerektirir kanaatindeyiz.

– Taraflar arasında akdedilen tahkim sözleşmesine ve ana sözleşmedeki hükümlere ve delillere aykırı karar vermesi.

– Zabıtların tahrif edilmiş olması ve taraflara ait olmayan söz ve delillerin esas alınması.

– Herhangi bir menfaat temini yoluna giderek hüküm vermesi. Vaad edilen veya verilen menfaat her türlü delille ispat edilebilir.

– Hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması. Anayasanın Hak Arama Hürriyetini düzenleyen 36. Maddesi, "Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir, hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" hükmünü havidir. Bu hüküm kamu düzeni ile ilgilidir.

HUMK'un 574. Maddesi hakkın yerine getirilmesinden kaçınmayı (ihkak-ı haktan istinkâf) suç saymıştır. Bu nedenle, hakeme veya hakem heyetine verilen her türlü dilekçenin reddi veya gerekçesiz bir şekilde davaya bakmayı geciktirmek veya sonuçlandırmamak hakemlerin sorumluluğunu gerektirir.

– Hakemlik görevini yapmakta ihmal ve gevşeklik göstermesi. Hakemin davayı gereksiz yere sürüncemede bırakması, karar vermekte gecikmesi bu hale bir örnektir.

– Hakemler, ilk toplantılarından itibaren altı ay içinde hüküm vermek zorundadırlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olur. Bu durumda HUMK'un 529. Madde hükümlerine göre genel mahkemeler yetkili olup, ihtilâf mahkemelerce halledilir. Tahkim müddeti ta-

rafların açık ve yazılı müracaatları ile veya mahkeme kararı ile uzatılabilir.

Yukarıda sayılan kasıt ve ağır ihmalin sonucu ortaya çıkabilecek durumlarda hakemler aleyhine Borçlar Kanununun umumi hükümleri çerçevesinde tazminat davaları ikame edilebilir.

HAKEM SÖZLEŞMESİ VE ÜCRET

Hakem Sözleşmesinin Niteliği

Tahkim Sözleşmesi gereğince hakeme götürülen ihtilâfta, taraflar ile hakem veya hakemler arasında açık veya zımnî bir sözleşme meydana gelir. Buna "Hakem Sözleşmesi" denir. Hakem sözleşmesi Borçlar Kanununun hükümlerine tabidir. Bu sözleşme ile taraflar ile hakemler arasında bir özel hukuk ilişkisi doğmaktadır. Bu da bir vekâlet akdine dayanır. Bu husus Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.6.1989 tarih ve 1989/1023-2481 sayılı kararında şu şekilde ifade edilmiştir.

"Bilindiği üzere uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında oluşan hukukî ilişkide galip unsur vekâlet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanununa giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet akdi oluştuğunun kabulü gerekir."⁴⁷

Hakem sözleşmesi iki safhalıdır. Birinci safha taraflar arasında hakemin seçildiğine dair sözleşme yapılması, ikinci safha da hakemin hakemliği kabul ettiğine dair taraflarla sözleşme akdetmesi veya tarafların bu yöndeki taleplerine olumlu cevap vermesidir. Hakemliğin kabulü yazılı şekle tabi olmamakla birlikte, hakemlikten çekilme, tazminat veya para cezası gibi hakemlerin sorumluluklarını gerektiren durumların ispatı için yazılı olması yararlıdır.

Usul kanununda hakem sözleşmesi şekle tabi tutulmamıştır. Hakemin, kendisine tevdi edilen ihtilâfı çözmek yönünde faaliyette bulunması hakemliği kabul ettiğinin delili sayılmaktadır. Bu durumda,

⁴⁷ Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 41.

hakemin hakemlik sıfatına itiraz etmeyerek davaya cevap veren veya hakem huzuruna çıkan taraf, daha sonra hakem tayininin usulsüz olduğuna dair itirazda bulunamaz.

Dava sırasında taraflardan biri vefat etse dahi tahkim ortadan kalkmaz. Bu yönüyle tahkimin vekalet akdi hükümlerine olduğu kadar, Borçlar Kanununun hizmet akdi hükümlerine de tabi olduğu görülür. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6.12.1969 tarih ve 69/T-110-866 sayılı kararında, hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi vekâlet akdi olarak değerlendirirken, hakemlerin bu akit nedeniyle verecekleri hizmet karşılığında eğer sözleşmede veya teamülde varsa ücrete hak kazanacağından bahisle, sözleşmenin aynı zamanda bir hizmet akdi olduğuna işaret etmektedir.⁴⁸

Ücret

Taraflar ile hakemler arasında tahkim nedeniyle bir hakem sözleşmesi meydana geldiğini ve bu sözleşmenin taraflarla hakemler arasında bir özel hukuk ilişkisi oluştuğunu ifade etmiştik. Hakemler gördükleri hizmete karşılık bir ücret alırlar. Hakemler kendi ücretlerini kendileri belirleyemezler. Ancak hakemlerin kendi ücretlerini kendileri tayin etmeleri kamu düzeninden sayılmadığından, hakem kararının temyizi halinde re'sen dikkate alınmaz. Taraflardan birinin bu durumu temyiz talebinde belirtmesi halinde dikkate alınır.

Taraflar hakem ücretini kararlaştırmışlar ise hakemliğin kabulü ile bu ücreti taraflardan isteyebilirler. Ücret taraflarca kararlaştırılmamış ise, hakemlerin davaya bakmaya yetkili mahkemede açacakları dava üzerine ücretleri mahkemece belirlenir. Mahkeme, hakem ücretini, uyuşmazlığın niteliğine, değerine, hakemlerin verdiği emeğe, olayların olağan yürüyüşüne göre tayin eder.

⁴⁸ Saim ÜSTÜNDAĞ, "Medenî Yargılama Hukuku", (İst: 1992, Yaylacık Matbaası), s. 947.

TAHKİMİN CEREYAN ETMEYECEĞİ HALLER

HUMK, Madde-518: “ Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmez.

Taraflar arasında doğmuş ve doğacak, adlî yargının görev alanına giren her çeşit uyuşmazlıkların çözümünde kural olarak mahkemeler görevlidir. Ancak bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, **kamu düzenine ilişkin olmayan konularda** anlaşarak bu uyuşmazlığın çözülmesini mahkemeler yerine özel kişilere bırakmaları mümkündür. (Yargıtay 15. HD. 26. 12. 1978 2090-2486 sayılı kararı.)

Yukarıdaki kanun maddesi ve Yargıtay içtihadından da anlaşılacağı üzere; tarafların aralarındaki ihtilâfın tahkim usulüne göre çözümlenmesi yönündeki arzularının gerçekleşebilmesi için bu ihtilâfın kamu düzenini ilgilendiren konuda olmaması gerekir. Kamu düzenine ilişkin olmama bir ön şarttır. Kanunun deyişiyle tahkim, ancak iki tarafın arzularına tabi bir hususta cereyan edebilir.

Bilindiği üzere Borçlar Hukukunda akit serbestisi esastır. Bunun istisnaları ise akdin hukukî kaidelere, kanuna, ahlaka, kamu düzenine ve şahsi haklara (kişilik haklarına) aykırı olma halidir.

BK'nun 19. Maddesine göre, “Bir akdin konusu, kanunun gösterdiği sınırlar içinde, serbestçe tayin olunabilir. Kanunun kesin olarak emrettiği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya kamu düzenine yahut şahsi hükümlere müteallik haklara aykırı bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları muteberdir” ve BK'nun 20. Maddesi gereğince, yukarıda sayılan şartlara aykırı sözleşmeler butlan hükmündedir. Bu durumda tahkim sözleşmesi batıl olacaktır.

Gerek Usul Kanununun 518. Maddesinde, gerekse Borçlar Kanununun 19 ve 20. Maddelerinde, devlet yargısının teminatı ve denetimi altına alınamayan tahkim yargısının, bazı esaslar dahilinde yasaklandığını görmekteyiz. Türk Hukuk Sistemi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve Borçlar Kanunundaki hükümleri, ile emredici bir hukuk kaidesine, ahlaka, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık halleri dışında, irade bağımsızlığının esas olduğunu kabul etmektedir. Yani irade bağımsızlığına ilişkin sı-

nırlama; ahlak, kamu düzeni, kişilik hakları ve kanunlar olmaktadır. Ahlak ilkelerinin korunması da kamu düzeni içinde değerlendirilmektedir.

KAMU DÜZENİ

HUMK'un 518. Maddesi "iki tarafın arzularına tabi olmayan meselelerde tahkimin cereyan etmeyeceği" kriterini getirdiğine ve bu kriterden de "kamu düzeni" anlaşıldığına göre kamu düzeni kavramının tahlilinde yarar bulunmaktadır.

Kamu Düzeni kavramı Anayasada ve kanunlarımızda tarif edilmemiştir. Anayasada bir çok kavram gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ölçü olarak kullanılan kamu düzeni kavramı, doktrinde de farklı görüşlerle dile getirilmektedir.

1982 Anayasasının "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması" başlığı altında 13. Maddesi:

"Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir"

hükmünü amirdir.

Görüldüğü gibi Anayasa da, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında, kamu yararı, genel ahlak, genel sağlık gibi ölçülerle kamu düzeninin korunmasını esas almış, fakat kamu düzeninin ne olduğunu açıklamamıştır.

Mecburi veya ihtiyarî tahkim konusunda kamu düzenini esas alan HUMK'un 518. Maddesi de kamu düzenini, son derece muğlak bir biçimde, yetersiz olarak "iki tarafın arzularına tabi olmayan mesail (konular)" şeklinde formüle etmekle yetinmiştir.

Kanun koyucu bu hükmü vaz ederken, ahlâki, sosyal, siyasî ve iktisadî sebeplerle, genel yargının teminatı altında olup da tahkim yargısı ile ihlal edilmesi muhtemel konularda sınırlama getirme gere-

ği duymuştur. Temel Kanunlar, kamu düzenine aykırı muameleleri batıl saymaktadır. Usul Kanunu da kamu düzenini ihlal eden tasarrufların mahkemelerce tanınmamasını öngörmektedir. Kamu düzenine aykırı işlemler karşısında, bu işlemlere hayat hakkı verecek mahkeme kararlarına karşı da kanun yolları gösterilmiş ve bu tür tasarrufları tanıyan mahkeme kararlarının bozulması öngörülmüştür.

Tahkim usulünde, taraflara tanınan geniş irade serbestisi alanı ve bu alan dahilinde verilecek hakem kararlarının denetimindeki sınırlılık, usul kanunlarının kamu düzenini ilgilendiren konularda, kamu düzenine aykırılık taşıyan tahkim sözleşmesini ve tahkim şartını batıl saymasını gerektirmiştir. Böylece tahkim usulü kullanılarak **“kanuna karşı hile”** yolunun nispeten kapatılabilmesi amaçlanmıştır. Bunun için de kanunkoyucu, hakem kararlarına karşı yargı denetimi yollarını açık tutmuştur.

Tahkim usulüne karşı öngörülen bu sınırlamaların, devlet yargısı dışında bir kurum olan tahkim yargısının, kötü örnekleri esas alınarak konulduğu anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun, devlet yargısının karşısında değil, fakat onu rahatlatan ve bir çok ihtiyaca cevap veren bir kuruma karşı bu kadar kıskanç davranmasını anlamak mümkün ise de; hiçbir şekilde tarifi yapılamayan, uygulayıcıların indî yorumlarına tabi kılınan kamu düzeni kıstasının içtihatlarla belirlenmeye çalışılmasının, değişen toplum ve dünya şartlarında oldukça zor olduğu da açıktır.

Kamu düzeni, hukukçular arasında da çok farklı şekilde tarif edilmektedir. Yeğengil, bir Fransız hukukçusunun kamu düzenini korkunç bir silah olarak tavsif ettiğini, kamu düzeninin tarifinin mümkün olamaması nedeniyle mahkemelerin serbest iradeleriyle istediklerinde tahakküm etmek için kamu düzenini bir vasıta olarak kullandıklarını aktarmaktadır.⁴⁹

Her toplumun inançları, örf ve âdeti, yaşam tarzı, millî hukuku kendine özgü olduğundan, kamu düzeni kavramı ve kapsamı da toplumdaki topluma değişiklik arzedebilecektir. Hatta bu kavramlar aynı toplum içinde zamana ve coğrafî özelliklere göre de farklılık gösterecektir.

⁴⁹ Rasih YEĞİNGİL, a.g.e., s. 155.

Kendisini, iki bin yıllık bir tarihe izafe eden Türkiye Cumhuriyeti Devleti, asırlardır uyguladığı hukuku ve bu hukukun temel kurallarını resepsiyona tabi tutmuş, bir İsviçre Kantonundan iktibas ettiği Medenî Kanunu esas alarak, bir çok mevzuda olduğu gibi tahkime ait kuralları da aynı Kantonun 1925 tarihli Usul Kanununu iktibas etmek suretiyle değiştirmiştir.

Yapılan değişikliklerden “kamu düzeni” kavramı ve anlayışı da payını almış, bu kanunlara rengini veren Batılı anlayışın eseri olarak iktibas edilen hükümler birer kanun hükmü olduklarından “kamu düzenli” olarak kabul edilmiş ve “her şeye rağmen uygulanmak için” yürürlüğe konmuştur. Ancak bu yürürlük, toplumda yaşanan ekonomik, sosyal ve siyasal gelişmelerle sürekli delinebildiğinden, zaman zaman kamu düzenli hükümlerin de değiştirilmesi zorunlu olmuştur.

Bir zamanlar Türk Parasını Koruma Kanunu hükümleri ile, üzerinde yabancı döviz bulunduranlar astronomik cezalara çarptırılırken, değişen zaman ve iktisadî şartlara uyum sağlama yönünde serbesti getirilmiş ve Kanunun bu hükmü kaldırılmıştır. Kamu düzeninin toplum ihtiyaçlarına uygun olarak belirlendiği dönemlerde adaletin dağıtımında daha isabetli olduğu artık bir hukuk kaidesi haline gelmiştir.

Tüm bu izahlar, ‘kamu düzeni’ kavramı ve ölçüsü gibi yeteri kadar açıklığa kavuşturulmamış ve her uygulayıcıya göre değişen ölçütlerin uygulanmasına esas alınacak Yüksek Yargı İçtihatlarının, toplumun temel değerlerine aykırı olmaması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Ancak bu şekilde bir uygulama, özel hukukun gelişmesine ve güçlenmesine katkı sağlayacak Tahkim Usulünün, toplumun önünü açmasına imkan sağlayabilir. Belki de, tahkimin gelişmemesinin nedenleri burada yatmaktadır.

Bu aşamada kamu düzeninin tarifini muhtelif kaynaklardan aktararak farklılıkların okuyucunun bilgisine sunulmasında yarar ummaktayız:

Türk Hukuk Kurumu kamu düzenini (amme nizamını),

“Amme nizamı, bir memlekette amme hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertlerin aralarındaki münase-

betlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin hepsi”⁵⁰

olarak tarif etmektedir.

Anayasa Mahkemesi ise kamu düzeni kavramı ile,

“Toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiğini, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varıldığını”⁵¹

belirlemektedir.

Bu açıklamalardan sonra kamu düzenini, **“Toplumun, sosyal, siyasî, ekonomik ve ahlak yararlarını korumak amacı taşıyan kural-
ların bütünü”** olarak tarif etmek mümkün olabilir.⁵²

O halde, kanunlara, ahlaka, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık halinde, kamu düzeni gerekçesiyle müdahale kaçınılmaz olacaktır. Fakat yine de tüm bu tariflerden ve uygulama alanından kamu düzeninin tayin edilmiş bir kapsamına ulaşmak mümkün olamamaktadır. Zaman içerisinde yasakoyucu ve uygulayıcıların siyasî, sosyal, ekonomik ve ahlaki kriterlere atfettiği değer, kamu düzeninin belirlenmesinde rol oynayacaktır. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse:

Medenî Kanununun tatbikine ilişkin “864 sayılı Kanunu Medenînin Suret-i Mer’iyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun”un 2. Maddesinin 2. Bendinde,

“Binaenaleyh yeni kanuna göre intizamı amme ve adabı umumiyyeye mugayir olan kaideler, yeni kanun mer’i olmağa başlar başlamaz hiçbir veçhile tatbik edilemez”,

keza 3. Maddesi de,

“Kanunun, tarafeynin arzu ve iradelerini nazarı itibara almaksızın, tanzim ettiği muamele ve münasebetler yeni kanunun neşrinden

⁵⁰ Türk Hukuk Lûgatı, Türk Hukuk Kurumu Yayını, 3. Basım, (Ankara: 1991).

⁵¹ Kemal DAYINLARLI, “Millî-Milletlerarası KAMU DÜZENİ ve Tahkime Etkileri”, (Ankara: 1994, Dayınlarlı Yayınları), s. 8.

⁵² Erol ERTEKİN- İzzet KARATAŞ, “Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizî Tanınması”, (Ankara: 1997, Yetkin Yayınları), s. 90.

evvel vuku bulmuş olsa bile mer'iyetlerinden itibaren yeni kanuna tabi olurlar”

hükümlerini havidir.

Bu demektir ki, 2. Maddeye göre, intizamı ammeye (kamu düzene) ve adabı umumiyeye (ahlaka), yani Kanunun İsviçre aslına ve İsviçre Toplumunda ve Kanununda benimsenen ahlakî değerlere aykırı olan kaideler, yeni kanun yürürlüğe girer girmez hiçbir şekilde tatbik edilemeyecektir.⁵³

Diğer bir deyişle, kanunun yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 gününden önce toplumun bizzat inanç ve örfünden kaynaklanan hukuk kurallarından İsviçre kanun ve ahlakına aykırı olanlar, bir anda inkar edilecektir.

Yine 3. Maddeye göre, bir gün evvel yürürlükte olan kanuna uygun olarak ve serbest iradelerle yapılmış her türlü muamele ve münasebetler, yeni kanuna tabi olacaklardır. Serbest iradelerle ve meşru bir şekilde yürürlükteki hukuka uygun surette yapılan her türlü muamele yeni kanuna, yani İsviçre Kanununun kabul ettiği ahlaka ve hukuk kurallarına uymuyorsa yok sayılacak veya yeni Kanunun yargısına tabi olacaktır.

İşte bu hükümlere uygun olarak İsviçre aslından eksik ve yanlış iktibas edilen Borçlar Kanununun 19/2. Maddesindeki,

“Kanunun kat'î surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet, ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsî hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir” hükmü ile kamu düzeni ile ilgili hükümler borçlar hukukunda da teyid edilmiş olmaktadır.

Ancak Kanunun İsviçre orijinalinde sadece “hukukî kaidelere muhalefet” denilip, kanuna muhalefet denilmediği, şahsî hükümler teriminin Mehaz kanunda "kişilik hakları" olarak ifade edildiği halde;⁵⁴ uygulayıcılara sınırsız yorum ve tatbik imkanı sunmak için ilave terimler veya yanlış ifadeler kullanılmıştır.

⁵³ Medenî Kanununun Tatbikine Dair Kanun ile ilgili olarak bkz.: (1) Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 158. (2) Aytekin M. ATAAY - İsmet SUNGURBEY, “Açıklamalı Medenî Kanun ile Borçlar Kanunu -Tatbikat Kanunu İle Birlikte-”, 3. Basım, (İstanbul: 1968, Filiz Kitabevi), s. 441-442.

⁵⁴ Aytekin M. ATAAY - İsmet SUNGURBEY, a.g.e., s. 275.

KAMU DÜZENİNİN ÇEŞİTLERİ

Genel olarak kamu düzeni, iç kamu düzeni ve milletlerarası kamu düzeni olarak iki katagoride değerlendirilmektedir. 1950'lerden sonra bu ayırımı ayrıca "Topluluk Kamu Düzeni" ile "Milletlerarası Kamu Düzeni" eklenmiş olmaktadır. Bağımsız devletlerin kendi aralarında oluşturdukları topluluklarda (AVRUPA BİRLİĞİ gibi) ortak dünya görüşü ve siyasal birlik hedefinde belirledikleri kamu düzeni kuralları görülmektedir. Yine milletlerarası ticaretin gelişmesiyle milletlerarası Kamu Düzeni kuralları ve uygulamaları gelişmektedir. Bunları sırasıyla inceleyeceğiz.

İÇ (MİLLÎ) HUKUKTA KAMU DÜZENİ

Yukarıda verilen tariflerden de anlaşılacağı gibi İç Hukukta kamu düzeninin müdahalesini gerektiren hususlar,

- Türk kanunlarının esas prensiplerine aykırılık,
- Türk adâp ve ahlak anlayışına aykırılık,
- Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık,
- Devletler hukukuna aykırılık olarak belirlenebilir.⁵⁵

Yine yukarıda örneklendirdiğimiz gibi iç kamu düzeni zamana ve uygulayıcıların takdirine göre değişme özelliği taşımaktadır. Bu nedenle millî hukuk, tarafların serbest iradeleri ile tayin edemeyecekleri emredici kurallar koymaktadır. Bu emredici kurallar kamu düzeni anlayışı çerçevesinde konmaktadır.

Şurası unutulmamalıdır ki, esas olan tarafların iradeleri, istisnâî olan ise kamu düzeni kurallarıdır. Taraf iradeleri kamu düzenine aykırı tezahür ettiğinde kamu düzeni kuralları devreye girmekte ve maddi hukuk ve usul hukuku kurallarının uygulanması denetlenmektedir.

Kamu düzeninin uygulanmasında hâkime geniş yetkiler veren Türk Hukuk Sistemi, hâkimin takdir yetkisini sınırlamak istemiş ise

⁵⁵ Kemal DAYINLARLI, "Millî-Milletlerarası KAMU DÜZENİ ve Tahkime Etkileri", (Ankara: 1994, Dayınlarlı Yayınları), s. 17.

de, “İki tarafın arzularına tabi olmayan meseleler” ibaresi ile bunu pek de başaramamıştır. Hâkim, kamu düzeni düşüncesi ile konulan ve emredici mahiyette olan kuralların çoğu zaman hangi durumlarda uygulanacağını yorumla tespit edebilmektedir. Bu tespiti yaparken de kamu düzenine ilişkin emredici kuralın korumayı amaçladığı kamu yararını, siyaseti ve uygulanmaması halinde doğacak sonuçları dikkate almaktadır.

Hâkim bu değerlendirmeleri herhangi bir talep olmaksızın kanun gereği re’sen yapmaktadır. Yargıtay dahi HUMK’un 7. Maddesindeki “Mahkeme davanın her safhasında kendiliğinden görevli olmadığına da karar verir” hükmü uyarınca, temyiz edenin aleyhine de olsa re’sen göreve ilişkin karar vermektedir. Zira görev hususu kamu düzeninden sayılmaktadır.

Bir tahkim akdinde tarafların sözleşme yapma veya yapmama, sözleşmenin şeklini seçme, hakem ve tahkimde uygulanacak maddi hukuk kuralları ile usul kurallarını tespit etme hakkı vardır. Fakat BK’nun 19/2 ve 20/1. Maddeleri bu hakkı sınırlamıştır. Taraflar arasında yapılan sözleşmelerde kanunun kesin surette emrettiği hukuk kurallarına ve kanuna, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık bulunması hallerinde sözleşmenin geçersizliği (butlanı) gerektirir. Hatta böyle bir akit başlangıcından itibaren geçersiz ve hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Bu takdirde taraflar yeni bir sözleşme yapmak zorunda kalacaklardır.

İç hukuktaki kamu düzeni, milletlerarası mahiyetteki uyumsuzluklarda uygulanan yabancı hukukun tatbikine mani olan hükümler de vaz etmektedir.

MİLLETLERARASI HUKUKTA KAMU DÜZENİ

Milletlerarası kamu düzeni kavramı ile, milletlerarası mahiyetteki ihtilâflarda “yabancı devlet hukukunun uygulanmasına mani olucu kamu düzeni” ifade edilmektedir.

Burada şu soru akla gelebilir: Milletlerarası toplumun ortak değer yargıları ve hukuk kurallarına dayanan bir milletlerarası kamu düzeni mevcut mudur? Dünya devletlerinden oluşan gelişmiş bir milletlerarası toplum ve milletlerarası anlaşmalarla sağlanan bir dü-

zen mevcut olduğuna göre, bu düzenin, üyeleri olan devletlerce saygı gösterilmesi gereken bir takım evrensel normlarının da olacağı tabiidir. Milletlerarası kamu düzeni esir ticaretini, köleliği, korsanlık ve terörizmi, jenosit, kuvvet kullanma, haksız yere tutuklama ve öldürmeyi, din, ırk ve cinsiyet ayırımı yapmayı ve bu amaçların tahakkukuna yönelik akitleri yasaklamaktadır.⁵⁶

Milletlerarası tahkimde uygulanması gereken milletlerarası kamu düzeni kuralları, milletlerarası hakemlerce de dikkate alınmak zorundadır. Zira bu hakemlerin gerek kendilerini tayin eden taraflara, gerekse kendilerinin üyesi bulunduğu tahkim kurumlarının bağlı bulunduğu milletlerarası kurumlara ve neticede milletlerarası ticaret ve kurallarına ve de bunların toplumlarına karşı sorumlulukları bulunmaktadır. Bu sorumlulukları dolayısıyla milli hukuklardaki kamu düzenlerini esas alabilecekleri gibi, milletlerarası kamu düzeni kurallarını da dikkate almak zorunda olacaklardır. Aksi halde, sadece milli hukukun kamu düzenli kurallarını dikkate aldıklarında belki kararlar taraflardan birinin milli hukukuna uygun olacak, fakat diğer tarafın millî hukukuna veya milletlerarası kamu düzeni kurallarına aykırı olacaktır. Bu aykırılık aynı zamanda milletlerarası ticari tahkimin gelişmesine de engel olacak ve milletlerarası tahkime güveni sarsacaktır.

Aynı şekilde sadece milletlerarası hukuk kurallarını uygulamak endişesiyle milli hukuklardaki kurallara aykırı kararlar verildiğinde, bu kararların milli hukuk kuralları ile çelişki oluşturması ve milli hukukça belirlenen kamu düzenine aykırı olması nedeniyle icra kabiliyeti olmayacaktır.

O halde milletlerarası hakemlerin esasen milli hukukların ortak hukuk ve adalet prensiplerinden oluşan milletlerarası hukukun kamu düzenli kurallarını dikkate almaları ve geliştirmeleri gereklidir. Genellikle milletlerarası hukuk kuralları evrensel özelliklere sahip olma yolunda önemli aşamalar kaydetme yolundadır. Uygulamalarda görülen kısmî zıtlıklar, bu konudaki beklentiye hanel getirmeyecek düzeydedir.

⁵⁶ Cemal ŞANLI, "Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk", (Ankara: 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü), s. 390.

TOPLULUK HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ

Günümüzde muhtelif bağımsız devletler, egemenliklerinden kısmen feragat ederek yeni ve âkit devletlerden bağımsız, uluslarüstü devlet toplulukları oluşturmaktadırlar.⁵⁷ Her ne kadar bu topluluklarda hâkim unsur, siyasal birlik temeline ağırlık veren ve bu topluluğun bir araya gelmesinde önemli katkı sağlayan egemen devletler ise de, genellikle aynı sosyal, siyasal ve ekonomik sistemleri benimseyen ülkeler bir araya gelerek karşılıklı işbirliği oluşturmaktadırlar. Her ne gerekçeyle olursa olsun, bir araya gelen devletlerce kurulan üst topluluk kuruluşu, kendi topluluk hukukunu da oluşturmaktadır.

Bu üst topluluk hukuku, âkit devletlerin aralarındaki anlaşma gereği, milli hukukların üstünde bir değere sahiptir. Bağımsız âkit devletlerce oluşturulmuş olsa da, âkit devletlerden bağımsız bir statüye sahip bu topluluğun, bağımsız bir hukuk sistemi de olacaktır. Bağımsız bir hukuk sistemi olan topluluğun da kendine has bir kamu düzeninin mevcut olması da tabiidir. Topluluğa vücut veren amacın gerçekleşebilmesi için, topluluk düzenini ihdas eden hukuk normlarının, âkit ülkelerde zorunlu olarak uygulanması gerekir. Bu zorunluluk, ülkelerin, millî mevzuatlarında topluluk kamu düzenini kabul etmeleri ile yerine getirilebilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90/son maddesindeki, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmü gibi, herhangi bir uluslarüstü topluluk hukukuna tabi devlet anayasalarında, topluluk hükümlerinin üstün norm niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Topluluk hukukunun uygulama alanına giren ticarî ve akdî uyuşmazlıklarda, taraflar arasında herhangi bir belirleme yapılmamış ise, hakemler tarafından uygulanacak hukuk kurallarının, topluluk kamu düzeni kurallarına aykırı olmaması gerekecektir. Diğer bir deyişle, bu durumda Topluluk Hukuk Kuralları uygulanacaktır. Hatta taraflarca üzerinde mutabakat sağlanmış akit hükümlerinin, topluluk kamu düzenini bozup bozmadığı konusunda tereddüde düşüldüğünde, Topluluk Hukukunun esasını oluşturan anlaşma hükümlerine müracaat edilecektir. Yakın bir geçmişte AET ve COMECON toplu-

⁵⁷ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 384.

lukları birer AET ve COMECON Hukuku oluşturmuşlardı. Nitekim AET Antlaşmasınının 177. Maddesinde, “Sorunun Avrupa Adalet Divanına havale edileceği, zira topluluk kamu düzeninin kapsam ve sınırının Divan tarafından tespit edileceği” hükmü yer almakta idi.⁵⁸

Netice olarak denilebilir ki, topluluk ticaretini ilgilendiren hukukî ihtilâflarda, topluluklara (örneğin Avrupa Birliği’ne) tabi ülkelerin ve ihtilafı çözmeye yetkilendirilen hakemlerin, esasa uygulanacak maddî hukuku tespit ve tatbik ederken, uluslararası topluluğun hukuku ve kamu düzeni ile bağlılıkları söz konusudur.

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMDE KAMU DÜZENİ

Milletlerarası ticarî tahkimde görev alan hakemler, milletlerarası ticareti ilgilendiren ve tarafları farklı devletlere mensup kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde görev alan özel yetkili hakemlerdir. Herhangi bir devlet adına yargılama yapmamaktadırlar. Kendileri de farklı ülkelerin vatandaşlarıdır. Hakemlerin bu özellikleri aynı zamanda onların herhangi bir devlet veya devletler topluluğunun kamu düzenini uygulamalarına da engeldir. Diğer bir deyişle milletlerarası hakemler mahallî veya topluluk halinde de olsa herhangi bir devlet veya topluluk kuralları ile bağlı değildir. Fakat bu şekildeki bir belirleme milletlerarası hakemlerin hiçbir ülke kamu düzenini dikkate almamaları anlamına da gelmemektedir. Zira hakemlerin vereceği kararlar taraf ülkelerin milli hukuk kamu düzeni kuralları uygulanarak tenfiz ve icra edilecektir.

Bu sebeple milletlerarası hakemler mahallî ve topluluk kamu düzenlerini en azından pratik ve pragmatik mülahazalarla dikkate almaktadırlar.

Gerçekten de hakkında tenfiz talebinde bulunulan hakem kararı, tenfiz talebinin yapıldığı ülke kamu düzeni kuralları kapsamında değerlendirileceğinden, hakemlerin ilk planda tenfiz ülkesinin millî kamu düzeni kurallarını dikkate almaları tahkimden beklenen yarara uygundur. 1958 tarihli New York Sözleşmesinin V. Maddesinin ikinci bendinde;

⁵⁸ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 387.

“Hakem kararının tanınması ve tenfizi talebinin, talepte bulunulan ülkenin yetkili makamı tarafından;

- a) Tanıma ve tenfiz talebinin dermeyan edildiği ülkenin hukukuna göre, ihtilâf konusu meselenin tahkim yolu ile hallinin mümkün bulunmaması; veya,
- b) Hakem kararının tanınması ve tenfizinin, mezkur ülkenin kamu düzenine aykırı olması hallerinde reddedilebileceği”

hükme bağlanmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; gerek milletlerarası sözleşmeler, gerekse milletlerarası tahkimi düzenleyen millî mevzuatlarına göre tenfizi safhasında hakem kararları, esasa uygulanan hukuk açısından yargı denetimine tabi değildir.⁵⁹ Ancak hakem kararları için genel anlamda bir kamu düzeni istisnası vardır:

Bu genel kamu düzeni istisnası esasa uygulanan hukuk bakımından da geçerlidir. Diğer bir ifade ile, tahkimin esasına uygulanacak taraf anlaşmaları veya taraflarca seçilen yahut da hakemlerce tespit edilen hukukun öngördüğü düzenlemeler, tenfiz ülkesinin kamu düzenini ihlal ettiğinde kararın tenfizi önlenebilecektir. Böyle bir kamu düzeni müdahalesi için kararın esasını yöneten kuralların tenfiz ülkesinin kamu düzenine aykırılığının, söz konusu hakem kararından açıkça anlaşılması gerekmektedir. Aksi halde esasa uygulanan kurallarla ilgili olarak kamu düzenine dayandırılan itirazlar sebebiyle, tahkimin esas mahkemelerce yeniden gözden geçirilmeyecektir.⁶⁰

Hakem kararlarının millî hukuktaki kamu düzenli hükümleri de dikkate alarak verilmesi gerekliliği, hakemlerin çözmeye yetkili kılındıkları uyuşmazlığın tahkime götürülmesinden beklenen yarara hizmet edecektir. Hakemlerin bu konuda bağlayıcı mecburiyetleri olmamasına karşın millî hukuklarda tenfizi engelleyen hükümlerin, işin esası, diğer bir deyimle maddi hukuka ilişkin kurallar bakımından da uygulanabilirliği gerçeği unutulmamalıdır.

Milletlerarası ticaret hakemlerinin ihtilâfın esasına uygulanacak hukukun tespit ve tatbikinde yine pratik mülahazalarla, hakem kararının verildiği yer veya tahkimin yapıldığı yer ülkesinin kamu düzenini dikkate almaları da elzemdir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hu-

⁵⁹ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 397.

⁶⁰ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 397.

kuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 45/f Maddesinde, tenfiz talebinin red sebepleri arasında tahkim sözleşmesi veya şartının, taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre hükümsüz olması hali sayılmıştır.

Kanunun 45/g Maddesinde de hakemlerin seçimi veya uyguladıkları usulün tarafların anlaşmasına veya böyle bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı olması hali de tenfizin reddi gerekçesi olarak sayılmıştır.

Aynı maddenin (i) bendinde de hakem kararının tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise yine tenfiz talebi reddedilecektir.

Bütün bu hükümler, hakemlerin bu hükümlere uygun olarak ve kararların tenfizine engel olmayacak şekilde kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarına uygun karar vermelerini zorunlu kılmaktadır.

MÖHUK'un 45. Maddesinin a, b, c, d, e bentlerinde sayılan usul hükümleri ise, yine tenfiz talebinin reddine ilişkin olup, genel anlamda tüm hukuk sistemlerinde dolayısıyla milletlerarası tahkimde de uygulanan usul kuralları olması bakımından, bu maddeleri burada inceleme gereği duymamaktayız. Zaten usul kurallarına uyulmaması hali, aynı zamanda tahkimin mahiyetine de aykırı olması nedeniyle, milletlerarası ticari tahkimi organize eden kurumların denetiminden geçememektedir.⁶¹

Yukarıda milletlerarası topluluk kamu düzeni hakkında verdiğimiz malumatta, toplulukların kendi içlerinde belirledikleri kamu düzenli hükümlerin varlığından bahsetmiş idik. Bu çerçevede, milletlerarası hakemlerin Topluluk Hukukunun kamu düzenli kurallarını dikkate almalarının, tahkime başvuranların tahkimden beklentilerine ve tahkimin gelişmesine yararı olacağı şüphesizdir.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir mesele, "gerçek anlamda bir milletlerarası kamu düzeninin varlığı" konusudur. Daha önceki izahlarımızda, milletlerarasında doğal hukuk anlayışından kaynaklanan bazı evrensel kuralların varlığından söz etmiş idik. Bu

⁶¹ Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine ilişkin hükümler içeren New York Sözleşmesi ve MÖHUK hükümlerinin incelendiği bölümde bu konu ile ilgili geniş açıklamalar Milletlerarası Ticari Tahkim başlığı altında incelenmiştir.

kuralların aynı zamanda tüm ülkelerin hatta tüm insanlığın öngördüğü hukuk sisteminin temel kuralları olduğu da vurgulanmıştır. Millî mahkemeler de bu temel kurallara yer veren millî hukuk kurallarına aykırı hakem kararlarını tenfiz etmemektedirler.

Bu demektir ki hukuk sistemleri arasında milletlerarası kamu düzeni konusunda önemli bir konsensüs oluşmaktadır. O halde henüz esasları ve müeyyideleri belirlenmiş bir milletlerarası düzenleme mevcut değil ise de, söz konusu konsensüs, ülkelerin mahallî mevzuatlarında yer almaya ve Milletlerarası Konvansiyonlar ve anlaşmalarla geliştirilmeye çalışılmaktadır. Bu nedendir ki gerçek anlamda milletlerarası kamu düzeni uygulamasından söz edilebilmektedir.

Nitekim Milletlerarası Ticaret Odasına tevdi edilen bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın çözümüne tayin edilen hakemin aşağıda alıntılanan kararı milletlerarası kamu düzeninin varlığına ve uygulanması gerektiğine işaret etmektedir:

“... resmî mahkemeler ve hakemler tarafından doğrudan doğruya uygulanması gereken Milletlerarası Kamu Düzeni veya genel ahlakı ciddi bir şekilde ihlal eden akitlerin geçersiz kılınacağı veya en azından bunların tenfiz edilmeyeceği; medenî milletlerce genel olarak benimsenmiş bir prensiptir. Özellikle bu prensip, klasik manada herhangi bir “forum” hukukuna sahip olmayan milletlerarası ticaret hakemlerinin kullanımı için uygun olacaktır.”⁶²

İç (millî tahkim) için evvelce ifade ettiğimiz, tahkimle ilgili kanuni düzenlemelerin tarafların irade serbestisini ve tahkimden beklenen yararı engellemeyecek şekilde yapılması gerektiği görüşümüz, milletlerarası tahkim için de geçerli olmaktadır. Milletlerarası kamu düzeni anlayışı ve uygulamalarının milletlerarası tahkimden beklenen yararı sağlayabilmesi, millî kamu düzenlerinin milletlerarası kamu düzeni kuralları karşısında daha dar yorumlanması ile mümkün olabilecektir. Milletlerarası ticarete kabullenilmiş ve uygulamaya konmuş kuralların, genel anlamda tüm ülkelere kabul edilen kamu düzenli hükümlere uygunluğunun esas alınmasının ve millî hukukta yapılacak düzenlemelerin de bu esasa uygun olarak gerçekleştirilmesinin, tahkimin mahiyetine uygun olacağı kanaatindeyiz.

⁶² Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 406.

TAHKİMİN SINIRLANDIRILMASI

SINIRLANMA NEDENLERİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, hangi ihtilâflar hakkında Tahkime gidilemeyeceğini saymamış, sadece 518. Maddesinde “Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan konularda tahkimin cereyan edemeyeceğini” belirtmiştir. Kanun, bu hükümle, taraflar arasındaki her türlü ihtilâfta tahkime gidilemeyeceğini, tahkime gidebilme konusunda tarafların arzularına tabi olmayan, diğer bir deyişle, tarafların iradelerini aşan durumların varlığını, birtakım konularda sınırlamalar olabileceğini ifade etmiştir.

Kanunun, sınırlama nedenini dahi yoruma açık bırakarak belirlediği, anlamı kapalı bir ‘mesail’ sözcüğü, tahkime gidilemeyecek hallerin neler olduğunda tartışmalara yol açmıştır. Tarafların ne tür ihtilâflarda tahkim sözleşmesi yapabileceğini, maddenin mefhumu muhalifinden dahi çıkarmak zordur.

Borçlar Kanununun yukarıda aktardığımız 19 ve 20. Maddelerinden, tahkim sözleşmesinin, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, kişilik haklarına ve ahlak ilkelerine aykırı olamayacağını çıkarabilmekteyiz. Bu sınırlama sebeplerinden emredici hukuk kuralları ve kişilik haklarının neler olduğu konusunda ihtilâf olmamakla birlikte, yukarıda etraflıca izah vermeye çalıştığımız kamu düzeni kısıtası hakkında kuşatıcı bir açıklama, diğer bir deyişle hangi ihtilâfların hallinin tahkimin konusu olmada kamu düzenine aykırı sayılabileceğini sıralamak mümkün olamamaktadır.

O halde, kanunun emredici hükümlerinde sayılan veya Yargıtay’ın İçtihatlarıyla belirlenen tahkime konu olamama nedenlerini ve kamu düzeni sınırlama sebeplerinden önemli gördüklerimizi aktarmakla yetineceğiz.

Yargıtay, tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının, borçlar hukuku anlamında bir akit olduğunu, akitler için geçerli şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerektiğini, özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlere ilişkin BK’nun 19 ve 20. Maddelerinin göz önünde tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Yargıtay söz konusu örnek kararında, tahkim sözleşmesinde taraflardan birinin ekonomik ve sosyal üstünlüğü kulla-

narak hakem seçimini kendi inisiyatifine almasını ve böylece eşitliği kendi lehine bozacak şekilde davranmasını, ahlaka aykırılık nedeni saymış ve böyle bir tahkim sözleşmesinin batıl olacağına karar vermiştir.⁶³ Buradaki batıl olma nedeni, akdin konusundan ziyade, akit yapılırken tarafların iradelerinin tezahürü açısından eşitsizlik doğmuş olmasıdır. Ahlaka aykırılık da buradan gelmektedir.

Ancak, kanunun veya içtihatların gösterdiği sebeplere bağlı kalmaksızın, tahkim akdinin konusunun, tarafların serbest iradeleri ile yaptıkları bir akit olmasını esas alarak; önemli olanın tarafların iradesi olduğunu ve mahkemelerde ileri süremeyecekleri haklarını tahkim yargısı ile alabilecekleri inancının esas olduğunu, fakat hakemlerin bu hakların tanınması veya reddedilmesi hususunda muhtar olduklarını, tahkim akdi yapıldı diye, sadece tarafların hak ve hukuk anlayışları ile değil, kendi hak ve hukuk anlayışları ve toplumda geçerli adalet anlayışı ile yürürlükteki hukuku da esas alabileceklerini kabul etmekteyiz. Nitekim Yargıtay da Türk Hukukunda hakemlerin yürürlükteki hukuk kaidelerine uyarak ihtilâfı çözmek mecburiyetinde olmadıklarını, kanundan ziyade adalet ve nesafet esasları dairesinde karar vermeye yetkili olduklarını kabul etmektedir.⁶⁴

Diğer bir deyişle, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, batıl bir akit hakkında yapılan tahkim akdinin de, BK'nun 19 ve 20. Maddeleri uyarınca batıl olacağı görüşüne katılmıyoruz. İnsanlar, yürürlükteki mevzuata göre batıl addedilen bir hususta, eşit iradeleri ile akit yapabilirler ve bu akitlerinden doğmuş veya doğacak ihtilâfların hakem tarafından hallini öngörebilirler. Tarafların bu iradeleri asıldır. Ancak tarafların bu serbest iradeleri, tahkim yargılamasını etkilemez. Tahkimde görev alacak hakemler, tarafların iradelerini de dikkate alarak, hukukun emrettiği esaslar dahilinde karar verebileceklerdir.

Burada problem, hakemlerin yürürlükteki mevzuat tarafından batıl addedilen tahkim sözleşmeleri ile ilgili verdikleri kararların icra kabiliyetidir. Yani bu kararlara itiraz halinde, mahkemelerin bu ha-

⁶³ Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 25.4.1991 tarih ve 8778-4492 sayılı kararı.

⁶⁴ Yargıtay, 3. H.D. 31.3.1961 tarih ve 1215 sayılı kararı: “..tarafların mer’i kanunlar dairesinde karar vereceklerini şart koşmadıkları tebeyyün eylemesine ve Türk Hukukunda hakemlerin mer’i hukuk kaidelerine uyarak nizamı çözmek mecburiyetinde olmayıp, kanundan ziyade adalet ve nesafet esasları dairesinde karar vermeye yetkili bulunmalarına binaen..” Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 371.

kem kararlarının tenfizi veya temyizi sırasında verecekleri karar, bu tür hakem kararlarının icra kabiliyetini ortaya çıkaracaktır. İşte kamu düzeni bu noktada önem taşımaktadır. Yoksa, taraflar her konuda tahkim akdi ve tahkim şartı yapabilir veya öngörebilirler ve neticesinde de tayin ettikleri hakem veya hakemlere gidebilirler. Bu halde ise, 518. Madde hükmü devreye girecek ve hakem kararına itiraz halinde, kanunun konusu bakımından batıl saydığı esas akdin hüküm ifade etmemesi, buna ilişkin tahkim sözleşmesinin de geçerli olup olamayacağını gündeme getirecektir.

Yeğengil, asıl mukavelenin batıl olması halinde, tahkim şartının geçerli olacağı kanaatindedir ve asıl sözleşme ile tahkim şartının birlikte batıl sayılabildiğini, butlan sebeplerinin her iki sözleşmeyi birlikte etkiler nitelikte olmasına bağlamaktadır. Örneğin, akdi yapanın mümeyyiz olmaması veya akdin ikrah altında yapılmış olması, her iki akdi de etkileyen butlan sebebidir. Tek başına tahkim akdinin butlanı, esas akde tesir etmez. Kanunun tahkim usulünü men ettiği veya mecburi tahkime tabi tuttuğu bir hukukî münasebet hakkında yapılan tahkim akdi batıl olmasına rağmen, esas akit geçerli kalır, demektedir.⁶⁵

Biz de bu görüşe verilen örnek çerçevesinde kısmen katılmakta ve kanunun tahkim usulünü men ettiği hukukî münasebetler hakkında yapılan tahkim usulünün tümünü batıl saymamaktayız. Kanunun kamu düzenine ilişkin sınırlamalarının uygulayıcıların keyfi tutumlarına açık olmaları nedeniyle, bu sınırlamaların tümünü kabul etmenin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Kamu düzeni dışındaki butlan nedenlerinden kişilik hakları ve ahlaki sınırlamalar için herhangi bir çekince koymanın da mümkün olmadığını kabul etmekteyiz.

KANUNA KARŞI HİLE

Esasen hakemler de, konusu bakımından batıl sayılan tahkim sözleşmelerinin butlanına hüküm vererek, ihtilâfın esasına girmeden karar verebilirler. Ancak her ne kadar Mahkeme tarafından tasdiki ve icra kabiliyeti mümkün olmasa da, kanunun, konusu bakımından batıl saydığı tahkim sözleşmesi, hakem veya hakemler tarafından

⁶⁵ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 179.

incelemeye ve takdire şayan bulunduğu, taraflar açısından da icra kabiliyeti kazanırsa sorun olmayacaktır. Biz de doktrinde “Tahkim mukavelesi veya tahkim şartı ile mer’i hukukun bazı amir hükümlerinden kaçınmak imkanı verilmiştir diye, mücerret bu sebepten anlaşmanın muteber olmadığı”ni savunanlar⁶⁶ gibi düşünüyoruz.

Tekrar ifade edelim ki, tahkim sözleşmesinin konusu bakımından batıl olması; kanunun tanımadığı ve yukarıda sayılan kıstaslara aykırı bulunduğu içindir. Fakat tarafların inanç ve örflerine uygun konularda tahkime gitmeleri, tahkim yargısının tarafların serbest iradelerinin tezahürü bakımından önem kazanmaktadır. Sınırlamaları salt kanuna bağlamanın, bir çok kanunî düzenlemenin halkın inanç ve örfüne aykırı hükümler içermesi açısından, doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Bu noktada Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin yukarıda aktardığımız 25.11.1961 tarihli kararı önem taşımaktadır. Buna karşılık, “tahkim usulü kamu düzenine ilişkin hükümlerin ihlaline vasıta yapılmamalı, aynı toplum fertleri arasında benzer uyuşmazlıklarda bu vesile ile ayrı hukuk yaratılmamalıdır. Tahkimden beklenen sonuç da bu olmalıdır”⁶⁷ diyenlerin görüşlerine katılmak mümkün değildir. Yargıtay’ın mezkur kararı, ayrı bir hukuk yaratmaya matuf bir içtihat değil, halkın inanç değerlerini ve örfünü esas alan ve kanuni her türlü düzenleme ve yargılamanın bu esaslar dahilinde yapılması gerektiğine işaret eden bir karar olarak algılanmalıdır.

Unutulmamalıdır ki, ayrı bir hukuk yaratma düşüncesiyle gerçekleştirilen “Türk Hukukunun Resepsiyon Süreci”, halkın “**kanuna karşı hile**”yi esas almasına neden olmuştur. Kanuna karşı hilenin de yararlı olduğu alanlar olabilir ki, Tahkim Usulü de bu alanlardan biridir.

⁶⁶ Turgut KALPSÜZ’den aktaran, Erol ERTEKİN - İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 77.

⁶⁷ Erol ERTEKİN - İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 78.

TAHKİMİN BUTLANI**TAHKİM SÖZLEŞMELERİ İÇİN BUTLAN ÖLÇÜTLERİ**

Türk Hukukunda, Kanun ve içtihatlar da konusu bakımından batıl sayılan tahkim akitleri için genellikle şu kıstaslar uygulanmaktadır:

- 1) Kamu düzeniyle ilgili hükümlere aykırı uyumsuzluklarda,
- 2) Emredici hükümlerin tahkim usulünü sınırladığı uyumsuzluklarda,
- 3) Esas akdin batıl olmasının, tahkim akdini de geçersiz sayacağı uyumsuzluklarda,
- 4) Kamu düzenini ilgilendiren uyumsuzluklarda,

tahkim akdi uygulanamaz. Ancak, Yargıtay'ın bazı Daireleri, aksine hüküm bulunmadıkça hakemlerin, yürürlükteki emredici hükümlere aykırı karar verebileceklerini kabul etmektedir.⁶⁸

Yürürlükteki hukukta kabul edilen bu ölçüler çerçevesinde, kamu düzenine aykırı kabul edilen örneklere geçebiliriz.

KANUNUN BATIL SAYDIĞI TAHKİM AKİTLERİ

1- Sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmış olduğunun açıkça belirgin olduğu ve ahlaka aykırılık unsuru taşıyan diğer bütün akitler gibi, bu tür tahkim akitleri de kanuna göre batıldır. Cebir ve tehdit altında akdedilen Tahkim Sözleşmesi veya menfaat uyumsuzluğunda taraf olan hakemin, tahkim için yetkili kılındığı Tahkim Sözleşmeleri batıldır. Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 9.11.1964 tarih ve 8868-739 sayılı kararında, "Hâkim veya hakemlerin, menfaatlerin çatışması ile ilişkisi olmayan bir üçüncü kişi olmaları gerektiğine" karar vermiştir.

2- 6570 sayılı Taşınmaz Kiraları Hakkındaki Kanunun 1. Maddesinde belirlenen yerlerdeki taşınmaz mal kiralalarıyla ilgili ihtilâflar kamu düzenine ilişkin olup, hakemlere tevdi edilerek çözümlene-

⁶⁸ "Hakemlerin mer'î kanunlar dairesinde karar verecekleri şart koşulmadığı tebeyün eylemesine göre, hakemler BK'nun 213 ve Noterlik Kanununun 44. Maddelerinde mevzubahis resmî şekle riayet edilmiş olup olmadığı ile ilgili maddî hukuk kaidelerine göre karar vermek mecburiyetinde değildir" Yargıtay, 3. H.D., 25.11.1961/72. sayılı kararı.

mez.⁶⁹ Ancak 6570 sayılı Kanuna tabi olmayan gayrimenkul kiralarına ilişkin tahkim akitleri geçerlidir.

3- Geçersiz sözleşmelere dayanılarak yapılan tahkim sözleşmeleri de geçersizdir. Örneğin:

- a- Hakemlerin kendi ücretlerini kendilerinin tayin etmeleri, hakem sözleşmesini batıl kılar.⁷⁰
- b- Hasım tarafa yükletilecek Avukatlık ücretinin vekile ait olacağına ilişkin sözleşmenin geçersiz olması, bu sözleşmeye dayanılarak yapılan tahkim sözleşmesini de geçersiz kılar.⁷¹

4- Medenî Kanunun aynî haklara ilişkin hükümleri kamu düzenlidir ve tahkime konu olmazlar. Taşınmaz mülkiyetinin intikali sonucunu doğuracak nitelikteki işlemlerin, tarafların tapu memuru önünde verecekleri takrirleri veya mahkeme kararları ile mümkün olacağını emreden Medenî Kanunun 633. Maddesi ile aynı Kanunun 926/2. Maddesinin yollamasıyla Tapu Sicil Nizamnamesinin 19. Maddesi ve yine Tapu Kanununun 26 ve 27. Maddeleri ile 1515 sayılı Tapu Kayıtlarından Hukukî Kıymetlerini Kaybetmiş Olanlarının Tasfiyesine Dair Kanuna 5519 sayılı Kanunla getirilen EK-1. Madde hükümleri, kamu düzeni ile ilgilidir. Hakemlerin taşınmaz mal intikallerine ilişkin kararları, mahkeme kararı niteliğinde bulunmadıklarından intikal veya terkini sağlayamaz. Hakemlerin intikal veya terkine ilişkin kararları tespit niteliğinde olup, eda davası açılması mümkün olan hallerde bu tür davalar da açılmayacağından, hakemlerin, taşınmaza konan satış vaadi şerhinin kaldırılmasına ilişkin davaları reddetmesi gerekir.⁷²

5- Hakemlerin, 'menfaatler çatışması ile ilişkisi bulunmayan bir üçüncü kişi olmaları gerekir' kuralına aykırı olarak, menfaat çatışmasına taraf olan bir kişinin veya kurulun hakem seçileceğine dair tahkim sözleşmesi geçersizdir.⁷³

⁶⁹ Yargıtay 4. H.D. 5.11.1966-9110/9554 sayılı kararı

⁷⁰ Yargıtay İBK, 13.5.1964-1/64 sayılı kararı.

⁷¹ Yargıtay 4. HD. 27.9.1965-10737/4444 sayılı kararı.

⁷² Yargıtay 15. H.D. 27.1.1988-4346/224 sayılı kararı.

⁷³ Yargıtay 4. H.D. 9.11.1964-8868/5220 sayılı kararı.

6- Kamu düzenli hükümlerle men edilmiş olan bir bedel üzerinden yapılan satma ve kiralama tasarrufları da tarafların arzularına tabi olmayan tasarruflardan sayıldığından tahkime konu olamazlar.

7- Medenî Kanununun Satış, Aile ve Miras Hukukunu düzenleyen hükümleri kamu düzenini ilgilendiren hükümlerdir. Kanunî mirasçılarının mirasçılık sıfatına dayanarak açacakları iptal ve tenkis davalarında, şahıs hukukuna tâbi mirasçılık halleri de ihtilâf konusu olacağı için, bu davalar tahkime konu olamazlar.

Kanunun tayin ettiği mirasçılık sıfatı bir ihtilâf sebebi olmaksızın, mirastan doğan haklarla ilgili ihtilâflar hakkında taraflar, geçerli bir tahkim akdi yapabilirler. Ancak şahsın hukukuna dayanan miras bağlarıyla ilgili ihtilâflar istisnadır ve tahkime konu olamazlar. Örneğin: Kanunî mirasçılık sıfatını ortadan kaldırıcı bir işlem tahkime konu olamaz.

Tereke ile ilgili ihtilâflar üzerinde yapılan tasarruflar, taraf olmayan 3. Kişilerin haklarını ihlal edebileceğinden bu tür tasarruflarla ilgili akitler sadece tarafları bağlar. Tahkim akdine taraf olmayanları bağlamaz. Örneğin: kanunî veya mansup mirasçılar gibi 3. Şahıslar hakem kararları ile bağlı sayılmazlar.

Terekenin idaresine, intikaline, mühürlenmesine, muhafazasına ve tasfiyesine dair muameleler, icraî veya ihtiyatî mahiyetleri ve ihtilâfsız kazayı ilgilendirmeleri sebebiyle genel yargının (mahkemelelerin) görevlerine dahildir. Hakemler bu muameleleri yapmaya yetkili değildirler.

8- Özel Kanunların hükümleri genellikle kamu düzenlidir. İş Mahkemelerinin görevleri, işveren karşısındaki işçi haklarını korumak maksadıyla kamu düzeni esasına dayanılarak tayin edildiğinden, işçi-işveren ihtilâfları ile ilgili yetki ve tahkim sözleşmeleri geçersizdir. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 14.9.1964 tarihli kararında,

“İşçiye tahkim şartının kabul ettirilmesi ile hakemlerin verecekleri kararların Yargıtay’ca murakabesi imkanı daraltılmış ve dolayısıyla İş Kanununun kamu düzeni bakımından birinci derecede önemli olan emredici hükümleri ve bu arada işçi hakları ihlal edilmiş olacaktır. O halde bir iş sözleşmesinde tahkim şartı, İş Mahkemeleri

Kanunu ve İş Hukukunun ana gayesine aykırı olduğu için muteber sayılmamak gerekir”

demektedir.

9- Mecburi tahkim usulünü öngören kanun hükümleri de kamu düzenlidir ve mecburi tahkime konu olan davalar hakkında tahkim sözleşmeleri geçersizdir.

10- Tapulama ve Kadastro Kanunlarındaki görev hükümleri de kamu düzenlidir ve bu konularda tahkim sözleşmeleri geçersizdir.

11- Hakemler ihtilâfsız yargı işleri yapamazlar. Bu çerçevede ihtiyatî haciz, delil tespiti gibi devletin icra kuvvetlerini harekete geçirmek gereken işler de hakemlerin yetki alanları dışındadır ve genel yargının görevindedir. Bu nedenle bu tip konularda tahkim cereyan etmez.

12- Vekil veya vasinin tahkim akdi yapması kendi inisiyatifinde değildir. Vasi, Sulh Hukuk Mahkemesinden izin almadan tahkim akdi yapamaz. (MK. 405) Zira, idare yetkisi, tahkim akdi yetkisini vermez. İdare yetkisini haiz Vasi, bir hakkın nakil ve değiştirilmesi gibi tasarrufları yapmak yetkisine sahip değildir. Bu yetki ancak, Sulh Hukuk Mahkemesinin izni ile kullanılabilir.

Vekil de, sulh ve feragat yetkileri gibi tahkim yetkisi bulunmadıkça tahkim akdi yapamaz. (B.K. 388, HUMK. 63)

Vesayet altındaki kimseler –bir meslek veya sanatla iştigaline mahkemece izin verilmiş ise– yapmaya mezun oldukları meslek veya sanatın gerektirdiği tasarruflarla ilgili olarak tahkim akdi yapabilirler.

13- Ticarî bir işletmeyi işleten küçük, ticarî işlemlerin gerektirdiği tasarrufları yapmaya ehliyet kazanacağından, üçüncü şahıslarla yaptığı tahkim sözleşmesi kendisini bağlar.

**TAHKİM USULÜNDE ORTAYA ÇIKAN
İHTİLÂFLARIN HALLİ**

HUMK, Madde-519: Bir nizanın hakemler vasıtasıyla halledilip halledilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilâflar mahkemece, basit usulü muhakeme ile (HUMK. 507-511) hallonulur.

HUMK'ta tahkimin cereyan etmeyeceği öngörülen bir konuda, taraflarca tahkim sözleşmesinin yapılıp yapılmadığının denetim mercii, ihtilâfa bakmaya yetkili mahkemelerdir. Kanunun bu hükmü ile kamu düzenine ilişkin hükümlerin ihlal edilip edilmediği denetim altında tutulmaktadır.

Yine bu hükme göre, bir uyuşmazlık hakkında tahkimin geçerli olup olmadığı 519. Madde gereğince ancak mahkemeler tarafından denetlenebileceğinden, tarafların önceden anlaşarak bu denetim yetkisini hakemlere bırakmaları, yani mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmaları mümkün değildir.

519. Madde içinde ifade edilen niza, ihtilâf konusunun tahkim akdi kapsamında kalıp kalmadığı (518. Maddeye muhalefet yönünden), tahkim akdinin hata, hile gibi rıza fesadı altında yapılıp yapılmadığı, tarafların akit yapma ehliyetlerinin olup olmadığı, sahtelik gibi iddiaları kapsamaktadır.

Saim Üstündağ'ın ifadesiyle, muhakeme etmek yetkisini elinde tutan devlet, taraflara hakeme müracaat etmek imkanı tanımaya rağmen, yine de HUMK'ta yer alan yetki ile, tekeli tamamen kaybetmek de istememiştir. Bu hükümlerden birisi de HUMK'un 519. Maddesidir.⁷⁴

Özetle, bir ihtilâfın tahkime tabi olup olamayacağına dair taraflar arasındaki uyuşmazlık ile tahkim sözleşmesinin taraflar arasındaki ihtilâfa ilişkin olup olmadığı, tahkim sözleşmesinin irade fesadı altında yapılıp yapılmadığı hususlarında karar mercii mahkemelerdir.

519. Madde hükmüne göre bir niza/ihtilâfın tahkimde görülüp görülemeyeceği hususunda meydana çıkan ihtilâflar mahkemece basit yargılama usulü ile hallolunur. Bu hususta taraflardan birinin ihtilâfı görmeye yetkili mahkemeye yazılı müracaatı gerekir. Karşı

⁷⁴ Saim ÜSTÜNDAĞ, a.g.e., s. 930.

tarafın buna karşı diyeceklerini en geç ilk oturumda yazılı veya sözlü olarak bildirmesi gerekir. Mahkemenin, bu yargılamada, HUMK'un 213. Maddesi gereğince evrak üzerinden değil, duruşma yaparak ve tarafları dinleyerek karar vermesi gerekir. Bunun için de taraflara çıkarılacak davetiyede "tarafların belli edilen günde duruşmada hazır bulunmadıkları takdirde, tahkikata yokluklarında devam edileceği" bildirilir. Geçerli özrü olmadan duruşmaya katılmayan taraf, yokluğunda cereyan eden işlemlere itiraz hakkını kaybeder. Bu tür basit usulü muhakeme ile görülen davalara adli tatilde de devam edilir.

Yapılan yargılama sonunda mahkemenin verdiği karar bir tespit davası kararıdır. Davanın hakemlerce görülebileceğine karar verildiği takdirde tahkime kaldığı yerden devam edilecek, aksi yöndeki karar hakemlerin görevini sona erdirecektir.

TAHKİM YARGILAMASINDA USUL HÜKÜMLERİ**GENEL BİLGİ**

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda genel mahkemelerde görülen davalarda uygulanacak usul hükümleri belirlendiği halde, tahkim ile ilgili hükümlerde, umumi usul hükümlerinin aynen ve tamamen uygulanması öngörülmemiş, tahkimin tabi olacağı usul kurallarının bir kısmı tarafların iradelerine, taraflar izlenecek usulü belirlememiş iseler hakemlerin takdirine bırakılmıştır.

Usul Kanununa göre taraflar usule ait bazı kurallara aykırı tahkim usulü belirleyemezler. Bu kurallar kamu düzenini ilgilendiren kurallardır. Kamu düzenli kuralların, adaletin dağıtımında esas alınan kurallardan olması ve usul kanununda bu kuralların tam olarak sayılmamış olmasından (esasen zaman ve şartların değişmesi ile kamu düzeni kavramı ve buna ilişkin kurallar da değişken olabilmektedir) dolayı bu kurallar zaman zaman içtihatlarla belirlenmektedir.

Tarafların ve hakemlerin, ihtilâfın esasına ilişkin kamu düzenli hükümlerle bağlı oldukları, HUMK'un 518 ve 519. Maddelerini işlerken ifade edilmiştir. Taraflara, tahkimde uygulanacak usul hükümlerini tayin etme hakkı tanınması, eğer bu hak taraflarca kullanılmamışsa, hakemlere bu hakkın tanınması, tahkimin en önemli unsuru olan irade serbestisi ilkesine en uygun olanıdır. Ancak usul kanunumuza göre taraflar kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlak ve adaba aykırı sözleşme yapamazlar; aksi halde sözleşme batıl sayılır. Kısaca, taraflar ve hakemler esasa ait kamu düzenli hükümlerle nasıl bağlı iseler, usule ilişkin kamu düzenli hükümlerle de öylece bağlıdırlar.⁷⁵

Burada şu ayrımı yapmak zarureti vardır: Esasa ait kamu düzenli hükümlerden maksat, tarafların iradelerine bırakılan hususlarda tahkim akdi yapma serbestisi ve hakemlerin de bu serbest iradeye kamu düzenli hükümler çerçevesinde yaklaşmasıdır. Yoksa tarafların ihtilâfın çözümünde, maddi hukuk kurallarının uygulanmayacağı yönündeki belirlemelerine karşılık, hakemlerin maddi hukuk kurallarını uygulamada tarafların iradeleri ile bağlı olmayacakları, diğer bir deyişle, iradeye rağmen maddi hukuk kurallarını uygulamak zorunda

⁷⁵ Resih YEĞENİL, a.g.e., s. 278.

olacakları anlamında değildir. Hakemler tarafların iradeleri doğrultusunda, maddi hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmamasına karar verecekler ve tahkimi yürütüp neticelendireceklerdir. Taraflar maddi hukuk kurallarının değil, adalet ve nesafet kurallarının uygulanması şeklinde bir yetkilendirme yapmışlarsa, artık hakemler maddi hukuk kuralları ile bağlı olmayarak; ihtilâfı, adalet ve nesafet kuralları dahilinde yürütüp neticelendirecekler ve bu şekildeki hakem kararı, maddi hukuk kurallarına aykırılık yönünden bozulamayacaktır.

TAHKİMDE UYGULANMASI GEREKEN GENEL USUL HÜKÜMLERİ

Usul Kanunu, tahkimde uygulanacak usul hükümlerini tarafların iradesine bırakmış olsa bile, taraflar usule ilişkin bazı temel kurallara aykırı usul sözleşmesi yapamazlar. Kamu düzenini ilgilendiren bu hükümler, kanunda tek tek sayılmamış olsa dahi, içtihatlarla belirlenmeye çalışılmaktadır. Kamu düzenli olan bu kuralların sağlamaya çalıştıkları ilkeler iki başlık altında belirlenebilmektedir. Birincisi, tarafların savunma hakları, ikincisi, taraflar arasında eşitlik prensibidir.

Bu prensiplere göre, hakemlerin taraflardan birini dinlemeden karar vermeleri halinde, savunma hakkı ihlâl edilmiş olmaktadır. Savunma hakkı tanınmış olmasına rağmen, tarafların huzura çağrılmamış olmaları, yani sözlü müdafaa hakkı tanınmaması kamu düzenini ilgilendirmez. Nitekim Yargıtay bir kararında, hakemlerin tarafları davet edip iddia ve savunmalarını sormaları gerekirken, davalıya tebligat yapılmadan ve savunması alınmadan karar verilmesini, usule aykırı bulmuş; fakat bir diğer kararında ise, tarafların hakem huzuruna davet edilmemelerinin, hakem kararının butlanını icap ettiren esaslı merasime riayetsizlik teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.⁷⁶

Yine hakemlerin taraflardan birini davet edip diğerini davet etmemesi, iddia ve savunmasını sunmasına imkan vermemesi taraflar arasındaki eşitliğe ve yargılama usulünün yüze karşı olması prensibine aykırıdır. Ancak duruşmadan haberdar olan tarafın duruşmaya

⁷⁶ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 401'de 88 nolu, s. 481'de 315 nolu karar özetleri.

gelmemesi, vicahilik (yüz yüzelik) prensibinin ihlali olarak değerlendirilemez.⁷⁷

Tarafların ayrı ayrı dinlenmeleri de yüz yüzelik prensibine aykırıdır, bu halde hakem kararı iptal edilir. Yine taraflardan birinin delillerinden diğer tarafın haberdar edilmemesi ve buna göre karar verilmesi halinde de savunma hakkı ihlal edilmiş olur.

Tüm bunlarla anlatılmak istenen, hakemlerin yargılama usulüne tabi olmaktan vareste tutulmaları; hakemlerin usule ait kamu düzenli hükümleri uygulamak zorunluluğunu ortadan kaldırmadığıdır.⁷⁸

Usul Kanununun mahkemeler hakkında emrettiği usul hükümlerinden bazılarının, kanundaki açıklık veya kanunun atfı gereğince, bazı hükümlerin de mahiyetleri itibariyle tahkim usulünde de uygulanma mecburiyeti, Tahkim Usulünün “Tahkim Davası” bölümünde işlenecek olmakla birlikte, önemine binaen, burada kısaca üzerinde durmakta yarar vardır.

Tahkim usulünde uygulanması gereken amir hükümler:

- Hâkimlerin reddine ilişkin kurallar hakemlerin reddinde de uygulanır.
- Medenî Kanunun tayin etmiş olduğu dava ehliyetine ilişkin hükümler, tahkim akdinde de aynen uygulanır.
- İki taraf vekilleri hakkında usul kanununun öngördüğü memnuiyet sebepleri, tahkimde de uygulanır. HUMK’un 61. Maddesi gereğince, davaya vekaleten katılabilmesine kanunen imkan bulunmayan vekilin mahkemeye kabul olunamaması, tahkim yargılamasında da geçerlidir.

Burada önemli bir mesele hakkında açıklama yapmak gereği vardır:

Avukat olmayan kimse, hakemler önünde açılan bir davayı takip edebilir mi?

Avukat olmayan kimsenin hakem önünde görülen davayı takip edebileceğini savunanlar olmakla birlikte, aksi görüşte olanlar çoğunluktadır. Nitekim Yargıtay, hakem tetkikatının selahiyetsiz vekil hu-

⁷⁷ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 557’de 513 nolu karar özeti.

⁷⁸ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 554’de 500 nolu karar özeti.

zurunda icra edilmesini, davalının ve selahiyetli vekilinin huzurunu şart koşan usul hükümlerine aykırı saymış ve avukat olmayan vekilin katıldığı hakem yargılaması neticesinde verilen kararı bozmuştur.⁷⁹

1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35. Maddesi,

“Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.”

hükmünü havidir. Avukatlık Kanununun bu hükmüne rağmen avukat olmayan kimselerin hakem huzurunda dava takip etmeleri, HUMK’un 534 ve 445/8. Maddelerinde düzenlenen iade-i muhakeme esaslarına göre, kamu düzenli hükümlere aykırılık sebebiyle bozma sebebi sayılacaktır. Usul kanunu da avukat olmayan kimselerin hakem huzurunda dava takip edebileceklerine ilişkin bir hüküm ihtiva etmemektedir.

Gerçekten de avukat olmayan kimselerin hakem önünde dava takip etmeleri ilk bakışta doğal karşılanabilirse de, tarafların haklarını hukuk çerçevesinde savunabilmek bir ihtisas işidir ve bu işi de en iyi avukatlar yapabilir. Özellikle, usul hükümlerini uygulamada zaaf gösterebilecek hakemlerce bakılan davalarda tarafları sadece, usul kaidelerini bilen ve uzmanlık alanı da ihtilâflara ait esas ve usul kaideleri olan avukatların temsil edebilecekleri açıktır.

– Usulün genel mahkemeler için düzenlediği, tarafların hak ve sorumluluklarına ilişkin 72, 74 ve 75. Madde hükümleri, tahkimde de geçerlidir. HUMK’un 533. Maddesi, hakemlerin talep dışına çıkıp karar veremeyeceklerini, selahiyetleri dahilinde olmayan mesele hakkında karar veremeyeceklerini, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermeleri gerektiğini öngörmüş ve aksini bozma sebebi saymıştır.

– “Kanunen açıklık bulunmadıkça hiç kimse kendi lehine olan davayı ikameye veya hakkını talebe zorlanamaz” hükmünü içeren HUMK’un 79. Maddesi tahkim için de geçerlidir. Bu hüküm tarafların tasarruf serbestliğini koruyan bir hükümdür. Bu hükme göre ta-

⁷⁹ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 447’de 229 nolu karar özeti.

rafların haklarından feragatleri veya feragati kabulleri, hakemleri bağlar ve hakemler aksi yönde karar veremezler. Aksi yönde hakem kararı, tasarruf serbestisini ifade eden taraf iradelerine aykırı ve yetkileri dışında verilmiş bir karar olacağından bozmayı gerektirecektir.

TAHKİMDE UYGULANMAYAN GENEL USUL HÜKÜMLERİ

Usul Kanununda mahkemelerin uyması gereken bazı usul hükümleri vardır ki, bu hükümler tahkimin mahiyeti ile uyuşmaz ve uygulanamaz. Bu hükümlerden:

– Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler tahkimde uygulanmaz.

Mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler mahkemeler arasında iş bölümünü esas almaktadır. İşlerin çeşitliliği ve davaların yığılmasının önlenmesi amacıyla konmuş bu hükümler, tahkimde çeşitliliğe göre bir ayırım veya her iş için ayrı bir tahkim kurumu kurulması olanağı olmadığından uygulanamaz. Tahkimde yargı yetkisi özel, şahsî ve belli süreye tabidir.

O halde konusuna, miktarına bakılmaksızın (tahkimin sınırlandırılma nedenleri göz önünde tutulmak kaydıyla)⁸⁰ her türlü ihtilâf tahkim yargılamasına tabi tutulabilir.

– Usul Kanununda mahkemeler için konmuş yetki kuralları da tahkimde geçerli değildir. Yetki kuralları taraflar arasındaki anlaşmazlığın doğduğu veya akdin yapıldığı yer mahkemesinde görülmesine ilişkin kurallardır. Tahkimde tarafların irade serbestliği esas alındığından, taraflar, aralarındaki ihtilâfı, diledikleri hakem veya hakem kuruluna herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın götürebilirler. Ancak hangi ihtilâfın hakem vasıtasıyla halledilip halledilemeyeceği hususundaki ihtilâfı çözmeye yetkili olan makam 519. Maddeye göre mahkemelerdir.

– Usul Kanununda mahkemeler için öngörülen ihtiyatî tedbir ve geçici tedbirler hakkındaki hükümler tahkimde uygulanamaz. Hakemlerin zor kullandırmayı, icra ve zabıta teşkilatını harekete geçirmeyi gerektiren kararları vermeye yetkileri yoktur.

⁸⁰ Tahkimin sınırlandırılma nedenlerinde zikrettiğimiz çekinceleri saklı tutmaktayız.

– Mahkemelere tanınan, aleniliğin sağlanması ve duruşmanın inzibatına ilişkin tedbir veya ceza verme yetkisi de hakemlere tanınmamıştır. Duruşmanın inzibatını hakemler kendi imkanları ve inisiyatifleri ile sağlarlar.

– Genel mahkemelerin aleniliği asıl, gizliliği istisnaîdir. Tahkim ise, bizzat kendi özelliği nedeniyle herkese açık değildir. Sadece taraflara açıktır.

– Mahkemelerin kanun gereği 20 Temmuz - 5 Eylül günleri arasında adlî tatil yapmalarına karşılık, tahkimde adlî tatil söz konusu değildir ve adlî tatilde tahkime ait süreler durmaz.

– Tahkim usulünü kabul eden taraflar, usul kanununda genel mahkemeler için konmuş adlî müzaheretten yararlanamazlar. Zira genel yargı yolu bir mecburiyet olduğu halde, tahkim istisnaî ve tarafların serbest iradeleri ile tercih ettikleri bir yargılama usulüdür.

– Usul Kanunundaki delil tespitine ilişkin hükümler tahkimde uygulanmaz. Zira HUMK'un 516. Maddesi tahkim için mutlak surette bir nizan/ihtilâfın varlığını gerekli görmüştür. Delil tespiti, bir ihtilâf çözümlenmesine ilişkin karar olmadığından ve delil tespiti çoğu zaman zor kullanmayı da gerektirdiğinden hakemler delil tespiti ve buna ilişkin karar veremezler.

SADECE TAHKİME ÖZGÜ USUL HÜKÜMLERİ

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun genel hükümlerinin bir çoğu tahkime uygulanabilirken, tahkimi düzenleyen (516 - 536. Madde) hükümleri ile bu genel hükümler birbirini tamamlamaktadır. Ancak Usul Kanunu, tahkimin ihtiyarî niteliğinden dolayı, usul hükümlerinin tayinini taraflara veya hakemlere bırakmıştır. Bu şekilde bir serbesti, bir taraftan tahkime kolaylık sağlarken, diğer yandan, tahkimde uygulanacak usul konusunda yeterli bilgiye sahip olmayan hakemler elinde birçok sakıncalar ortaya çıkarmaktadır.

Fakat yine de tahkimin ihtiyarîliğinin esas alınması, bunun yanında tahkim ve tahkim usulü konusunda aydınlatıcı bilgilerin yoğunlaştırılarak insanlara ulaştırılması bu mahzurları ortadan kaldıracaktır.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun sadece tahkime ait usulleri öngören hükümleri 516. Maddeden 536. Maddeye kadar (536. Madde dahil) yirmi maddede sıralanmıştır.

HUMK'un tahkime ilişkin hükümleri metin halinde "Tahkim Usulü İle İlgili Hükümler" başlığı altında verilmiştir. Biz, bu maddeleri biraz sadeleştirilerek, özet halinde sıralıyoruz:

– Tahkim akdi hususi bir mukavele (tahkim sözleşmesi) ile yapılabileceği gibi, herhangi bir mukaveleye konan bir maddede (tahkim şartı) de öngörülebilir. (Madde-516)

– Tahkim yazılı olmalıdır. (Madde-517)

– Tahkim iki tarafın arzularına tâbi olmayan konularda yapılabilir. Diğer bir deyişle tahkim konu bakımından sınırlandırılmıştır. (Madde-518)

– Bir ihtilâfın hakemde görülüp görülemeyeceğine ilişkin uyuşmazlıklar mahkemece ve basit usulde yargılama ile yapılır (Madde-519)

– Tahkim akdinde aksine hüküm olmadıkça hakemler üç kişi olmak üzere, davayı görmeye yetkili hâkim tarafından tayin edilir. İki taraftan biri hakem seçmeye davet edildiğinin kendisine tebliğ edilmesinden sonra yedi gün içinde kendi hakemini seçip bildirmezse, onun hakemini de hâkim tayin eder. (Madde-520)

– Hakemler, Usul Kanundaki hâkimin reddi sebeplerine dayanılarak reddolunabilir. Red talebi, red sebeplerinin öğrenildiğinden itibaren beş gün içinde ileri sürülebilir. Red talebi üzerine davaya bakmaya yetkili hâkim, reddolunan hakemin ve iki tarafın iddia ve savunmalarını aldıktan sonra kararını verir. (Madde-521)

– Hakemler, tahkim müddeti zarfında iki tarafın rızası olmadıkça azledilemez. Hakemlerden biri red veya istifa sebebiyle ayrılırsa yerine bir başka hakemi yine hâkim tayin eder. Bu halde tahkim müddeti hâkim tarafından uzatılabilir. (Madde-522)

– Tahkim davası, hakemlerin tayini için mahkemeye başvurulduğu tarihte veya hakemlerin tayini taraflara bırakılmış ise birinin hakemini seçip diğer tarafa da hakemini seçmesi hususunu tebliğ ettiği tarihte açılmış sayılır. (Madde-523)

– Tahkim sırasında taraflardan birinin vefatı tahkimi ortadan kaldırmaz. (Madde-524)

– Hakemler, aksine anlaşma yoksa tahkikatın şeklini ve müddetini tayin ederler. Müddetin bitiminde, yalnız kendilerine tevdi edilen evrak üzerinde inceleme yaparak hükümlerini verirler. (Madde-525)

– Deliller hakkında Usul Kanununun tayin ettiği kaideler, tahkimde de tatbik edilir. (Madde-526)

– Hakemler, yemin icrası, şahit dinleme ve yabancı mahkemeyi istinabe etmek istediklerinde Sulh Hukuk Mahkemesine başvurmak zorundadırlar. (Madde-527)

– Hakemler, tahkikat sırasında ceza verilmesi gereken bir sahtelik gördüklerinde ceza mahkemesince bu hususta bir karar verilinceye kadar tahkikatı ertelerler ve tahkim müddeti devam etmez. (Madde-528)

– Hakemler, ilk toplantılarından itibaren altı ay içinde karar vermeye mecburdurlar. Aksi halde yapılan muameleler batıl olup, hakemlere getirilen ihtilâf, selâhiyetli mahkeme tarafından halledilir. Tahkim müddeti iki tarafın açık ve yazılı onaylarıyla veya hâkimin kararıyla uzatılabilir. (Madde-529)

– Hakemler kararlarında, ihtilâfın neden ibaret olduğunu, madî ve hukukî sebepleri, davanın esası ve masrafları (masrafın miktarını ve hangi tarafa ne oranda tahmil edileceği) hakkında açıklama yapmakla mükelleftirler. Hakem kararı, sonuna tarih atıldıktan sonra hakemler tarafından imza edilir. Taraflar arasındaki tahkim akdi de hakem kararına iliştilir. (Madde-530)

– Hakemlerin oyçokluğu ile verdikleri karar geçerlidir. (Madde-531)

– Hakem kararı selâhiyetli mahkeme kalemine verilir. Karar mahkeme kalemi evrak arşivinde saklanarak talep eden tarafa sureti verilir. Mahkeme, kararın verilmesi üzerine durumu ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa yazılı olarak tebliğ eder. Karar, iki taraf hakkında ancak tebliğ tarihinde mevcut addolunur. (Madde-532)

Hakemlerin kararı şu hallerde temyiz edilerek bozulur:

– Tahkim müddetinin bitiminden sonra karar verilmiş olması,

- Talep edilmemiş bir hususta karar verilmiş olması,
- Hakemlerin, yetkileri dahilinde olmayan bir meseleye karar vermiş olmaları,
- Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri.

Karar son üç sebepten birine dayanılarak bozulursa hakemler ve tahkim müddeti yeniden tayin edilir. (Madde-533)

- Hakem kararı aleyhine, HUMK'un 445 ila 454. Maddelerinde sayılan sebeplere dayanılarak iade-i muhakeme talep edilebilir. (Madde-534)

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 445. Maddesinde sayılan ve tahkime de uygulanan iade-i muhakeme sebepleri şunlardır:

a- Tahkim esnasında mücbir sebebe veya lehine hükmolunan tarafın fiiline binaen elde edilemeyen bir senet veya vesikanın hükümden sonra ele geçirilmiş olması,

b- Hükme dayanak yapılan senedin sahteliğine karar verilmiş veyahut senedin sahte olduğu mahkeme huzurunda veya resmî bir makamda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkında karar hükümden evvel verilmiş olup iade-i muhakeme talebinde bulunan kimsenin, hüküm zamanında bundan haberi bulunmamış olması,

c- Hükme dayanak alınan bir mahkeme kararının fesih veya nakzolunarak kesin hüküm teşkil etmek suretiyle külliyen ortadan kalkmış olması,

d- Tanıklığı, hakem kararına dayanak alınan tanığın, hükümden sonra yalan şahadetten mahkum edilmiş olması,

e- Bilirkişinin kasten hakikate aykırı beyanda bulunduğu mahkemece ortaya çıkarılması,

f- Lehine hüküm verilenin yalan yere yemin ettiği, ikrarı veya yazılı bir delille sabit olmuş olması,

g- Lehine hüküm verilen tarafın, hükme tesir edecek herhangi bir hile ve hud'ayı kullanmış olması,

h- Davanın vekil ve mümessil olmayan kimseler huzurunda görülerek karar verilmiş olması,

i- Davaya bakmaması kanunen gerekli hakemin tahkimi yürütmesi ve karar vermesi,

k- Tarafları ve sebebi aynı bir dava hakkında mahkemece verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararına aykırı yeni bir hakem kararına sebep olabilecek kanunî bir sebep yokken, hakemlerin evvelki mahkeme tarafından verilen ilamın hükmü hilafında bir hüküm vermiş olup da her iki ilamın kesinleşmiş olması.

– Tarafların, iade-i muhakemedan ve temyiz nedenlerinin bulunmasına rağmen temyizden feragat edeceklerine dair yaptıkları anlaşma yok hükmündedir. (Madde-535)

– Hakemlerin verdiği karar temyiz müddeti geçince mahkeme reisi veya hâkim tarafından tasdik olunur. Tasdik keyfiyeti kararın sonuna ve hususi zapta yazılır. Hakem kararları ancak bu suretle icra kabiliyeti kazanır. (Madde-536)

TAHKİM DAVASI

DAVA ŞARTLARI

Genel Olarak

Hakemde dava açılabilmesi için yazılı bir tahkim anlaşmasının bulunması ve dava konusu ihtilâfın tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir hakka ilişkin olması lazımdır.⁸¹

Açılacak davanın, kanunun tayin ettiği şekle uygun bir tahkim akdine dayanması gereklidir. Aksi halde hakemler davaya bakamazlar. Bu husus hakemlerce re'sen dikkate alınır.

Tahkim usulünde önemli bir dava şartı da, davanın bir ihtilâfa ilişkin olmasıdır. HUMK'un 516. Maddesine göre taraflar, aralarında doğmuş veya doğacak bir ihtilâf nedeniyle hakeme başvurabilirler. İhtilâf unsuru, tahkim akdinin geçerlilik şartıdır. Hakemlerin ihtilâfsız yargıya bakamayacakları kuralı, hakemlerin henüz dava şartları doğmamış olan bir davaya bakmalarını engellemektedir.

Taraflar arasındaki ihtilâfın konusu, tarafların arzularına tabi olan meselelere dair olmalıdır. Aksi halde hakemler davaya bakamazlar.

Tahkim davası açılabilmesi için, hakeme müracaat edecek kişinin davada ehliyeti aranır. Tahkim usulündeki dava ehliyeti ile mahkemelerdeki dava ehliyeti birbirinden farklıdır. Taraflar, dava ehliyetini haiz olmakla beraber, ihtilâf konusu hak üzerinde serbestçe tasarruf yetkisine sahip değillerse; hakemde dava ehliyetinde, hem Medenî Kanununun anladığı ehliyet şartları aranır ve hem de hak üzerinde serbestçe tasarruf yetkisi aranır. Bunun dışında umumi usule ait dava ehliyet şartları, tahkim usulünde de uygulanır.⁸²

O halde tahkimde dava ehliyetini ayrıca tetkik etmek gerekliliği vardır.

Tahkim Davasında Ehliyet

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu davaya ehliyet konusunda hiçbir hüküm getirmemiş, sadece Medenî Kanuna atıf yapan 38.

⁸¹ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 287.

⁸² Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 287.

Maddesinde, “Davaya ehliyet, Kanunu Medenî ile tayin olunmuştur” demekle yetinmiştir.

Gerçek Kişilerin Ehliyeti

Medenî Kanunun Şahsiyete ilişkin hükümleri, kişilerin medenî haklardan istifade edebilmelerinin yanı sıra, akitlere ve davaya ehliyet şartlarını da içermektedir. Medenî Kanunun 8. Maddesi, hakiki şahısların medenî haklardan istifade edebileceğini, kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olabileceğini vazetmektedir. 9. Maddede de, medenî hakları kullanmaya ehil olan kimse, kendi fiilleri ile haklar ve borçlar kurabilmek ehliyetine sahiptir demek, 10. Maddede de, mümeyyiz olan reşidin, medenî hakları kullanmaya ehil olduğunu ifade etmektedir.

Bütün bu hükümlerden, medenî hakları kullanmaya ehil olan herkesin her türlü akit yanında tahkim akdi de yapabileceği anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, akitlerde aranan ehliyet şartları dışında tahkim akdine taraf olabilmek için, özel bir ehliyet şartı konulmamıştır. Akitlerde aranan ehliyet şartlarının, ihtilâf konusu hak üzerinde tasarruf ehliyetini de kapsadığı kabul edilmelidir.

– Mümeyyiz olmayan küçükler ile hacir altında bulunan(mahcur) lar medenî hakları kullanmaya ehil olmadıklarından tahkim akdini de yapmaya ehil olamazlar.

– Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu tahkim akdinin geçerliliğini, dava ehliyetini de içine alan tasarruf serbestliğine tabi tutmuş olduğundan, sınırlı ehliyetli mümeyyiz küçük ve mahcurlar tahkim akdi yapmaya ve tahkim akdinde taraf olmaya ehil olamazlar.

– 15 yaşını bitiren ve temyiz kudretini haiz kimse Medenî Kanununun 449. Maddesi gereğince, vasiyet yolu ile mallarında tasarruf edebileceğinden bu tasarruflarla ilgili olarak tahkim akdi yapmaya ehildir.

– Ana babanın rızası ile aile dışında yaşayan küçük, kendi kazancı ile ilgili tasarruflardan doğacak ihtilâflarda tahkim akdine ehildir.

– Medenî Kanununun 284. Maddesi gereğince, bir meslek veya sanat için ana babanın malından çocuğa verdiği kısmın idaresinin ço-

cuğa ait olduğu ifade edilmektedir. Bu hükme göre çocuğa, idaresine verilen mallar konusunda tasarruf yetkisi verilmektedir. Bu halde çocuk, idare ve istifade haklarının kapsamı içinde kalan tasarruflarla ilgili ihtilâflar hakkında tahkim akdi yapabilir.

– Vesayet altındaki kimse de yapmaya mezun bulunduğu meslek ve sanatın gerektirdiği tasarruflarla ilgili olarak tahkim akdi yapmaya yetkilidir.

– Alacağı temellük eden kimseyle borçlu arasında çıkacak ihtilâf tahkim usulüne tabi tutulabilir. Evvelki alacaklıya temlik ve ciro ile halef olan kimse, tahkim şartında da ona halef olur.

– Tahkim akdinin taraflarından birinin ölümü halinde mirasçıları, murislerinin yaptığı tahkim akdiyle bağlı kalırlar. HUMK'un 524. Maddesi, dava esnasında iki taraftan birinin ölümü halinde tahkim ortadan kalkmaz, demektedir.

– Tahkim şartını kapsayan kira akdinin tapu siciline şerh verilmesi halinde tahkim şartı, gayrimenkulün yeni sahibini de bağlar. Borçlar Kanununun 255. Maddesi, bir gayrimenkulün kiralanmasında, kira akdinin tapu siciline şerh verilmesi halinde bu şerhin, yeni malikleri bağlayacağını amirdir. Burada yeni malik, evvelki malikin kiracı ile yaptığı kira akdinde ona halef olmaktadır. Tabiidir ki burada sözü edilen 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna tabi olmayan gayrimenkul kiralarıdır. Zira Yargıtay İçtihatları, 6570 sayılı Kanuna tabi kira akitlerinden doğan ihtilâflar için tahkim şartını kabul etmemektedir.

Kefilin, alacaklıya karşı borcu ödeme taahhüdü asıl borçluyla birlikte taraf olduğu bir mukavele içinde kabul olunmuş ise, böyle bir mukaveledeki tahkim şartı kefil de bağlar ve alacaklı ile kefil arasında kefaletten doğan ihtilâflar tahkime tabi olur. Fakat kefalet, tahkim şartını kapsayan ve borçlu ile alacaklı arasında yapılan borçlanma mukavelesinden ayrı olarak yapılmış ise ve kefalet akdi tahkim şartını kapsamıyorsa kefil ile alacaklı arasındaki ihtilâflar için tahkime gidilemez. Çünkü kefilin taraf olmadığı mukaveledeki tahkim şartı kefil bağlamaz.⁸³

⁸³ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 190.

Tüzel Kişilerin Kanuni Organlarının Ehliyeti

Ticarî şirketleri temsile yetkili organlar, şirketin işletme konusu ile sınırlı olmak kaydıyla şirketin yapabileceği tasarrufları şirket adına yapabileceklerinden, tahkim akdi de yapabilirler.

Kollektif şirketlerde şirketi temsil edenler, Türk Ticaret Kanununun 165. Maddesine göre sulh, feragat ve kabul ile tahkime yetkilidirler.

Tasfiye halindeki şirketi tasfiyeye memur kişilerin de tahkime ve hakem seçmeye yetkili oldukları, TTK'nın 219. Maddesi ile öngörülmüştür.

Komandit, limited ve anonim şirketlerin temsil ve tasfiyesine ilişkin TTK'nın 247, 256, 267, 450 ve 552. Maddelerinde kollektif şirketin tahkim yetkisini kapsayan hükümlere atıf yapılmıştır. Bu şirketlerin organları ve tasfiye memurları, kollektif şirketlerde olduğu gibi tahkim akdine de yetkilidirler.

Temsilci ve Vekilin Ehliyeti

Kanunun tayin ettiği temsilcilerin tahkim akdi yapma yetkileri, yetkilerinin verildiği hükümlere göredir. Kanun, temsilcinin tahkim akdini dışta tutmadan tüm muameleleri herhangi bir merciin iznine tabi olmaksızın yapabileceğini öngörmüş ise, temsilci temsil ettiği kimse adına tahkim akdi yapabilir.

Aynı şekilde temsilcinin yetkileri sayılı konularda olup da bu konularda izin şartını ihtiva etmiyor ve tahkim şartını da dışarıda bırakmıyorsa, sadece belirlenen konularda tahkim akdi yapabilir.

Yine aynı şekilde, temsilcinin temsil yetkisi tahkim akdi yapmaya uygun değil veya bazı tasarruflar yetkisi dışında bırakılmış veya izne bağlanmışsa, bu tasarruflarla ilgili olarak tahkim akdi yapamaz.

Vekaletnamesinde tahkim akdi yapma yetkisi bulunmayan vekil tahkim akdi yapamaz, tahkim davası da açamaz. Vekaletnamede veya yetki belgesinde aranan tahkim yetkisi re'sen nazara alınır. Zira bu yetki kamu düzenli olarak kabul edilmektedir. Vekaletnamedeki dava açma, sulh ve ibra yetkileri tahkim akdi yapmayı veya tahkim davası açmayı içermez.

Mahkemelerde dava takibi için verilen vekalet, hakem önünde de davayı takip etmeye yeterlidir. Ancak, dava açma yetkisi açıkça konulmuş olmadıkça tahkim akdi yapma yetkisi gibi dava açma yetkisini de vermez.

Ticarî vekil de, özel yetkisi olmadıkça tahkim akdi yapamaz ve tahkim davası açamaz.

DAVANIN AÇILMASI

Tahkim usulünde davanın tarafları, tahkim akdinin taraflarıdır. Hakemler de mahkemeler gibi taraflardan birinin talebi olmaksızın bir davayı tetkik edemez veya sonuçlandıramazlar.

Hakemde dava açılması kural olarak herhangi bir mahkemenin aracılığını gerektirmez, dava doğrudan hakeme açılır. Hakeme açılacak dava doğrudan asil tarafından açılabilceği gibi, vekaletnamesindeki yetkiye dayanarak vekil veya kanuni temsilci tarafından da açılabilir.

Başvuru Şekli

Hakemde açılacak davanın şekli konusunda tarafların iradeleri asıldır. Dava açılma şeklini de serbest iradeleriyle taraflar belirleyebilirler. Bu serbestlik davanın yazılı veya sözlü şekilde açılmasını içerir. Taraflar yazılı veya sözlü olarak davanın açılabilceğini kabul etmiş iseler, dava bu belirlemeye göre açılır. Belirlenmemiş ise davacı davanı yazılı veya sözlü olarak açabilir.

Taraflar her iki halde de hakeme müracaat ederek talebini bildirir. Sözlü müracaatta hakem davacının iddiası için bir tutanak düzenler. Hakem, sözlü başvuru üzerine tutanak düzenlemez ise, davacı, davadaki iddia ve savunmaları ile bağı tutulamaz. Bu iddialarını, davalının savunmalarına göre değıştirmek hakkını haiz olur.

Dava açmanın yazılı şekilde olması gerektiği konusunda doktrinde ve içtihatlarda farklılıklar varsa da ağırlıklı görüş, tarafların şekli belirlemediği durumlarda davanın sözlü olarak da açılabilceği şeklindedir. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Davanın Açılmış Sayıldığı Tarih

HUMK'un 523. Maddesi, davanın hangi tarihte açılmış sayılacağını belirlemiştir. 523. Madde,

“Tahkim davası, hakemlerin tayin için mahkemeye müracaat edildiği ve eğer mukavele mucibince hakemlerin tayini iki tarafa ait ise davacı hakemini seçip, karşı tarafın da hakemini seçip bildirmesini karşı tarafa tebliğ ettiği tarihte davanın açılmış sayılacağını”

amirdir. Bu hükme göre hakemleri mahkeme belirleyecek ise, hakem tayini için taraflardan birinin mahkemeye başvurma tarihi, tahkim davasının açılış tarihidir.

Tahkim sözleşmesinde hakemlerin ismen belirlenmiş olması durumunda, tahkim davasının açılış tarihine dair 523. Maddede açıklık yoktur. Bu durumda, davacının hakeme dava dilekçesini gönderdiği tarih, davanın açılış tarihi olarak kabul edilir.

İddia ve Savunma

Mahkemeye yapılan hakem tayini talebinde veya diğer tarafa gönderilen hakem tayini davetinde, davacının davasını anlatması zarureti yoktur. Zira kanun bu hususta emredici bir hüküm koymamaktadır. Bu halde davacı hakem tayini davetinden sonra, davaya ilişkin iddialarını ve taleplerini ayrıca belirten bir dava açması gereklidir. Bu halde davacı, hakem belli olduktan veya hakem kurulu oluştuktan sonra hakemlere, iddia ve savunmalarını içeren dava dilekçesini sunması gerekir. Burada dava dilekçesini vereceği süre uygun bir süre olmalıdır. Hâkim görüş, hakem kurulunun ilk toplantısına kadar vermesi veya mümkün değil ise hakemlerden uygun bir süre uzatılmasını isteyebilmesi şeklindedir. Uygun süre içinde süre uzatılmasını istemez veya davasını açmazsa, dava açılmamış sayılır.

Davacının iddia ve savunmalarını karşı tarafa bildirmediği karşı tarafın bu iddia ve savunmalara karşı savunma yapması mümkün olmadığından, davacının iddia ve savunmalarını karşı tarafa bildirmesi ve karşı tarafa savunma hakkı tanınması kamu düzeninden sayılmaktadır.

Dava sözlü olarak açılmış ise, başvuru üzerine hakem tarafından tutulan dava tutanağının karşı tarafa tebliği gerekir.

Dava Dilekçesinde Aranacak Şartlar

Dava dilekçesi yazılı şekilde sunulmuş ise, dava dilekçesinin, davacının iddia ve savunmaları ile birlikte HUMK'un 179. Maddesinde aranan şartları da içermesi gerekmektedir. Nitekim 179. Maddede, dava dilekçesinde aranacak şartlar şöyle sıralanmaktadır:

- Taraflar ve varsa kanuni temsilcilerin ad, soyad ve adresleri,

- Dava konusunun açık bir şekilde belirtilmesi,
- Davacı iddiasının dayanağı olan olayların açık özetleri ve delillerin nelerden ibaret olduğu,
- Hukukî sebeplerin özeti,
- İddia ve savunma,
- Cevap süresi,
- Davacı veya kanuni temsilcisi veya vekilinin imzası.

Yukarıda sayılı, dava dilekçesinde bulunması gerekli hususlar, hakemlerin kararlarını dayandıracakları iddia ve savunmalar ile deliller açısından önemlidir. Hakem kararının temyizi halinde Yargıtay, tarafların iradelerini, iddia ve savunmalarını inceleyip, tarafların iddialarının her biri hakkında karar verilip verilmediğini araştırarak, eksiklik bulduğunda ise kararı bozabilecektir. Zira HUMK'un 530. Maddesi, hakemlerin kararlarında, ihtilâfın ne olduğunu, maddi ve hukukî sebepleri, davanın esası ve masrafları hakkında açıklamaları belirtmeleri gerektiğini amirdir.

Hakemlerin yetkilerinin sınırlarını tayin ve tarafların iradelerinin tespiti ve ihtilâf konusunun açıkça anlaşılabilmesi için, taraflar arasında yapılmış bulunan tahkim akdinin de dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Bu tahkim akdi aynı zamanda hakemlerin kararlarına raptolunur.

Şayet dava sözlü olarak açılacak ise, hakemlerin tutacağı tutanakta yukarıda sayılan hususların bulunması gerekir.

Hakem isimlerinin taraflara tebliği veya tefhiminden veyahut üçüncü kişinin hakem seçiminin kesinleşmesinden sonra hakem heyeti teşekkül etmiş sayılır. Bundan sonra tarafların, hakem veya hakem kuruluna sözlü veya yazılı başvurmaları gerekir. Ancak HUMK'un 523. Maddesi, hakeme başvurulmadan hakemlerin tayini için mahkemeye başvurulduğu veya taraflardan birinin hakemini seçip diğer tarafa tebliğ ettiği tarihi, davanın açıldığı tarih olarak belirlemektedir. Usul Kanununda dava dilekçesinin hakemlere ne zaman verileceği belirtilmediğine göre, dava dilekçesi hakemlere ilk toplantıya kadar verilmemişse ve dava için hakemlere başvurulmuşsa, hakemlerin ilk toplantıda taraflara tahkikatın yapılacağı yeri,

dava dilekçesi ve cevap dilekçesinin veriliş yeri ile süresini saptamaları ve taraflara tebliğ etmeleri gerekir. Bu neticeye HUMK'un 525. Maddesi hükmünden varılabilmektedir. 525. Maddede, hakemlere, aksine mukavele olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin yetkisi verilmektedir.

Hakemlerde dava açılmış olmakla, mahkemelerde dava açılmasının getirdiği usulî sonuçlar tahkimde de elde edilmiş olur. Örneğin, zaman aşımı kesilir, karşı tarafın oluru alınmadan davadan feragat edilemez, taraf davasını genişletemez veya değiştiremez.

İlk İşlemler

Tahkimde tarafların iradeleri usul bakımından da hâkim rol oynamaktadır. Ancak taraf iradelerinin tahkimde usulü belirlemesi sınırsız da değildir. Taraflar ve hakemler, usul bakımından kanunun öngördüğü usul kurallarına ve kamu düzenli usul kurallarına uymak zorundadırlar.

Hakemlerin kendilerine yapılan başvuru (dava açılması) üzerine eğer aksi kararlaştırılmamışsa, diğer bir deyişle taraflar belirlememişse, ihtilâfın çözümünde uygulanacak yargılama usulünü ve sürelerini belirlemeleri gerekir. Hakemlerin ikisi seçilmiş ve üçüncü hakemi de bu iki hakem veya mahkeme seçecek ise, seçilen üçüncü hakem diğer hakemleri davet eder. Diğer hakemlerden biri veya ikisi de diğerlerini davet edebilir.

Hakem tek veya birden fazla da olsa, taraflar henüz dava dilekçelerini hakeme vermemiş veya dava için başvurmamışlarsa, hakemler ilk toplantılarında tahkim davasının yapılacağı yeri, dava dilekçesinin nerede ve hangi hakeme verileceğini, dava için nasıl başvurulacağını ve süreleri kararlaştırıp taraflara tebliğ ederler.

Tahkim akdinde taraflar, hakemlerin izleyeceği usulü kararlaştırmışlarsa, hakemler yapacakları ilk toplantıda taraflar arasındaki bu sözleşmeye bakmalı ve tahkikatın usul ve sürelerini tarafların iradelerine uygun olarak belirlemelidirler. Tahkimde, Usul Kanununun mahkemeler için öngördüğü hükümlerin uygulanma zorunluluğu yoktur. Taraflar veya hakemler, bu hükümlerin tamamının veya bir kısmının uygulanmasını kararlaştırabilirler. Taraflar usul ve süreleri

kararlaştırmamışlarsa hakemler bu görevi yerine getirir ve tutanağa karar olarak geçerler.

Hakemler ilk toplantıda tahkikatın şeklini ve sürelerini belirlerken yargılama usulünün kamu düzenli hükümlerine aykırı karar alamazlar, taraflar arasındaki eşitliği bozucu, tarafların iddia ve savunma haklarını ihlal edici kararlarla usul belirleyemezler.

Hakemler yargılama usulünde yargılamanın ileri aşamalarında değişiklik yapabilirler. Ancak bu değişiklikleri taraflara bildirmeleri gereklidir. Ki taraflar da bu değişikliklere göre işlemlerini yapabilsin ve hakları zayi olmasın.

Hakemlerin, yargılamanın hangi usul ve sürelerde yapılması gerektiği konusunda verecekleri karar, keyfiliği ortadan kaldırmaya çalıştığı gibi, yargılamada eşitlik ve savunma hakkının ihlalini önleyecektir.

Taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise, hakemler yargılamayı duruşmalı yapmak zorunda değildirler.

Taraflar duruşma yapılmasını öngörmüşler veya hakemler duruşma yapmayı kararlaştırmışlarsa, ilk toplantıda duruşma gün ve saati belli edilir ve taraflara tebliğ edilir.

Hakem tahkikatı sırasında usul ile ilgili işlemlerin mutlaka tutanakla tespit edilmesi zorunluluğu yoktur. Fakat ilk toplantıda alınacak usule ve sürelerle ilişkin kararın tutanağa geçirilmesi ve taraflara tebliği, ileride hakem kararının kamu düzenli hükümlere uygunluğunun incelenebilmesi açısından gereklidir. Yargıtay bu gereksinime dikkat etmekte ve kararlarda bu eksikliği bozma sebebi saymaktadır.

İTİRAZ, ISLAH, İSTİCVAP, DAVAYI İHBAR- DAVAYA MÜDAHALE, DAVAYA CEVAP, KARŞI DAVA VE TAKAS MAHSUP TALEBİ, HAKEM TETKİKATI, DELİLLER**YETKİ İTİRAZI**

Gerek taraflara gerekse davanın konusuna ilişkin usul kuralları, tahkim yargılamasında da uygulanmaktadır. Dolayısıyla evvelce incelediğimiz dava ehliyetine dair kurallar, ihtilâf konusunun tahkimle çözümlenmeyeceğine ilişkin kamu düzenli hükümler, hakemlerin re'sen dikkate almaları gereken hususlardır.

Davanın açılmasından sonraki prosedürün işleyişine, yani cevap, iptidai itiraz ve karşı davanın açılmasına, tahkikattan önceki iddia ve savunmaların şekli ve sürelerine ilişkin taraflar arasında bir anlaşma yoksa veya hakemler bu konularda bir usul belirlemesi yapmamışlarsa, davanın hiçbir usule tabi olmadan yürüyeceği anlamı çıkar ki bu doğru değildir. Yargıtay, usulsüz, düzensiz, tutanaksız yürütülen davalarda verilen hakem kararlarının Yargıtay tarafından denetlenme olanağı bulunmadığı gerekçesiyle bozma kararı vermektedir. Yargıtay, söz konusu kararında özetle:

“... Hakem kararının belli bir süre içinde verilip verilmediğinin, hakemlerin yetki alanı ile tarafların talep ve iddiaları hakkında karar verilip verilmediğinin Yargıtay’ca incelenebilmesi, hakemlerin kanunda gösterilen belli usule uygun hareket etmeleri halinde mümkün olabilir... Dosyada usul hükümlerine uyulduğunu gösteren ne bir tutanak, hatta ne bir tahkimname mevcuttur. Olayda teşkili tarafeyn yapıldığı, tarafların iddia ve savunmalarının alındığı, delillerin incelendiği, kısacası nasıl bir tahkikat yapıldığı anlaşılmamaktadır. O halde verilen kararın müstenidi bulunmadığından ve karar usule aykırı olarak ittihaz edildiğinden bozulması gerekir.”⁸⁴

HUMK’un 519. Maddesi uyarınca bir ihtilâfın hakemlerde görülemeyeceğine dair itirazın mahkemede çözümlenmesi gerekmektedir. Çünkü böyle bir iddia, hakemlerin yetkilerini tartışma konusu yapmaktadır. Hakemlerin ihtilâfı çözmeye yetkili olmadıkları yönündeki itiraz dava açılmasından önce veya sonra yapılabilir.

⁸⁴ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 255’de 254 nolu karar özeti.

Hakemler, önlerine gelen davada böyle bir itirazla karşılaştıklarında, bu itirazı bir ön mesele olarak kabul etmeli ve bu ihtilâfın mahkemede halledilmesinden sonra tahkime devam etmelidirler. Nitekim Yargıtay 26.1.1943 tarihli bir kararında,

“Hakemin, uyuşmazlığın hakem önünde çözülemeyeceğine ilişkin olan savunmayı usulün 519. Maddesine ilişkin bir uyuşmazlık sayarak kendisinin uyuşmazlığı çözmeye yetkisi bulunup bulunmadığı konusunun bir hüküm ile tespit edilmesini sağlaması... uyuşmazlığın hakem önünde çözülmesi gerektiği, bir mahkeme ilamıyla belirse ihtilâfı çözmesi, aksi halde davayı reddetmesi gerekir”⁸⁵

demektedir.

Taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunmasına rağmen, taraflardan birinin tahkim yerine mahkemeye dava açması halinde, diğer taraf ihtilâfın mahkemede görülmesini istemiyorsa bu itirazını mahkemede “**tahkim itirazı**” şeklinde yapmalıdır. Mahkeme, tahkim sözleşmesine rağmen re’sen görevsizlik kararı veremez. Yargıtay, tahkim itirazını “ilk itiraz” olarak değerlendirmemektedir. Fakat davalının, tahkim itirazını en azından davaya cevap süresi içinde yapmasında yarar vardır. Bu durumda mahkeme görevsizlik ve yetkisizlik kararı verecektir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 10.5.1993/503 E ve 1994/4082 sayılı kararı ile, tahkim itirazı üzerine mahkemenin davanın esasına girerek hüküm vermeden, görevsizlik kararı vermesi gerektiğine hükmetmektedir.

DERDESTİ RÜYET İTİRAZI

Davanın açılmasını müteakip tarafların yetki itirazları ve davanın derdesti rüyet (başka bir mahkemede görülmekte olması) olduğuna ilişkin itirazlarının hakemler önündeki ihtilâflara da uygulanacağına dair usul kanununda herhangi bir hüküm yoktur.

“Hakem kararlarının muhkem kaziyeliği (kesin hüküm oluşu) esas, ilim ve yargı içtihatlarıyla kabul edilmiş olduğu için, davanın derdesti rüyet olduğu itirazı tahkimde de uygulanmak gerekir”⁸⁶ görüşüne katılıyoruz.

⁸⁵ Erol ERTEKİN - İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 232.

⁸⁶ Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 297.

ISLAH

Yargılama usulüne ilişkin bir işlem olan ıslah, “dava açıldıktan sonra, mevzuunda, sebebinde ve delillerde ve sair hususlarda usule dair olmak üzere yapılmış olan yanlışlıkları bir defaya mahsus olmak üzere düzeltmek ve eksiklikleri tamamlamak imkanını veren ve mahkeme kararına lüzum olmadan tarafların sözlü ve yazılı beyanlarıyla yapılabilen” bir işlemdir.⁸⁷

Yargıtay, ıslahın, tahkikat ve yargılama bitinceye kadar yapılabileceğine, Yargıtay’ca hüküm bozulduktan sonra bu yoldan faydalanmanın mümkün olmayacağına karar vermektedir.⁸⁸

Islah, HUMK’un 85. Maddesi hükmüne göre karşı tarafın da hazır bulunduğu bir celsede veya karşı tarafa tebliğ edilerek yapılabileceğini öngörmektedir.

Yine HUMK’un 86. Maddesi, ıslah eden tarafın, bu tarihe kadar olan dava masraflarını ve karşı taraf için takdir olunacak zarar ve ziyanı davada mahkum olmuş gibi derhal yatırması mecburiyetini getirmekte, aksi halde ıslah yapılmamış saymaktadır.

Islah eden tarafın, ıslah ile dava konusu miktarı yani netice-i talebini arttırması veya değiştirmesi mümkün değildir.

Islah, her iki taraf için de ancak bir defaya mahsus kullanılabilir. Usulün, “karşı tarafın muvafakatı olmadıkça diğer tarafın iddia ve savunmalarını değiştirebilmesinin mümkün olmadığı” kuralı tahkimde de uygulanır. Bu nedenle davasını ıslah eden tarafın davasını ıslah edebilmesi için, ıslah talebinin karşı tarafça kabul edilmesi veya başlangıçta yapılan tahkim akdinde ıslah hükmünü de içeren usul hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin belirlemenin bulunması gereklidir.

HUMK’un ıslah ile ilgili diğer bir çok hükmünü, konumuzla ilgisi olmakla birlikte, teferruata kaçmamak düşüncesiyle inceleme dışı bırakmayı uygun görmekteyiz.

⁸⁷ Saim ÜSTÜNDAĞ, Yavuz ALANGOYA, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu”, 3. Bası, (İst: 1996, Alfa Basın Yayın Dağıtım), s. 68’de Yargıtay, İBK, 9.2.1984, E.10, K.3.

⁸⁸ Aynı kararın devamı.

İSTİCVAP (SORGUYA ÇEKİLME)

İsticvap, hâkimin veya hakemin, ispatı gereken bir olayın gerçek olup olmadığı hakkında yargılamanın veya delil ikamesinin yetersiz olması halinde, taraflardan birini (aleyhine kanaat oluşabilecek tarafı) davet ederek dinlemesi-sorguya çekmesidir.

Tarafların isticvabına ilişkin usul hükümleri tahkimde de uygulanabilir. Fakat isticvabın cezai müeyyideleri tahkimde uygulanamaz. Zira hakem yargılamaının cebri icra kabiliyeti yoktur. Ancak hakemlerin, isticvap için çağrılan tarafın gelmemesini veya kendisine sorulan sorulara cevap vermekten kaçınmasını, delillerin takdirinde ve kararların oluşturulmasında dikkate almaları doğaldır. İsticvap, hâkimin veya hakemin, tarafların iddiaları hususunda kanaat edinmeleri için önemli bir usul işlemidir.

Nitekim, HUMK'un 234. Maddesi,

“isticvap için çağrılan tarafa çıkarılacak tebligata, “geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya tertip olunan soruları cevaplandırmadığı takdirde sorulan vakıaları ikrar etmiş sayılacağı yazılır, çağrılan taraf özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de soruları cevapsız bıraktığı takdirde, mahkeme sorulan vakıaları ikrar edilmiş sayar”

hükmünü getirmiştir. Bu hale göre hakemlerin isticvabına karşılık, gelmeyen veya gelip de sorulara cevap vermeyen taraf aleyhine kanaat oluşacağı açıktır.

İsticvap için çağrılan tarafı getirmede cebir kullanılamaz.

İsticvap bitince bir tutanak tanzim edilir ve taraflarca da okunduktan sonra hakemler ve isticvap olunan tarafça imzalanır.

DAVAYI İHBAR - DAVAYA MÜDAHALE

Davanın ihbarı, davanın taraflarından birinin, dava hakkında üçüncü bir şahsa bilgi vermesidir. Davanın ihbarından amaçlanan, taraflardan birinin yargılama sonunda çıkacak hükme göre üçüncü şahsa karşı rücu veya tazminat hakkını kullanacağı keyfiyetinin bildirilmesidir.

Hakkı veya borcu, bir davanın neticesine bağlı olan üçüncü şahıs, iki taraftan birine iltihak için davaya müdahale edebilir. (HUMK. 53.)

Tahkim akdi, bu akde taraf olanlar arasında geçerlidir ve ancak tarafları bağlar. Tahkim akdi, taraf olmayanlar hakkında leh ve aleyhte hüküm doğurmaz. Hakemler de ancak tahkim akdinde taraf olanlar arasındaki ihtilâfı çözmeye yetkilidirler.

Tahkim akdinde taraf olanlar aynı zamanda tahkim yargılamasında da taraf olacaklarından, HUMK'un 49 ve devamı maddelerinde düzenlenen davanın ihbarı usulünde davanın ihbar edildiği üçüncü kişi tahkim akdinin dışında bir üçüncü kişi olacaktır.

Tahkim yargılamasında ihtilâfı çözmeye yetkilendirilen hakemler, sadece tahkim akdinin tarafları arasındaki ihtilâfı çözmek zorunda oldukları, üçüncü kişinin davasını çözmeye yetkili olmadıkları için, rücû edilmek üzere çağrılan taraf ile ihbar eden taraf arasındaki ihtilâfı çözmeye yetkili olamayacaktır.

Ayrıca tahkimin gizliliği esası da, tahkimde davanın ihbarına engeldir. Tüm bu nedenler, tahkimde davanın ihbarı ve davaya müdahale müessesesinin uygulanamayacağını göstermektedir.

Bir kısım hukukçular, **tarafların ve ihbar olunan üçüncü şahsın da kabulleri halinde** davaya ihbar ve müdahalenin olabileceği kanaatinde. Bu görüşe göre:

“Tahkim davasına müdahale ve ihbarına olanak tanımak, tahkim sözleşmesine taraf olanların serbest iradelerine müdahale, istemedikleri halde üçüncü bir kişiyi (ihbar olunanı) başkaları arasında yapılmış bulunan sözleşmeye katılmak için zorlama anlamına gelir. Bütün bu açıklamalar, tahkim davasına müdahale için tahkim sözleşmesine taraf olanların muvafakatlarının, ihbar için de ihbar olunanın ve hasım tarafın rızası olması gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır. Zira müdahale ve ihbar, tahkim sözleşmesi ancak bu suretle tadil edilerek mümkün hale gelir.”⁸⁹

Hatta Yargıtay 8.11.1960 tarihli bir kararında daha da ileri giderek, hiçbir şarta bağlamadan hakemlerde açılan davaya müdahalenin veya davanın üçüncü şahıslara ihbarının olanaklı bulunduğu görüşündedir.⁹⁰

⁸⁹ Erol ERTEKİN - İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 236.

⁹⁰ Erol ERTEKİN - İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 236.

Davanın ihbarı ve davaya müdahale konusunda yukarıda yaptığımız izahlara binaen, bu iki müessesenin tahkimde uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

DAVAYA CEVAP

Hakemler sadece tek tarafın beyanı üzerine karar veremezler. Anayasanın 36. Maddesi herkese, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak savunma hakkını düzenlemiştir. Bu hüküm Usul Kanunlarında da ifadesini bulmuş ve HUMK'un 73. Maddesi hâkime, her iki tarafı dinlemek, iddia ve savunmalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere uygun davet etmek zorunluluğunu getirmiştir. Bu hükümle, anayasa ile teminat altına alınmış bir hakkın korunması sağlanmış ve tarafların davet edilerek dinlenmesi, iddia ve savunmalarının alınarak karar verilmesinin kamu düzenli bir hüküm olduğu teyid edilmiş bulunmaktadır.

Hakemlerin tarafları dinlemeden, iddia ve savunmalarını, davaya karşı cevaplarını, varsa takas taleplerini almadan veya karşı dava ikamesine imkan vermeden karar vermeleri bir bozma sebebi teşkil etmektedir.

İşte HUMK'un 525. Maddesinde, hakemlerin aksine mukavele yoksa tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin etmelerinin ve taraflara bildirmelerinin şart konulması, hakem kararlarının bu tür bir eksiklikle bozularak taraflara zaman kaybettirmeyi engellemek ve tahkimden beklenen yararı sağlamak içindir.

Dava dilekçesi ile ilk toplantı tutanağını tebellüğ eden ve cevap dilekçesini nereye ve kime vereceğini bu tutanakla öğrenen davalı, varsa itirazlarını ve davanın esası hakkındaki cevaplarını, hakemlerin belirledikleri sürede hakeme veya tayin edilen yere (sekretere vs.) verir veya gönderir. Cevap dilekçesi davalı sayısından bir fazla olarak verilir.

Cevap dilekçesinde, yukarıda HUMK'un 179. Maddesinde sıralanan hususlar yer almalıdır. Ayrıca HUMK'un 200. Maddesinde belirlenen şartlar da cevap dilekçesinde bulunmalıdır. Bunlar:

- a- Davacı tarafından bildirilmiş olan vakıaların her biri hakkında verilecek cevaplar,
- b- Açık savunma,
- c- Davalının veya varsa kanuni temsilcisi veya vekilinin imzasıdır.

HUMK'un 180. Madde hükmü cevap dilekçesi için de uygulanır.

HUMK'un 180. Maddesinde davacının delillerinin ibrazında aradığı şartlar cevap dilekçesi için de geçerlidir. Bu hükme göre, cevap dilekçesini veren davalının, elindeki belgeleri asılları ile birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davacı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerini dilekçeye ekleyerek hakeme vermesi, başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için gerekli bilgileri ve masrafları da vermesi gerekmektedir.

Davalının bu hükme uymaması halinde hakem, davalıya delillerini usulüne uygun olarak ibraz etmesi ve karşı tarafa bildirmesi için uygun bir süre verir. Genelde bu süre 10 gün olarak uygulanmaktadır. Hakemlerin ilk toplantı tutanağında bu hususları belirleyip taraflara bildirmiş olması halinde, bu tutanak hükümleri uygulanır. Taraflar tahkim usulünü belirlemişler ve müddetleri de tayin etmişler ise, bu iradelerine göre tahkim usulü uygulanacağından, hakemler, tarafların belirledikleri usul çerçevesinde işlem yapacaklardır.

TAKAS VE MAHSUP TALEBİ VE KARŞI DAVA

Davalı taraf cevap dilekçesinde, karşı dava da açabilir. HUMK'un 204. Maddesi karşı davayı düzenlemektedir. Bu maddeye göre takas ve mahsup talebi ile davacıya karşı davalının ikame eylediği her tür dava karşı davadır. 205. Madde karşı davanın dinlenmesini, asıl dava ile irtibatlı olmasına bağlamıştır. Davalı talebinin karşı dava olarak nitelendirilebilmesi için, karşı davanın, asıl dava ile irtibatlı ve asıl davanın tabi bulunduğu yargılama usulüne tabi olması gerekir. Bir başka deyişle, karşı dava, taraflar arasında yapılmış bir tahkim akdinin kapsamına girmiyorsa, karşı dava olarak nitelendirilemeyecek ve hakemler bu hususta karar veremeyeceklerdir.

Takas ve mahsup talebinde ise, takas ve mahsup edilmek istenen alacak ile asıl davanın konusu alacak arasında irtibat olmasına gerek olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir kısım hukukçular ve Yargıtay takas ve mahsup talebinde takas ve mahsup edilmek istenen alacak ile asıl davanın konusu olan anlaşmazlık arasında bir irtibat bulunmasını zaruri görmemektedirler.⁹¹

Bir kısım hukukçular da, takas ve mahsup talebi dışındaki hallerde, asıl dava ile davalının karşı davası arasında irtibat olmasını zaruri görmekte ve aksi halde davalının cevap dilekçesindeki talebinin karşı dava olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadırlar.⁹²

Biz de ikinci görüşü kabul etmekteyiz. Gerçekten de, tahkimin konusu olan ihtilâfa bakmaya tarafların yetkilendirdiği hakem veya hakem kurulunun, tahkim akdinin konusuna girmeyen, fakat taraflar arasındaki başka bir ihtilâfın konusu olan takas ve mahsup iddia ve talebi, hakemlerin yetkisini aşmaktadır.

Bu halde, takas ve mahsup talebinde bulunan taraf, bu talebi için ya genel mahkemede dava açmalı, ya da bu konunun tahkimle çözümlenmesi için karşı tarafa teklifte bulunmalıdır. Takas ve mahsup iddiasının hakemde çözümlenmesi talebinin karşı tarafça kabulü halinde, tahkim akdinin konusu olan ihtilâfın görüşüldüğü hakem veya hakem kurulu takas ve mahsup ile ilgili ihtilâfı da çözmeye yetkilendirilebilir. Bu halde takas ve mahsup talebini içeren dava da aynı hakem veya hakem kurulunda görülebilir. Hatta, hakemler her iki ihtilâfın çözümünü aynı dava içinde tahkik ederek çözüme kavuşturabilirler.

HAKEM TETKİKATI

Hakem yargılaması, geçici ve sadece belli edilen ihtilâfın çözümüne has olduğundan, hakemlerin belli bir yeri yoktur. Hakemlerin davayı birlikte görmeleri gereği, hakemlerin sayısının birden fazla

⁹¹ Bkz.: Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 226.

⁹² Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 292. YEĞENGİL, "Takas ve mahsup talebi de tahkim akdinin kapsamı dahilinde olmalıdır. Aksi halde dinlenmez... Hakemler yetkisizlik kararı vermelidirler" görüşündedir.

olduğu durumlarda sorun çıkarmaktadır. Hakemler bazen farklı illerde de olabilirler. Taraflar arasında yapılmış bir tahkim akdi var ve davanın nerede açılacağı, nerede toplanıp görüşüleceği, duruşmanın nerede yapılacağı belli edilmiş ise sorun yoktur.

Tahkim akdinde toplantı yeri yani tahkim yeri belli edilmemiş ise, hakemlerin toplantı yerini tespit edip taraflara bildirmesi gerekmektedir.

Tek hakemli davalarda taraflar, hakemin adresini tahkim yeri olarak belirleyebilirler. Hakemlerin birden fazla olması halinde taraflardan biri hakemlere ayrı ayrı başvurarak tahkim yerini tayin etmelerini isteyebilir.

Hakemlerin, toplantı yerini önceden belirleyip taraflara bildirmeleri de mümkündür. Bu durumda tahkim için gerekli hazırlık süresi kısılacaktır. Uygulamada genellikle en yaşlı hakemin adresi toplantı yeri olarak tayin edilmekte ve toplantıya bu hakemin başkanlığında devam edilmektedir. Hakemler, taraflara önceden haber vererek toplantı yerini değiştirebilirler.

Yargıtay, hakemlerin toplantı yerinin tespitinde ihtilâfa düşülmesi halinde, bu hususun mahkemece tespitine imkan olmadığı görüşündedir.

Tahkim davasının müddeti, hakemlerin ilk toplantılarından itibaren işlemeye başlar. Toplantı yerinin tespitinde ihtilâf olması durumunda, bu tespit yapıncaya kadar tahkim müddeti işlemez. Çünkü HUMK'un 523. Maddesine göre, tahkim davası, hakemin tayin edilmesi ile açılmış sayılmaktadır.

Tahkim yerinin taraflarca belirlenmemesi durumunda, kötü niyetli tarafın davayı sürüncemede bırakması mümkündür. Davayı bu şekilde bir ihtilâfla sürüncemede bırakan taraf, karşı tarafın genel mahkemede dava açmasına da engel olmaktadır. Zira taraflar arasında ihtilâfın tahkimde görüleceği anlaşması vardır. Bu anlaşmaya rağmen dava mahkemede açılmayacağından, kötü niyetli tarafa bu imkanı vermemek için, toplantı yerinin daha başlangıçta tahkim akdinde belirlenmesi yararlı olacaktır.

Hakem tayini kesinleşip, dava açıldıktan sonra, hakemlerin toplanmaları ve aralarında başkanı ve sekreteri seçmeleri gerekir. Yine

ilk toplantıda, asıl mukavelede aksine bir hüküm yoksa tahkikatın şeklini ve süreleri, tahkimin nerede görüleceğini, dava dilekçesi ile cevap dilekçesi ve karşılıklı delillerin nerede ve kime verileceğini, sürelerini karara bağlarlar ve bu kararı bir tutanağa geçirerek taraflara tebliğ ederler.

Davanın görülebilmesi için gerekli bu hazırlık aşamasından sonra hakemler tahkikat aşamasına geçerler ve iddiaları delillere göre incelerler.

Tahkim akdinde aksine bir hüküm yoksa hakemler duruşma yapmak zorunda olmadıklarından, davanın karara bağlanması için yeterli kanaate sahip olduklarında karar vermeleri mümkündür. Uygulamada karşılıklı iddia ve savunmaları içeren dilekçeler tebliğ edildikten sonra duruşma yapılmaktadır.

Hakemler duruşma yapmaya karar verirlerse bunu taraflara tebliğ eder ve duruşmaya davet ederler. Taraflardan biri mazeretsiz olarak duruşmaya katılmaz ise duruşmaya gıyabında devam edilir. İki taraf da duruşmaya gelmezse, inceleme dosya üzerinden yürütülür. Genel mahkeme yargısında olduğu gibi, dava tarafların müracaatına kadar işlemde kaldırılmaz. Her halükarda karar verilmek gerekir.

Hakem yargılamasında gizlilik esastır. Esasen tarafların tahkime gitmelerinin nedenlerinden biri de, ihtilâf konusunun üçüncü kişilerce bilinmemesi olmaktadır. Bu yüzden tahkim, üçüncü şahıslara kapalı olarak yapılır.

Hakem duruşmasında hakemlerin tümünün hazır bulunmaları şarttır. Hakem toplantısında yapılan işlemler ve alınan kararlar mutlaka tutanağa geçirilmeli ve imzalanmalıdır.

HUMK'un 531. Maddesi, hakemlerin çoğunlukla aldıkları kararları geçerli saymakta ise de, aranılan çoğunluk hakem heyetinin tam olarak teşekkülü halindeki çoğunluktur. Hakemlerden biri müzakereye ve nihaî karara katılmamış ise, tarafları bağlayıcı, hukuken geçerli ve icra kabiliyeti olan bir karardan bahsedilemez. Bu nedenle tahkim davasında tüm hakemlerin hazır bulunması gerekli ve önemlidir.

DELİLLER

Delil, geniş anlamıyla, maddî ve fikrî olayların ve görüşlerin ispatını sağlayan vasıtaadır. Usul kavramı olarak delil, davada ihtilâflı olan meselenin ispat vasıtasıdır. Delil bir ispat vasıtası olduğuna göre, bu vasıtanın bir de kullanılış usulü olması gerekir.

Usul Kanununda delilin kullanılması ve değerlendirilmesi ile ilgili bazı kavramlar vardır ki, bu kavramların tahkim usulünde de kullanılacak olması, deliller hakkında bilgi sahibi olmayı gerektirmektedir.

Delilin bulunması, hakeme tetkik ve takdir etmesi için arz edilmesi; ispat külfeti (beyyine külfeti), ispat şekli, delil ibrazı ve ikamesi, delil dinlenmesi gibi çeşitli adlar altında birer usul muamelesi olarak Usul Kanununda tanzim edilmiştir.

İspat Külfeti: Bir iddianın veya ihtilâfın ispat yükümlülüğünün kime ait olduğunun hâkim veya hakem tarafından tayin edilerek taraflardan ilgili olana yüklenmesine ispat külfeti veya eski tabirle beyyine külfeti denir.

Delil İkamesi: İspat külfeti kendisine ait olan tarafın, iddiasını ispat için delillerini hakem veya hâkime sunmasına delil ikamesi denir. İkame edilen delilin, iddia hakkında kanunun veya taraflar arasındaki anlaşmanın tayin ettiği şekle uygun olması gerekir. Her türlü delilin ikame edilmesi ve bağlı olduğu süreler usul kanunlarında tayin edilmiştir.

Delil Dinlenmesi: Hâkim veya hakemin, ibraz edilen delilleri değerlendirmek için yaptığı fikri analize delil dinlenmesi veya eski tabirle delil istimai denilmektedir.

HUMK'un 526. Maddesinde, "Deliller hakkında kanunen tayin olunan kaideler hakem huzurundaki tahkikatta dahi tatbik olunur" denilmektedir. Tarafların, iddialarını ispat edebilmesi hakemler huzurunda genel mahkemelerdeki gibi delillerini ikame edebilmeleri ile mümkündür. Taraflar delil ikame etmeseler de hakemler, davanın yeterli şekilde aydınlanması ve oluşacak kanaate göre karar verebilmeleri için tarafların delillerini sorabilir ve isteyebilirler. Hatta tarafları isticvap edebilirler. Duruşmada isticvap olunan tarafın yaptığı ikrar, ikrarda bulunanı ve hakemleri bağlar.

Delil ikamesi, dinlenmesi, ispat külfeti gibi usulün deliller hakkındaki ana esaslarının uygulanması gerekliliği 526. Maddenin emredici bir hükmü ise de, Usul Kanununun deliller hakkındaki hükümleri (HUMK, 236-374) tahkimde ancak bazı istisnaları ile birlikte uygulanabilmektedir. Örneğin: Taraflar, HUMK'un 287/2. Maddesinde belirtildiği şekilde ve 'delil mukavelesi' olarak adlandırılan bir anlaşma ile, ihtilâfın yazılı ve tayin edilmiş delillerle ispat edilebileceğine karar vermişler veya yargılama sırasında bu şekilde bir anlaşmanın bulunduğu taraflarca ikrar edilmiş ise, hakemler bu mukavele veya ikrar ile bağlı olacaklardır. İşte bu durumda Usul Kanununun, delillerle ilgili emredici hükmüne bir istisna getirilmiş olmaktadır. Delillerin mahkemece serbest takdir bir usul kuralı olmakla birlikte, taraflar arasında sözü edilen delil mukavelesi veya buna ilişkin ikrarları hakemler için bağlayıcı olacaktır. Hatta Yargıtay aksi halin bir bozma sebebi olacağını belirtmektedir.

HUMK'un 287. Maddenin 1. Fıkrasındaki "kanunun muayyen delil ile ispatını emrettiği hususlar başka bir suretle ispat olunamaz" kuralı, tahkim için geçerli olmayacaktır. Örneğin, kanunun belli bir miktar ile sınırladığı ihtilâf konusunun şahitle ispat edilemezliğine ilişkin emredici hükmünün aksine mukavele, tarafların serbest iradeleri ile belirledikleri ve tahkimde de esas olan tarafların iradeleri olduğuna göre, yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı bir mukavele geçerli olacak ve hakemleri bağlayacaktır. Aksi hal, Yargıtay'ca bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.

Burada esasen genel yargı bakımından kamu düzenli olarak kabul edilen bir hükmün, tahkim yargılamasında tarafların iradelerine bırakıldığını görmekteyiz. Doğrusu ve tahkimin mahiyetine uygun olanı da budur.

HAKEM KARARLARI

TAHKİM SÜRESİ

Türkiye’de dava sayısının hızla artması, mahkemeleri altından kalkılamaz biçimde dava enflasyonuna sürüklemiştir. Mahkemeler, ihtiyaca cevap veremez hale gelmiş, yıllarca süren davalar insanları genel yargıdan ümitsiz hale getirmiştir. Konusu para olan alacaklarda uzun süren yargılamalar taraflar açısından telafisi mümkün olmayan kayıplara neden olmaktadır. Davaların ne kadar sürede karara bağlanacağı hakkında Usul Kanununda bir hükmün bulunmaması, aralarında ihtilâf çıkan insanları tahkime yönlendirmektedir. Fakat Türkiye’de tahkim usulünün yeterli bir şekilde tanıtılmaması da tahkim usulünden beklenen yararı azaltmaktadır. Bu bakımdan tahkimde yargılama müddeti önem arz etmektedir.

HUMK’un 529. Maddesinde, hakemlerin ilk toplantılarından itibaren **altı ay** zarfında hüküm vermeye mecbur tutulmaları, tahkimde sürati sağlamaya yönelik önemli bir kuraldır. Tahkimde sürati sağlayan bu hüküm sayesinde, taraflarca seçilen hakemler adaletin gerçekleşmesi ve dağıtımında önemli bir görev üstlenmiş olmaktadır. Böylece, tahkimde uyulacak müddet hakem kararlarında geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Süresi içinde verilmeyen hakem kararları geçersizdir. Tahkimde öngörülen altı aylık müddet Usul Kanununun yine aynı maddesine göre ancak tarafların iradeleri veya hâkimin kararı ile uzatılabilir.

Tahkim Süresi Kamu Düzenindedir

Tahkim davalarının belli bir müddete tabi kılınması kamu düzenini ilgilendirmektedir. Aksi halde, hak sahiplerinin haklarına kavuşmaları ertelenmiş olacağından, tabii hâkimleri olan hakemlere müracaatları da engellenmiş olacaktı. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında, “Kasıt, ihmal ve dikkatsizlikle altı aylık süre zarfında önlereindeki uyuşmazlığı karara bağlamayan hakemlerin Borçlar kanununun 390. Madde delâletiyle 321, 98, 43 ve 44. Maddeleri uyarınca sorumlu tutulabileceğine” karar vermiştir.⁹³

⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 6.12.1969 tarih ve 1110-866 sayılı kararı.

Hakem kararlarında sürenin kesin olması, tahkimin başladığı ve bittiği günün belli olması anlamındadır. Hakemlerin karar verecekleri tarihe kadar süre öngören tahkim akitleri geçersizdir. Ancak taraflar tahkim müddetini karşılıklı olarak kanunda belirlenen sürenin dışında da belirleyebilirler. Tahkimin ihtiyarî niteliği bunu gerektirmektedir. Hiçbir belirleme yoksa kanunun öngördüğü altı aylık süre kesin-dir.

Süre Uzatma Talebi

Hâkimin, hakemin talebi üzerine vereceği müddet uzatma kararı, ihtilâfın ortaya çıkması ve işlemekte olan bir tahkim sürecine ilişkin olacaktır. Yoksa, ihtilâf ortaya çıkmadan veya tahkim başlamadan müddet uzatma mümkün değildir.

Kanunda tahkim süresinin altı ay olarak belirlenmesi, altı aylık sürenin geçmesinden sonra verilecek hakem kararlarını olduğu kadar bu sürenin bitiminden sonra yapılacak işlemleri de batıl kılacaktır. Hatta tahkim sözleşmesi de ortadan kalkmış olacaktır. Artık taraflar arasındaki ihtilâfı çözmeye yetkili makam mahkemelerdir.

Tahkimde süre uzatma talebinin, tahkim için belirlenen sürenin bitiminden önce mahkemeye yapılması gereklidir. Zira süre bitiminde tahkim şartı da ortadan kalkmış olup, geçerli bir tahkim şartı veya tahkim sözleşmesine dayanmayan süre uzatma talebini hâkim reddedecektir.

Tahkimin Başlama Tarihi

Tahkimin başlama tarihini kanun hakemlerin ilk toplantılarını yaptıkları tarih olarak öngörmüştür. Müddete başlangıç sayılacak hakem toplantısının, davanın açılmasından sonra yapılan toplantı olarak kabulü mümkündür. Dava açılmadan önce hakemlerin yapacakları toplantı müddetin hesabında dikkate alınmaz ve müddetin başlangıcı sayılmaz.

Davayı tek hakem yürütecek ise, bu hakemin taraflara iddia ve savunmalarını bildirmeleri için yaptığı tebligatın veya usule ilişkin herhangi bir kararının tebliği, tahkimin müddetine başlangıç sayılmaktadır. Şayet tahkim akdinde tarafların veya vekillerinin hazır

bulunmaları şartı var ise, yapılacak bu toplantı tahkimin başlangıcı olarak kabul edilmektedir.⁹⁴

Tüm bu açıklamalardan, çoklu hakemlerde hakem toplantılarının nasıl yapılacağı hakkında tahkim akdinde bir hüküm varsa, bu hükme göre hakemlerin yapacakları ilk toplantı, açıklık yoksa, hakemlerin usule ilişkin herhangi bir işlem veya karar için yaptıkları ilk toplantı, tahkim müddetinin başlangıcı sayılmaktadır. Hakemin tek olması halinde tek hakemin yaptığı aynı nitelikteki herhangi bir işlem tahkim müddetinin başlangıcı sayılmaktadır.

Tahkimin serbest iradeye dayanan niteliği gereği, tarafların tahkim müddetini uzatma veya kısaltma yönündeki iradeleri asıldır. Bu nedenle tahkim müddetinin ne zaman başlayacağı ve ne kadar süreceğine ilişkin taraflar arasında yapılan anlaşma geçerlidir ve hakemleri bağladığı kadar, hâkimin de bu iradeyi değiştirecek karar vermesi mümkün değildir.

Müddetin başlangıcında, esas alınan işlemin yapıldığı ilk gün hesaba katılmaz. Müddetin sonu tatil gününe rast geldiğinde ise, tahkim usulünde tatil hükümleri uygulanmadığından o gün tahkim müddeti biter. Dolayısıyla müddetin son gününde hakemlerin karar vermeleri gerekir.

Hakem kararlarının yetkili mahkeme kalemine tevdi edilmesini emreden HUMK'un 532. Maddesi, kararın tevdiini bir süreye tabi tutmamıştır. Bu nedenle tahkim müddeti dışında karar oluşturan hakemlerin, kararlarına diledikleri tarihi, yani mahkeme kalemine verdikleri tarihten birkaç gün öncesinin tarihini yazdıkları görülmektedir. Usuldeki bu eksiklik, tarafların tahkimden beklediği yararı azaltmaktadır. Kararın tahkim süresi içinde verilir verilmediği, karara dayanak teşkil eden işlemlerin tarihleri dikkate alınarak yani maddi delillerin değerlendirilmesi suretiyle tespit edilebilirse de bu çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Tahkim usulündeki bu eksikliğin bir şekilde kanunla veya içtihatla giderilmesi gereklidir.

⁹⁴ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 428'de 166, 167 nolu kararlar.

TAHKİM SÜRESİNİN UZATILMASI

Hakemde dava açıldıktan sonra tahkim süresinin ne şekilde işlemeye başladığını gördük. Ancak hakemlerin karar vermesini geciktirebilecek hukukî veya fiili nedenlerin ortaya çıkması mümkündür. Tahkim süresinin uzamasını gerektiren sebeplerin ortaya çıkması halinde hakemlerden belirlenen süre içinde karar vermelerini beklemek doğru değildir. Bu gibi hallerde tahkim süresinin uzatılması zorunlu hale gelir. Tahkim süresi taraflarca veya hakem kararı ile uzatılabilir.

Tahkim Süresinin Taraflarca Uzatılması

Taraflar, başlangıçta kanuni tahkim süresine uymayıp daha uzun bir süreyi kararlaştırabilecekleri gibi, başlangıçta kararlaştırdıkları süreyi tahkim süresi içinde yine kendi iradeleriyle ve karşılıklı rızaları ile uzatabilirler.

Taraflar tahkim süresi içinde bu süreyi ayrı bir sözleşme ile uzatabilecekleri gibi, taraflardan birinin hakem huzurundaki toplantıda uzatma talebini ileri sürüp tutanağa geçirmesi ve buna karşı diğer tarafın da bu talebe muvafakat ederek toplantı tutanağını imzalaması şeklinde de olabilir. Süre uzatma talebi reddedilen taraf, bu talebini mahkemeye götürerek süre uzatma talebinde bulunmalıdır. Süre uzatılmasına karar verildiğinde bu sürenin belirli olması yani sürenin bitim tarihinin kesinleştirilmiş olması gereklidir. Aksi halde süre uzatımı belirsiz olacağından geçerli sayılmaz.

Tarafların yazılı bir şekilde süre uzatılması yönünde bir anlaşma yapmadan, zımnî olarak (sürenin uzatıldığını varsayarak) hakem duruşmasına katılmaları, vekil göndermeleri, hasılı tahkim davasına ait yargılama usulünü devam ettirmeleri, tahkim süresinin uzatılması neticesini doğurmaz. Süre uzatılması anlaşması mutlaka yazılı şekilde yapılmalıdır. Zımnî muvafakat süre uzatmayı içermez. HUMK'un süre uzatımına ilişkin 529. Maddesinin emredici hükmü buna engeldir.

Tahkim Süresinin Hâkim Kararı İle Uzatılması

Tahkim süresinin uzatılmasında esasen kimsenin menfaati bulunmaması gerekir. Zira ihtilâfın en kısa süre içinde çözülebilmesi

için tahkime başvurulması tarafların iradeleri ile belirlenmiştir. Fakat tatbikatta her hangi bir haklı sebeple tahkim süresinin uzatılmasını isteyen tarafın bu talebi karşı tarafça, davayı uzatmaya matuf görülerek reddedilebilir. Bu halde sürenin uzatılmasını talep eden taraf bu talebini hâkime yapabilecektir (HUMK 529). Süre uzatılması talebinde bulunmak için davacı veya davalı olma ayırımı yoktur. Her iki taraf da süre uzatımı talebinde bulunabilir.

Hakemler süre uzatılmasına karar veremezler. Ayrıca süre uzatılması için mahkemeye de başvurabileceklerine dair Usul kanununda bir hüküm yoktur. Süre uzatma talebinde bulunma yetkisi münhasıran taraflara aittir. Yargıtay, kendiliğinden süre uzatımına karar veren hakem kararını bozmuştur.⁹⁵

Esasen sürenin uzatılmasını talep etmeye hakemin de yetkisi olmalıdır. Kanun hakeme, baktığı davayı belli bir süre içinde karara bağlamasını emretmektedir. Davanın gerektirdiği usulî işlemler tayin edilen süre içinde karar vermeyi imkansız hale getirebilir. Veya taraflar ihtilâfın çözümü için gerekenden kısa bir süre öngörmüş olabilirler. Davanın açılmasından sonra öngörülen sürenin yetersizliği hakem tarafından görülebilir. Onun için hakemin görevine giren bir işin görülmesini sağlayacak tedbirlere başvurmaya hakemin yetkili olabileceğinin kabulü gerekir. Hakemin süre uzatılması hakkında yapacağı müracaat üzerine hâkim, tahkim süresini uzatabilir. Mahkemelerin tatbikatında da mesele bu şekilde değerlendirilmektedir.⁹⁶

Ayrıca, karşılıklı iradeleri ile tahkimden bekledikleri yarardan feragat etmek istemeyen tarafların, hakemin talebini kendi talepleri olarak mahkemeye sunmalarında, Yargıtay içtihatları ile tahkime son verilmesi tehlikesine karşı bir tedbir olarak yarar vardır. Tarafların serbest iradeleri ile oluşturdukları tahkim anlaşmasında genel yargı dışında istisnâî bir yargı yolu olan tahkimi seçmelerini, süre uzatılması talebinin hakem tarafından yapılması halinde tahkim süresinin sona ermesi sonucuna tercih etmek asıl olmalıdır.

⁹⁵ Bkz.: Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 246 da Yargıtay 15. H.D. 25.2.1954 tarih ve 680-1357 sayılı karar özeti.

⁹⁶ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 311.

Süre uzatılması talebi, dava hakemde değil de mahkemede açılmış olsa idi, nerede görülecek idi ise o yer ticaret mahkemesi veya asliye hukuk mahkemesine yapılmalıdır.

Süre uzatılması talebine karşılık hâkim, karşı tarafı da dinleyerek hakemdeki dosyayı inceler, talebin süresinde yapılıp yapılmadığını ve haklı nedenlere dayanıp dayanmadığını, işin mahiyetinin ne kadar süreye gerek duyduğunu tetkik eder ve kararını verir.

Hâkim ,dava açılmadan ve yargılama usulü başlamadan önce taraflar arasında kurulmuş akdi ilişkiyi değiştirmeye de yetkili değildir. Süre uzatılması ancak ihtilâf başladıktan sonra ve görülmekte olan davalar hakkında söz konusu olabilir.⁹⁷

Tahkim süresinin uzatılması için gerçekten haklı bir sebep bulunmalıdır. HUMK'un 522. Maddesi, hakemlerden birinin ret ve istifası sebebiyle görevden ayrılmasını süre uzatımı için haklı sebep saymaktadır. Fakat ihtilâfın hakemde görülüp görülemeyeceğine dair itiraz hakemlerin yetkilerini tartışmalı hale getireceği için haklı bir sebep olarak kabul edilmelidir. Ret, istifa, hakemlerin azli, hakemlerin ölümü, bilirkişi incelemelerinin uzun süreyi gerektirdiği durumlar da haklı birer sebep olarak değerlendirilmektedir.

Süre uzatılması talebi en son tahkim süresinin sonuna kadar yapılmalıdır. Aksi halde süre uzatımına hâkim tarafından karar verilmiş olsa bile, hakemlerin kararlarını tahkim süresinin bitiminden sonra verdikleri kabul edilir.

Yine tarafların başlangıçta düzenledikleri tahkim akdinde, tahkim süresinin ancak birlikte uzatılabileceğine karar vermiş olmaları halinde, sonradan sürenin uzatılmasında anlayamadıklarında, hakemlerin tahkim akdinde öngörülen süre içinde karar vermeleri gerekir. Sözleşmede süre ile ilgili hüküm tarafların iradelerini aksettirdiğinden hâkimin süre uzatması mümkün olamaz.

Bunun gibi, bir dava hakemlerde görülmüş ve hakemler karar vererek işten el çekmişler ise görevleri sona erer. Bu hakemlere ikinci bir dava açılmışsa, bu davayı da karara bağlamaları için, ilk davadan bir kısım süre (tahkim süresi) kalmış olsa bile, talep edilmesi halinde yeni süre verilmez. Açılan ikinci dava (bu dava ek dava olsa bile) için

⁹⁷ Rasih YEĞENÇİL, a.g.e., s. 307.

yeniden hakem tayini gerekir. Zira hakemler dava konusu hakkında karar verdiklerinden görevleri sona ermiş olmaktadır.⁹⁸

TAHKİM SÜRESİNİN DURMASI

HUMK'un 528. Maddesi hükmüne göre, tahkikat esnasında ceza tatbikatına esas teşkil eden bir sahtelik olayı ortaya çıkarsa, ceza mahkemesince bu hususta bir karar verilinceye kadar tahkikat ertelenir ve tahkim süresi işlemez.

Tahkikat esnasında sahteliğin ortaya çıktığı taraflarca öne sürüldüğünde, ceza yargılaması kamu düzenli olduğundan hakemlerce bu hususta karar verilemez. Hakemler bu halde tahkikatı erteler ve sahtelik konusunu **bekletici mesele** yaparak taraflara ceza yargılamasının halledilmesi için mehil verirler ve ceza mahkemesinin kararını beklerler. Ceza mahkemesinden karar verilinceye kadar da tahkimi ertelerler. Bu süre zarfından tahkim süresi işlemez.

Bunun gibi, ihtilâfın hakemlerce halledilip edilemeyeceği hususunda taraflar arasında anlaşmazlık çıktığında hakemler, taraflara bu hususta mahkemedен karar getirmeleri için mehil verir. Zira davaya bakmaya yetkili olup olmadıkları tartışmalı hale gelen hakemler karar veremezler.

Hakemin reddi durumunda da ret talebinin sonucunun beklenmesi gerekir.

Hakemlerin azli, istifası veya ölümü ya da ehliyetlerini yitirmesi hallerinde de tahkim süresi işlememesi gerekir kanaatindeyiz. Ancak kanunda hakemin reddi ve hakemlerin yetkileri hakkındaki davaların tahkim süresini etkileyeceğine dair açık bir hüküm bulunmadığından bu tür davalar, tahkim süresini durduran neden sayılmamaktadırlar. HUMK'un 519. Maddesi bir ihtilâfın hakemler tarafından görülüp görülemeyeceği hususunda ortaya çıkan ihtilâfın mahkemeye ve seri usulde yargılama ile halledileceği hükmünü bu mahzuru ortadan kaldırmak için koymuş ise de, mahkemelerin kısa süre içinde karar vermeleri, gerek iş yoğunluğu gerekse prosedürün uzaması nedeniyle mümkün olmamakta, yukarıda sayılan hususlar varit ol-

⁹⁸ Yargıtay'ın bu kabule ilişkin kararları için bkz.: Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 248-252'deki Yargıtay karar özetleri.

duğunda tahkim için belirlenen süre kafi gelmemektedir. Bu durumda tahkim süresinin uzatılmasını istemek zaruri olmaktadır.

KARARIN TARTIŞILMASI

Heyet halindeki hakem yargılamasında, hakem kararının geçerli olabilmesi, bütün hakemlerin müzakereye katılmaları ve müzakere etmeleri ile mümkündür. Esasen taraflar tahkim akdi yaparken hakemlerin oybirliği ile veya oy çokluğu ile karar verebileceklerini öngörmektedirler.

Hakemlerden birinin müzakereye katılmaması; onun oyunun, oy çoğunluğuna tesiri olmasa bile, ihtilâf konusu olan dava ve deliller hakkında görüşünü bildirmesi, kararı müzakere etmesi, diğer hakemlere yapacağı tesir açısından önemlidir. Zira dava dosyası tüm hakemler tarafından incelenmek ve değerlendirmek üzere kendilerine tevdi edilmektedir. Müzakereye katılmayan hakemin, katılmış olsa idi mevcut ağırlıklı görüşün değişmesine etki edebilmesi ihtimali her zaman mevcuttur. HUMK'un 387. Maddesinin hâkimler için getirdiği müzakereye ve oya katılma şartı, hakem kararlarının da geçerlilik şartıdır.

Hakemlerden birinin karar hakkındaki görüşünü müzakereye katılmadan yazılı olarak bildirmesi veya diğer hakem veya hakemlerin oyuna katıldığını beyan etmesi veyahut da oyunun bir başka hakem tarafından kullanılmasına izin vermesi hakem müzakeresini geçerli kılmaz. Dolayısıyla müzakere sonucu oluşan karar da geçersiz olur.

TAHKİM SÜRESİNİN BİTİMİNDEN SONRA KARAR VERİLMESİ

Genel yargıda yargılamanın ne kadar sürede sona erdirileceğine dair bir hüküm olmamasına rağmen, tahkimde HUMK'un 529. Maddesi gereğince hakemlerin ilk toplantılarından itibaren altı ay içinde karar vermeleri gerekmektedir.

Tahkimi cazip kılan unsurlardan biri de altı ay gibi kısa bir sürede sonuçlandırılmasıdır. Tahkimdeki bu süre, kamu düzenindedir. Zira tahkime götürülmüş bir dava için tarafların bir başka hakeme veya mahkemeye başvurabilmelerine imkan yoktur. O halde kanu-

nun tayin ettiği süre içinde sonuçlandırılması şarttır. Tahkim süresinin uzatılması ile ilgili esasları dikkate aldığımızda kanun, tahkim süresi hakkında tahkimin mahiyetini de dikkate alarak oldukça hassas davranmıştır denebilir.

Hakemler tahkim yargılamasını altı ay içinde sonuçlandırmak ve karar vermek zorundadırlar. Aksi halde hakemler, Borçlar Kanununun 390. Maddesinde düzenlenen vekilin yükümlülükleri esas alınarak, gerekli ihtimamı göstermediği, kusurlu davrandığı, gerçekleşmiş ise tarafların zararına sebebiyet verdiği gibi gerekçelerle sorumlu tutulabilirler.

Sonuçları

Hakemlerin tahkim için öngörülen sürenin sona ermesinden sonra karar vermelerinin, tahkimin tarafları açısından da bazı sonuçları olacaktır:

Tahkim süresinin sona ermesi ile taraflar arasındaki tahkim şartı veya tahkim akdi ortadan kalkar ve hakemler yetkisiz hale gelmiş olurlar. Yetkisiz hakemin verdiği kararların batıl olması gereği, süre bitiminden sonra yapılan tüm işlemler batıl addedilir. Bu halde taraflar arasındaki uyuşmazlığın yetkili mahkemede görülmesi gerekir.

Hakem kararının süresinde verilip verilmediği, söz konusu hakem kararının altına atılmış olan tarihe göre anlaşılacaktır. Kararın altındaki tarihin, kararın verildiği tarihten önce atılması da mümkündür. Kanun bu hususta herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Kanundaki bu eksikliğin mutlaka giderilmesi gerekir. Uygulamada, karar tarihi hakkında ileri sürülebilecek iddialar maddi delillerle ispatlanabilmektedir. Ancak ispat etmek çoğu zaman mümkün olamamaktadır.

KARARIN KAPSAMI

Ara Karar

Hakemler, tahkim tahkikatı sırasında tanık dinleme, bilirkişi incelemesi yaptırma gibi bazı kararlar alabilirler ki, bu kararlar, taraflar arasındaki ihtilâfı sona erdirmeyen fakat davanın aydınlatılması ve tahkikatın tamamlanması için gerekli gördükleri işlemlere ilişkin ka-

rarlardır. Tahkikatın sonuçlandırılmasını amaçlayan bu işlemler için verilen kararlara ara kararlar denir.

Hakem kararlarının tek başına cebri icra gücü olmadığından ara kararlarının da herhangi bir yaptırımı yoktur. Ancak hakemler, tanıklıktan kaçanların dinlenmesi için Sulh Hukuk Hâkimine başvurabilirler.

Nihaî Karar

HUMK'un 530. Maddesi, hakem kararlarının neleri kapsayacağını düzenlemiştir. Bu hükme göre hakem kararlarında:

İhtilâfın konusu, maddî ve hukukî gerekçe, dava ve masraf hakkında hüküm ve kararın verildiği tarih ile hakemlerin imzalarının bulunması zorunludur. Ayrıca ihtilâfın halli için taraflar arasında yapılmış bulunan tahkim akdi de karara iliştilmelidir.

Kanun maddesinde tarafların isim ve adresleri ile varsa vekillerinin isim ve adresleri, hakemlerin isimlerinin ve kararın verildiği mahallin yazılmasına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak HUMK'un 388. Maddesi mahkeme kararlarında bulunması gereken hususları sayarken 530. Maddede sayılmayanları da saymıştır. Gerçekten de mahkeme kararlarında bulunması gereken, tarafların ve varsa vekillerinin isim ve adresleri ile hâkimlerin isim ve imzalarının bulunması hususu, söz konusu kararın uygulanması veya temyizi halinde sorun olacaktır. Her ne kadar kanun isim ve adresleri gerekli görmemiş ve eksikliklerini bozma sebebi saymamış ise de, tahkimden beklenen yararın elde edilmesi için bu hususların bulunmasında yarar vardır.

Hakem kararlarının 530. Maddede öngörülen hususları kapsamaması yeterli olacaktır. Bu hükme göre, ihtilâf konusunun belirtilmediği, kararın maddi ve hukukî gerekçesini kapsamayan ve tarihsiz hakem kararları geçersiz sayılacaktır.

530. Maddede ifadesini bulan ihtilâf konusunun kararda gösterilmesi lüzumu, tarafların iddia ve savunmalarının kararda gösterilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. İhtilâf konusu, tarafların iddia ve savunmaları ile anlaşılabilir. Zira HUMK'un 533. Maddesine göre hakemlerin talep edilmeyen bir şey hakkında karar verip vermedikle-

rini anlamak, ancak tarafların iddia ve savunmalarının kararda yer alması ile mümkün olabilmektedir. Hakemlerin yetkili olmadıkları bir hususta karar vermeleri bozma sebebidir.

Hakem kararında, kararın maddi ve hukukî gerekçesi de belirtilmelidir ki, kararın ihtilâf konusuna, tahkim akdine, adalet ve nesafet kurallarına uygunluğu anlaşılabilir. Ancak gerekçenin yetersiz olması bozma sebebi sayılmamaktadır.

Tarafların, tahkim sırasında sulh olmaları ve bunu hakeme sözlü (tutanağa geçmek kaydıyla) veya yazılı olarak ikrar veya ibraz etmeleri halinde, hakem kararında sulh olmanın dışında gerekçe aranmaz.

Hakem kararlarının gerekçesiz de olabileceği şeklinde bir anlaşma muteber değildir. Hakem kararlarında bulunması gereken gerekçe kamu düzeninden sayılmaktadır.

Kanun, hakem kararlarının oyçokluğu veya oybirliği ile kabul edilmiş olmasını geçerli saymaktadır. Çift sayılı hakemlerde oy eşitliği olması halinde karar geçersiz sayılacaktır. Taraflar aralarında, hakem kararında orantılı çoğunluğu da şart koşabilirler. Örneğin 2/3, 3/4 gibi.

Taraflar oybirliği şartını da koyabilirler. Taraflar arasında akdedilen anlaşmada belirtilen orandaki oyçokluğu ile verilmemiş karar geçersizdir. Kararın oyçokluğu veya oybirliği ile verildiği karara yazılmalıdır. Oyçokluğu veya oybirliği, tüm hakemlerin karar müzakeresine katılmış olmaları şartıyla geçerlidir. Hakemlerden birinin dahi müzakereye katılmamış olması kararı geçersiz kılacaktır.

Kanunun, hakem kararını yazılı şekle tabi tutmasının sonucu olarak, hakem kararlarının mutlaka hakemler tarafından imzalanması gereklidir. Hakemlerden birinin imzalamaması halinde karar geçersiz sayılacaktır.

Bunun bir istisnası, hakemlerden birinin müzakereye ve karara iştirak ettiği halde, kararı imza etmekten kaçınması halidir. Bilhassa taraflı tahkimde tarafların tayin ettiği hakemlerin, kendilerini tayin eden taraf aleyhine oyçokluğu ihtimali ortaya çıktığında, hakem kararını geçersiz kılmak için kararın müzakeresinden sonra hakemlikten istifa ettikleri veya kararı imzalamadıkları görülmektedir. Ancak Yargıtay, kararın müzakeresinde hakemlerce oybirliği sağlanmasına rağmen hakemlerden birinin istifası veya kararı imzalamaması halin-

de, durumun kararda belirtilmiş olması kaydıyla kararın geçersiz sayılamayacağını içtihat etmektedir.⁹⁹

Karara muhalif kalan hakemlerin kararı imza etmeyerek, muhalefet şerhlerini ayrı bir kağıda yazmaları veya mahkeme kalemine vermeleri de mümkündür.

Kararın verildiği tarih, hakem kararlarının geçerlilik şartlarından birisidir. Tarih kararın üstüne veya altına yazılabilir. Önemli olan kararın verildiği tarihtir. Hakemlerin belli bir müddet içinde karar vermek mecburiyetinde olmaları, hakem kararının tarihini önemli kılmaktadır. Usul Kanunumuzda hakem kararlarının ne kadar zaman içinde Mahkemeye tevdi edileceğine dair hüküm bulunmadığından bu husus **suiistimale açıktır**. Zira hakem kararlarının belli bir süre içinde mahkemeye tevdi edilmemesi tahkim davalarında beklenen süratle mani olmaktadır. Tahkimin taraflarının tahkim akdinde veya tahkim kurulları oluşturan kurumların tahkim ile ilgili iç tüzüklerinde, kararın mahkemeye tevdi için bir süre belirlemeleri yerinde olur.

Kanunun, tahkim akdinin hakem kararına raptolunacağı hükmü, tahkim akdinin karardan ayrı bir hukukî varlığı bulunması nedeniyle kararın kapsamından sayılmaz. Gerektiğinde tamamlanabilecek bir husustur.

Kararın Mahkemeye Tevdi

HUMK'un 532. Maddesi, hakemlerin kararlarını selâhiyetten olan mahkeme kalemine vermelerini, mahkemenin de kararın tevdi edildiğini ve kararın neden ibaret olduğunu taraflara makbuz karşılığın-

⁹⁹ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 420'de 5.10.1954/5058 sayılı karar: "Üç hakemden ikisinin imzasını ihtiva eden hakem kararında, tahkikatın üç hakem tarafından birlikte karar verilecek bir sayfaya getirildiği ve esas hakkında müzakere yapıp izhar olunan reylerle ekseriyetle bir karara varıldığı esnada bunlardan birisi istifa ederek kararı imzadan istinkâf etmiştir. İstifa keyfiyeti, müzakere ve reyler belli olduktan sonra vuku bulmasına ve bu husus hakem kararında belirtilmiş bulunmasına ve akalliyette kalan hakemin kararı imza etmemesi hakem kararının muteberliğine halel getirmeyeceğine, Usul Kanununun mehası Neuchatel Kanununun 468. Maddesinde hakemlerin ekseriyeti tarafından imza edilen kararın muteber olduğu tasrih edilmiş olup, kanunumuzun bu esası tadil ettiği anlaşılmamış olmasına ve aksi takdirde tahkim müessesesi işlemez bir hale geleceğine binaen hakemlerin ekseriyetle verdikleri kararın doğru olduğuna karar verildi."

da tebliğ edeceğini, kararın iki tarafa da tebliğ edilmesiyle mevcut sayılacağını amirdir.

Kanun, tahkim sözleşmesinin hakem kararına raptolunacağını emretmiş olduğuna göre, tahkim sözleşmesinin de kararla birlikte mahkemeye tevdi gerekir. Hakem dosyası taraflar eliyle değil, hakem eliyle mahkemeye tevdi edilmelidir.

Usul Kanunumuzun 532. Madde hükmüne göre, kararın taraflara mutlaka mahkeme tarafından tebliği gerekir. Bu hüküm, hakem kararının taraflara hakemler tarafından tebliğ edilmesi halinde tebligatın geçersiz olacağı ve geçersiz tebligatın hiçbir süre başlangıcına dayanak olmayacağı anlamına gelmektedir. Yargıtay'ın da görüşü bu doğrultudadır. Yargıtay, usulüne göre tebliğ edilmeyen hakem kararlarında temyiz süresinin başlamayacağına hükmetmektedir.

Hakem kararının tevdi edileceği mahkeme, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi olmasa idi ihtilâfa bakmaya yetkili olacak olan mahkemedir.

Hakemlerin kararı hangi mahaldeki mahkemeye tevdi edeceklerine dair bir hüküm Usul Kanununda yoktur. Çoğunlukla hakemler ile taraflar ayrı ayrı şehirlerde olabilmektedirler. Bu nedenle Kanunun belirlememesine rağmen davanın görüldüğü yer yani hakemlerin bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olabilmesinin uygulamaya kolaylık getireceği görüşüne¹⁰⁰ katılıyoruz.

¹⁰⁰ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e., s. 321.

TAHKİMDE ESASA UYGULANACAK HUKUK KURALLARI

MADDÎ HUKUK KURALLARI

Kural olarak hakemler kanun hükümleri ile bağlı değillerdir. Diğer bir deyişle, hakemler, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Medenî Kanun ve benzeri kanunların hükümleri ile bağlı değillerdir. Türk Hukukunda hakemlerin maddî hukuk kuralları ile bağlı sayılıp sayılmadığı hususunda açık bir hüküm yoktur. HUMK'un 533. Maddesinde ileride göreceğimiz gibi, Yargıtay'ca bozma nedenleri sınırlı olarak sayılmıştır.

Yargıtay'ın hakem kararlarını maddi ve şekli hukuk açısından ve kanuna aykırılık yönünden inceleme yetkisi sınırlıdır. Kanuna aykırılık bir temyiz sebebi olarak gösterilmemiştir. Yani hakem kararının kanuna aykırılığı kontrol edilemez. Bunun bir istisnası vardır:

Taraflar, tahkim akdinde hakemlerin uyuşmazlığı maddi hukuk kurallarına göre çözümlemesini öngördükleri takdirde, hakemler bu kurallar çerçevesinde karar vermek zorundadırlar. Tahkim yargılamaşının temelini, tarafların serbest iradeleriyle oluşturdukları tahkim akdi oluşturmaktadır. Tahkim akdinde taraflar maddi hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmüşlerse hakemlere seçme hakkı yoktur. Tarafların iradesi, çok belirgin olmayıp, genel bir şekilde "Uyuşmazlığın Türk kanun ve mevzuatına göre çözümleneceği" veya "Türk Medenî Kanununa göre çözümleneceği" şeklindeki kayıt, uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümleneceği şeklinde anlaşılmalıdır.

Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgulandığı gibi:

"Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler. Maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretideki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da göz önüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu

temyiz isteminin de Yargıtay'ca, mahkeme kararları gibi temyizen incelenmesi gerekir..."¹⁰¹

Tahkim akdinde bu şekilde maddi hukuk kurallarının uygulanacağına öngörülmesi halinde, esasa ilişkin temyiz itirazları Yargıtay'da ele alınacaktır.

Bunun dışında, tahkim akdinde herhangi bir belirleme yok ve maddi hukuk kurallarının uygulanacağına ilişkin hüküm de yok ise, hakemler, kendi görüş ve anlayışları çerçevesinde müzakere ve karar oluşturacaklardır. Bu halde Yargıtay'ca işin esasına dair temyiz itirazları dikkate alınmayacaktır.

Hakem kararının maddî hukuk kuralları esas alınarak oluşturulmasını arzu etmeyen tarafın yapacağı iş, tahkim sözleşmesinde ihtilâfın, "hak ve nesafet kuralları" çerçevesinde çözümleneceği şartını koyması olacaktır. Eğer sözleşmede böyle bir kayıt yoksa, hakem kararının Yargıtay'da Türk Maddî Hukuk Kuralları çerçevesinde temyizen incelenmesi mümkündür. Zira, hakemler kendi tercihlerine bırakılmış olan bu hususta (Maddi Hukuk Kuralları veya Adalet ve Nesafet Kuralları'ndan istediklerini tercih edebilmeleri) diledikleri kuralları esas alabileceklerinden dolayı, Yargıtay, Maddi Hukuk Kurallarının uygulandığı hakem kararını, yine Maddi Hukuk Kuralları yönünden incelemeye tabi tutacaktır. Yargıtay incelemesinde de maddî hukuk kurallarının sadece kamu düzenine ilişkin kurullarla sınırlı olmayacağı bilinmelidir.

ADALET VE NESAFET KURALLARI

Taraflar arasındaki tahkim akdinde, uyuşmazlığın maddi hukuk kurallarına göre çözümlenmesi şartı yok ise, hakemler kanundan ziyade adalet ve nesafet esasları dairesinde karar vermeye yetkilidirler. Bunun aksini düşünenler de vardır. Bu görüşe göre, taraflar tahkim sözleşmesinde veya tahkim şartında ihtilâfın "hak ve nesafet ilkeleri" dairesinde karara bağlanacağını açıkça ifade etmemişlerse, Yargıtay incelemesinde hakem kararının Türk maddî hukuk kurallarına aykırılığı ileri sürülebilecek ve Yargıtay'da Türk maddî hukuk

¹⁰¹ 28.1.1994 tarih ve 1994/4-1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

kurallarına (kamu düzenine ilişkin kurallar dahil ve fakat bunlarla sınırlı olmaksızın) aykırılık sebebiyle kararı bozabilecektir.¹⁰²

Biz bu görüşte değiliz. Tahkim sözleşmesinde maddî hukuk kurallarına uyulması öngörülmemişse, ihtilâf hakemlerin hak ve nesafetine göre çözümlenecektir. Zira kural olarak hakemler adalet ve nesafetle hükmederler. Aksi bir düşünce tarafları tahkime değil mahkemeye götürecektir. Zira mahkemeler zorunlu olarak maddî hukuk kurallarını uygulamakla yükümlüdürler. İhtilâflarını tahkime götürenler, başka bir çok yararı olmakla birlikte, maddî hukuk kurallarının ihtilâfın çözümüne uygun düşmemesi sebebiyle tahkime gitmedirler.

Adalet ve nesafet kurallarına göre hüküm vermek, yürürlükteki hukukta uyuşmazlığa uygulanacak kurallar olmasına rağmen hakemlerin, uyuşmazlığı kendi adalet ve nesafet ölçülerine göre çözmeleri anlamına gelir.

Burada hakemlerin ölçüleri ile tarafların iradelerini oluşturan inanç ve anlayışları önem arz etmektedir. Tarafların, hakemlerin adalet ve nesafet ölçülerine itibar ederek, bu şekilde yetki vermeleri halinde mesele yoktur. Açıkça böyle bir yetki verilmiş ise hakemler kendi ölçülerini uygulayacaklardır. Tarafların hakemleri yetkilendirmesinde, hakemlerin inanç ve uygulamaları dolayısıyla böyle bir yetkinin verildiği anlaşılıyorsa yine sorun olmayacaktır. Hakemler kendilerine verilen yetki ve tevdi edilen uyuşmazlık konusunda kendi adalet ve nesafet kurallarını uygulayacaklardır. Fakat burada hakemlerin keyfiliğe kaçmalarının önlenmesi nasıl mümkün olacaktır?

Hakemler her halükarda uyuşmazlık konusunda en azından işin örfüne uygun düşünmek ve karar vermekle yükümlüdürler. Tarafların inanç ve uygulamalarına ters düşmeyen yürürlükteki hukuk kurallarını da değerlendirmek ve gerekirse uygulamakla yükümlüdürler. Zira tarafların inanç ve iradeleri hakemleri yetkili kılmaktadır. Bu iradeye ve inanca ters düşmeyecek kararlar tahkimden beklenen sonucu ve yararı elde edebilir. Bu husus Yargıtay denetimine tabi tutulmasa da, hakemler için vicdani bir sorumluluktur.

¹⁰² Mahmut T. BİRSEL, "TOBB Tahkim Şartnamesi İç Yönetmeliği ve Mevzuat", (Ankara: 1998, TOBB Yayını), s. 17.

HAKEM KARARLARININ TAVZİHİ

Tavzih, lügat anlamı itibariyle bir şeyin izah edilmesi, açıklığa kavuşturulması demektir. HUMK'un 455. Maddesi, hükmün müphem (belirli olmaması) ve açık olmaması (gayrı vazih) veya çelişkili (mütenakız) olması halinde o hükmün açığa kavuşturulması için taraflardan her birinin hükmün açıklığa kavuşturulmasını veya çelişkinin giderilmesini isteyebileceğini belirtmektedir. Usul Kanunumuzda mahkeme kararlarına karşı tanınan tavzih yolunun hakem kararlarına karşı da tanınacağına dair hüküm yoktur.

Yargıtay içtihatlarında hakem kararlarına karşı tavzih yoluna gidilebileceğine karar verilmekte ve uygulama da bu yönde olmaktadır.

HUMK'un 455. Maddesi tavzih, hükmün icrasına kadar yapılabileceğini amirdir. Bu durumda hakem kararına karşı tahkim süresi içinde tavzih talep edilmesi gerekir. Tahkim süresi geçtikten sonra tavzih talebi ancak mahkemeye yapılabilir.

Hakem kararlarının, kararın icrasından önce tavzih edilebilmesi çoğu zaman hakemlerin her hangi bir nedenle hakemlik yetkilerinin ortadan kalkması nedeniyle mümkün olamamaktadır. O halde hakem kararlarının, ilgili mahkemece tavzihinin yapılabilmesine imkan tanıyacak bir düzenleme tahkimden beklenen yararı elde etmeye daha müsait olacaktır.

Hakem kararlarının müphem ve çelişkili olması Yargıtay'ca da bozma sebebi sayıldığından bir çok konuda tavzih alanı daraltılmıştır.

HAKEM KARARLARININ TASDİKİ

Hakem kararlarının yargı kararı olması, bu kararların tasdik edilmesi ile mümkündür. Hakemlerin hâkimlik vasfını haiz olmaması, onların kararlarının bir hâkimin tenfizinden veya tasdikinden geçmesini zorunlu kılmaktadır. HUMK'un 536. Maddesi, hakemlerin verdiği kararın temyiz süresinin geçmesini müteakip hâkim tarafından tasdik olunacağını ve hakem kararlarının ancak bu tasdik ile icra kabiliyeti kazanacağını belirtmektedir. Hakem kararı temyiz edilmiş ise, karar Yargıtay'ın onaması ile kesinlik ve icra kabiliyeti kazanacaktır.

Hakem kararının kısmen bozulması halinde, bozulmayan yani onanan kısmı kesinleşmiş sayılır. Bunun için ayrıca bir tasdik şerhine lüzum yoktur. Bu durumda hâkim, kararın altına kısmî tasdik şerhi koyabilir. Kararın tamamen bozulması halinde karar tasdik edilmez, kararın altına temyiz sonucunun yazılması gerekir.

Hakem kararlarının tasdikine dair hâkim kararı kazaî/yargısal bir tasarruftur. Taraflardan biri veya hakem tarafından hâkimin tasdikine arz edilen hakem kararı, hâkim tarafından kamu düzenine, usule ve şekle uygun bulunduğu takdirde tasdik edilir. Aksi takdirde hâkim tasdik talebini reddeder. Tasdik veya tasdik talebinin reddine ilişkin hâkim kararı temyiz edilebilir.

Hakem kararlarının temyiz süresinin geçmesi ile kesinleşmesi, bu kararlara icra kabiliyeti kazandırmaz. İcra kabiliyeti kazanabilmesi için mutlaka hâkimin tasdik kararı gereklidir.

Yargıtay, kararın tasdik için ibraz edildiği mahkeme hâkiminin hakem dosyasını celbederek kararın taraflara tebliğ edilip edilmediğini, şekle uygun tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığını, kararın usul ve kanunlara uygun olup olmadığını, temyiz müddetinin geçip geçmediğini araştırması gerektiğine hükmetmektedir. Bu içtihadı göre, şekle uygun bir tahkim sözleşmesi mevcut değilse hâkim, hakem kararını tasdik edemeyecektir.

Burada hakem kararının kamu düzenine, usul ve kanun hükümlerine aykırı olması halinde hâkim tarafından tasdik edilememesini tartışmak gerekir.

Kamu düzeni ile ilgili olarak daha önce ifade ettiklerimiz çerçevesinde söylemek gerekirse, hâkim burada bir temyiz mahkemesi gibi hareket edecek ve içtihat oluşturacaktır. Veya daha önce oluşturulmuş fakat belki de toplumun gündeminden çıkmış bir kamu düzeni uygulamasına girişecektir.

Yine hakem kararının, kanunun kamu düzenli olarak kabul etmediği usul kurallarına aykırı olması halinde hâkim, temyiz mahkemesi gibi hareket edecek, tarafların öngörmediği usul kurallarını uygulayabilecektir. Hatta kanuna aykırı gördüğü hususlarda, tahkimin mahiyetine aykırı olarak maddi hukuk kurallarını, tarafların bu yönde aksi iradelerine rağmen uygulayabilecektir.

Halbuki taraflar tahkime gitmekle ve tahkim sonucunda verilen hakem kararını temyiz etmemekle, bu konulardaki itirazlarından yani temyiz nedenlerinden feragat etmiş olmaktadır. Tarafların karardan sonra kararı temyiz etmemeleri veya temyiz nedenlerinden feragat etmeleri yargılamanın taraflara tanıdığı tabii bir sonuç olduğuna göre, hâkime Yargıtay içtihatlarıyla tanınan bu şekildeki tasdik yetkisi hukuka aykırıdır.

Yargıtay dahi, HUMK'un 533. Maddesinde yazılan temyiz sebepleri ile bağlı ve sadece kamu düzeni ölçüsünü uygulayabilirken, hâkime çok geniş takdir yetkisi tanınması doğru değildir. Hatta hâkime – tarafların bu yönde bir itirazları olmadığı halde –, hakem kararının tahkim süresinde verilip verilmediğini araştırmak yetkisi dahi verilemez.

Hakem kararının tasdik edilebilmesi için ortada hukuken geçerli bir kararın bulunması gerektiği açıktır. Hakem kararında bulunması gereken hususların bulunmaması halinde hâkim, kararı tasdik etmeyecektir. Örneğin, kararda hüküm fıkrasının olmaması, imza ve tarih eksikliği hakem kararını geçersiz kılar.

Sonuç olarak, kamu düzenli hükümlerin sınırının içtihatlarla belirlendiği göz önüne alındığında, bu hükümlere sınır koyma imkanı bulunmamaktadır. Bu da tahkimden beklenen yararı çoğu zaman sağlayamamaktadır. Bu nedenle tahkime gidecek taraflar ile hakemlerin, tahkimle ilgili usul ve kanun hükümleri ve uygulama hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmektedir.

HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI

TEMYİZ

Hakem kararlarının icra kabiliyeti kazanabilmesi için ya tarafların kararı temyiz etmemeleri veya Yargıtay'ca onanması gerekir. HUMK, hakem kararlarına karşı iki tür müracaat yolu öngörmektedir. Birincisi Temyiz, İkincisi de Muhakemenin İadesi yoludur. HUMK, hakem kararlarının belli sebeplerle temyiz edilebileceğini açıklamış, fakat temyiz için bir müddet belirlememiştir.

Öte yandan mahkemeye tevdi edilmeyen hakem kararının Yargıtay'ca incelenmesi de mümkün değildir. Zira hakem kararına resmîyet kazandıran, kararın mahkemeye tevdi edilmesidir. O halde, mahkemeye tevdi edilmeden önce yapılan temyiz müracaatı, gerekli usul işlemleri yerine getirilmediği için kabul edilmeyecektir.

Hakem kararının yetkisiz mahkemeye tevdi edilmesi durumunda temyiz müracaatı geçersiz sayılmayacak, öncelikle yetkili mahkemeye gönderilerek yanlışlık düzeltilecek ve temyiz süreci başlayacaktır.

Tarafların, hakem kararlarını temyiz etmeyeceklerine dair anlaşmaları HUMK'un 535. Maddesine göre geçersizdir. Tarafların doğmamış haklarından feragat etmeleri kamu düzenini ilgilendiren hususlardandır.

Temyiz Süresi

Hakem kararlarının temyiz süresi kanunda gösterilmemiştir. Ancak, 536. Maddedeki "... karar temyiz süresi geçince..." ifadesinden, hakem kararlarının da belli bir süreye tabi olarak temyiz edilebileceği anlaşılmaktadır. Hakem kararlarının temyiz süresinde, mahkeme kararları için tanınan süre kıyas yolu ile uygulanmaktadır. Bu süre de miktar ve kıymetine bakılmaksızın 15 gündür.

Taraflar hakem kararını 15 günlük süre içinde temyiz etmezlerse karar kesinleşir ve kararın tevdi edildiği mahkemece karara kesinleşme şerhi verilir. Hakem kararı bu kesinleşme şerhi ile icra kabiliyeti kazanır.

Tahkimin niteliği gereği tahkim süreleri adli tatilde de işler. Bu nedenle temyiz süresinin son günü adli tatile de rastlarsa süre işler, diğer mahkemelerde olduğu gibi adli tatilden sonraki 7 günlük süreden yararlanılamaz.

Temyiz Dilekçesi

Hakem kararlarına karşı Temyiz müracaatı, kararın tevdi edildiği mahkemeye yazılı olarak yapılır. Temyiz dilekçesinde, mahkeme kararlarına karşı temyiz dilekçelerinde bulunması gerekli unsurların bulunması ve ilgili mahkemeye verilmesi gerekir.

Temyiz dilekçesinin tanzim şekline, tamamlayıcı dilekçe verilmesine, mürafaa talebine ilişkin olarak HUMK'un mahkemeler için öngördüğü usuller hakem kararlarında da uygulanır. Mürafaa talebinin on günlük cevap müddeti içinde yapılmamış olması halinde, bu istek bir daha ileri sürülemez.

Hakem kararlarının Yargıtay'da incelenmesi ve karara bağlanması diğer mahkemelerin kararlarında olduğu gibidir. Tarafların duruşma talebi üzerine Yargıtay duruşma yapar, talep yoksa dosya üzerinden müzakere yapar ve karar verir. Duruşma yapılmış ise duruşmayı müteakip dosya müzakere edilir ve hakem kararı onanır veya bozular.

Onama Kararı

Yargıtay, tarafların temyiz dilekçelerinde ve cevap dilekçelerinde gösterdikleri sebeplerle bağlıdır. Kamu düzenini ilgilendiren konularda re'sen karar verir.

Yargıtay'ın vereceği onama veya bozma kararı kesindir ve karar böylece icra kabiliyeti kazanır.

Yargıtay'ın hakem kararlarına karşı verdiği onama veya bozma kararına karşı karar düzeltme talebinde bulunulamaz.(HUMK. 440)

Yargıtay, hakem kararında kanunun uygulanmasında hata yapılmış olduğunu tespit eder fakat yeniden yargılamaya gerek görmezse, kararı düzelterek ve değiştirerek onayabilir.

Yargıtay, kanunun uygulanmasının doğru olduğunu fakat gerekçenin yanlış veya eksik olduğunu tespit ederse, kararın gerekçesini değiştirerek veya düzelterek kararı onayabilir.

Bozma Kararı

Hakem kararı usul hukukundaki aleyhe bozma yasağı nedeniyle temyiz eden aleyhine bozulamaz. Ancak taraflardan her ikisinin de temyiz etmesi halinde aleyhe bozma yasağını uygulayamaz.

Yargıtay, bozma kararının gerekçelerini ve bozmanın kapsamını ilamda göstermek zorundadır. Çünkü bozmadan sonra hakem heyeti, Yargıtay'ın görüşü çerçevesinde yeniden inceleme yapacak ve yeni bir hakem kararı oluşturacaktır. Bozma kararının dışında kalan hususlar usulî müktesep hak oluşturur. Fakat uygulamada Yargıtay buna uymamakta ve bozma dışındaki hususlarda usulî müktesep hak olduğu belirtilmeden bozularak dosya mahkemeye geri gönderilmektedir.

Bozma kararını alan mahkeme uyuşmazlığın artık hakemlerce çözülemeyeceği kanaatine varsa dahi kendisi yargılama yapıp karar veremez. Zira uyuşmazlık mahkemeye tevdi edilmemiş, sadece dosya usulî işlemler için tevdi edilmiştir. HUMK'un 72. Maddesi gereğince mahkemelerin kendilerine tevdi edilmeyen uyuşmazlıklar hakkında karar vermeleri mümkün değildir.

Hakem kararının 533. Maddedeki sebeplerden bozulması halinde 533. Maddenin son fıkrasına göre hakemler yeniden seçilir ve tahkim süresi yeniden işlemeye başlar. Önceki hakemlerin yeniden tayin edilmesi de mümkündür. Fakat eski hakemler yeniden seçilmeden eski görevlerine devam ederek karar veremezler. Hakemlerin yeniden seçilmeleri, onlara yeniden ücret takdirini gerekli kılar. Kararın bozulması yüzünden hakemlere ücret ödememek, onları cezalandırmak olur ki, tahkim süreci içinde veya kararında hata yapmanın müeyyidesi ücret vermemek olamaz. Bu durumda gerekirse hakemlerin hukukî sorumluluk hallerine müracaat edilebilir.

Hakem kararı Yargıtay'ca hangi nedenlerle bozulmuş ise, hakemler bozma ile sınırlı olarak inceleme yapıp karar vermek zorundadırlar. Zira bozma dışında kalan hususlar usulî kazanılmış hak

teşkil eder. Bu hususta herhangi bir karar verilemez. Ancak Yargıtay'ın bozma sebebi hakemin tarafsız olmaması veya ehliyetsizliği ise, yeni seçilen hakemler bozma kararının dışına çıkarak dava konusu uyuşmazlığın tümü üzerinde yeniden inceleme yapıp karar verebilirler.

Yargıtay'ın, hakem kararını, tahkim süresinden sonra verilmiş olması nedeniyle bozması halinde, ortada geçerli bir tahkim yargılaması ve kararı olmadığından, dava artık mahkemelerde görülür. Taraflardan biri Yargıtay bozma kararını öğrendiği tarihten itibaren 10 gün içinde mahkemede dava açmalıdır. Açılacak bu dava, hakemlerde açılmış bulunan davanın devamı sayılır. 10 gün içinde dava açılmadığı takdirde, hakemlerde açılmış olan dava açılmamış sayılır. Bu durumda hakemlerde dava açılmış olması nedeniyle kesilen zamanaşımı hükümsüz hale gelir. Zamanaşımı süresi dolmuş ise 60 günlük ek süre içinde dava mahkemede açılabilir.

TEMYİZ SEBEPLERİ

Kanunî Temyiz Sebepleri

HUMK, hakem kararlarının sadece kanunda gösterilen sebeplerden dolayı bozulabileceğini kabul etmektedir. HUMK'un 533. Maddesinde belirtilen sebepler şunlardır:

1. Tahkim müddetinin sona ermesinden sonra karar verilmiş olması,
2. Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması,
3. Hakemlerin selâhiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri,
4. Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemiş olmaları.

Kanunun bu hükmü, hakem kararlarının ancak kanunda gösterilen sebeplerle bozulabileceğini amirdir. Bu sebeplerin yani, yukarıda sayılı 4 sebebin dışında herhangi bir nedenle hakem kararının Yargıtay'ca bozulabilmesi mümkün değildir. Fakat, İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu 7.11.1991 tarih ve 1991/4163-5339 sayılı kararında bir istisna getirmektedir. Bu da kamu düzenine aykırılık halidir. Söz konusu içtihat şu şekildedir:

“Yasa koyucu hakem kararlarının temyizi ile ilgili olarak özel bir düzenleme getirmiş bulunmaktadır. Bu cümleden olarak HUMK’un 533. Maddesinin 1. Fıkrasında, hakem kararlarının ancak bu maddede sayılan hallerde Yargıtay’ca bozulabileceği belirtilerek, bunlar da dört bent halinde gösterilmiştir. Bu sebeple hakem kararları ancak anılan maddelerdeki hususlardan birinin varlığı halinde bozulabilir. Başka bir deyişle, bu maddede tahdidi şekilde gösterilmiş olan sebepler dışında hakem kararının bozulması mümkün değildir. Ancak, kamu düzenine aykırılık halinde 533. Maddede sayılanlar dışındaki sebeplerle hakem kararı bozulabilir.”¹⁰³

Yargıtay’ın, hakem kararını geçersiz sayması halinde, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi geçerli ise yeniden bir hakem kararı verilerek uyuşmazlık çözülebilir.

Yargıtay, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesinin geçersiz olmasından dolayı hakem kararını bozarsa, artık tahkime gidilemez. Uyuşmazlığın mahkemelerde çözülmesi gerekir. Bu durumda taraflar isterlerse yeniden geçerli bir tahkim sözleşmesi yaparak uyuşmazlığın hakemde çözülmesini sağlayabilirler.

Taraflar, kanunda yazılı sebeplerin dışında da temyiz sebeplerini kabul edebilirler. Bu hususta yapılacak sözleşmeler kamu düzenine aykırılık taşımadığı sürece geçerlidir ve hakemleri ve Yargıtay’ı bağlar.

Tarafların temyiz sebeplerini genişletebilmelerine karşılık, temyiz sebeplerinin daraltılmasına, azaltılmasına yönelik anlaşmaları doğru değildir. Temyizden önce feragati yasaklayan HUMK’un 535. Maddesi, kıyasen temyiz sebeplerinin taraflar arasındaki anlaşma ile daraltılmayacağı şeklinde uygulanabilir. Karardan sonra temyiz sebeplerinin daraltılmasına ilişkin anlaşma geçerlidir.

Kanunun sınırlı olarak saydığı sebepler dışında hakem kararının bozulması mümkün değilse de, yukarıda alıntıladığımız İçtihadı Birleştirme Kararı, kamu düzenine aykırılık halinde kanunda bozma sebebi olarak gösterilmemiş olsa dahi, hakem kararlarının bozulabileceğini göstermektedir. Yani talep olmasa dahi kamu düzenine aykırı hususlarda Yargıtay’ın bozma kararı vermesi gerekir.

¹⁰³ Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 94.

Yargıtay içtihatlarının hukuk oluşturduğu göz önüne alındığında, kamu düzeni kavramının ve kapsamının zamana, şartlara ve ideolojik bakışlara göre değişebilirliği göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle kamu düzenini ilgilendiren hususların ülke ve insan gerçeğine uygun belirlenmesinde yarar vardır kanaatindeyiz.¹⁰⁴

1- Hakemlerin Tahkim Süresinin Sona Ermesinden Sonra Karar Vermeleri

Hakemlerin ilk toplantısında veya tek hakem ise hakemin dava ile ilgili usulî işlemlere başladığı tarihte tahkim süresi başlamış olmaktadır. Tahkim süresi de aksi tahkim sözleşmesinde kararlaştırılmamış ise altı aydır. Bu süre tahkim sözleşmesinde daha kısa tutulabileceği gibi, tahkim sırasında taraflarca veya anlaşamamaları halinde hâkim kararı ile uzatılabilir de.

HUMK'un 533/1. Maddesi tahkim süresinin bitiminden sonra karar verilmiş olmasını bozma sebebi saymaktadır. Yargıtay da tahkim süresini kamu düzeninden saymaktadır. Tahkim süresinden sonra karar verilmiş olması Yargıtay'ca re'sen nazara alınır. Tahkim süresinin sona ermesiyle taraflar arasındaki tahkim şartı da ortadan kalkacağından, hakemlerin yetkisi de sona erer. Bundan sonra uyuşmazlık yetkili mahkemelerde çözülebilir. Bu nedenle tahkim süresi sona erdikten sonra karar verilmiş olması halinde hakem kararı Yargıtay'ca bozulur.

HUMK'un 533/son maddesinde tahkim müddetinin sona ermesinden sonra karar verilmesi halinin dışındaki bozmadan sonra yeni hakem heyetinin tayini öngörülmektedir. Bu maddeden, tahkim süresinin sona ermesinden sonra verilen hakem kararının bu nedenle bozulması halinde yeniden hakem ve tahkim müddeti tayini mümkün değildir. Gerçekten de süresinde karar verilmeyen tahkimde, tarafların tahkime gidiş sebeplerinden birinin ortadan kalkmış olması tahkimi ortadan kaldırmaktadır. Geçerli tahkimin olmadığı yerde hakem kararından bahsetmek mümkün değildir. Artık tarafların yapacağı iki şey vardır. Ya yeni bir tahkim akdi yapıp uyuşmazlığı yeniden hakeme götürecek, ya da mahkemede dava açacaklardır.

¹⁰⁴ Bkz.: "Kamu Düzeni" ile ilgili açıklamalarımız.

Burada önemli bir husus tahkim süresinin geçmesinden sonra verilen hakem kararının temyizi halinde, Yargıtay'ın bu hususu kamu düzeninden sayıp sayamayacağıdır. Tarafların iradeleri bu yönde tezahür etmediği sürece, tahkim süresinin sona ermesinden sonra verilen hakem kararının kamu düzenini ilgilendirmeyeceği kanaatindeyiz. Taraflardan başka hiçbir kimseyi ilgilendirmeyen hususun kamu düzeninden sayılmasının mümkün olamayacağını düşünüyoruz. Taraflar bu hususu temyiz dilekçelerinde ileri sürmemişler ise, iradelerinin, mevcut hakem kararını, süresi geçse bile bu yönü ile kabullendikleri yönünde anlaşılmalıdır. Bu bakımdan Yargıtay'ın süre bitiminden sonra karar verilmiş olması halini re'sen nazara alamaması gerekir.

Nitekim Yargıtay kararlarında, hakemlerin talepten fazlaya karar vermeleri hali kamu düzenli sayılmamış ve tarafların temyiz dilekçelerinde bu hususu ileri sürmemeleri halinde Yargıtay'ın re'sen nazara alamayacağını içtihat edilmiştir. Burada asıl kriter, tarafların iradelerinin tahkim yolu ile öncelikle sulh olmaya yönelmesidir. Hakem kararının süresinde verilir verilmeyen tarafları ilgilendirmiyor veya tahkimin süre geçmiş de olsa sona ermesi tarafların iradelerini oluşturuyorsa bu husus re'sen dikkate alınmamalıdır.

2- Hakemlerin Talep Edilmeyen Bir Şey Hakkında Karar Vermeleri

HUMK'un 533/2. Maddesi, hakemlerin talep edilmeyen bir şey hakkında karar vermiş olmalarını bozma sebebi saymaktadır.

Hakemlerin, tarafların ileri sürdükleri hukukî sebeplerle bağlı olmaması, tarafların talep ettiklerinin fazlasına hüküm verebilecekleri anlamına gelmez. Diğer bir deyişle hakem kararı, talebe uygun şekilde verilmelidir. Hakemlerin yetki ve görevleri tahkim sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Tarafların hakeme verdikleri dava dilekçelerindeki taleplerinden ziyade, tahkim sözleşmesindeki kayıtlar hakemler için bağlayıcıdır. Fakat taraflar tahkim sözleşmesindeki hak ve alacaklarının miktarını karşılıklı anlaşarak değiştirebilirler.

Tahkim sözleşmesindeki şartların dışına çıkarak karar vermek, tahkim sözleşmesini aşmak anlamına geleceğinden, bu halde ortada bir tahkim sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Do-

layısıyla yetki ve görevlerini tahkim sözleşmesinden alan hakemlerin görev ve yetkileri dışına çıktığına hükmedilir.

Bir örnekle açıklamak gerekirse: Bir alacağın tahsili için başvuru- lan tahkimde, sadece alacağın tahsili istenmiş ise, hakemler temerrüt faizine hükmedemezler. Hükmederlerse bu karar Yargıtay'ca bozu- lur. Bu şekildeki bozma kısmî bozma olup, alacağın tahsiline ilişkin karar onanmakla hakem kararı kesinleşir.

Talep edilmeyen bir şey hakkında karar verilmesi halinde Yargı- tay, taraflardan birinin talebi halinde bu hususu inceleyebilecek, talep yoksa re'sen karar veremeyecektir. Zira, talep edilmeyen bir şey hak- kında karar verilmiş olması kamu düzeninden sayılmamaktadır. Ni- tekim Yargıtay, bu hususun kamu düzeninden olmadığını içtihat etmektedir.¹⁰⁵

Hakemlerin talep edilmeyen bir şey hakkında karar vermeleri ne- deniyle hakem kararının Yargıtay'ca bozulması halinde yeni bir hakem heyeti tayin edilir. Yeni heyete altı aylık yeni tahkim süresi tanınır.

3- Hakemlerin Yetkileri Dışında Kalan Bir Meseleye Dair Karar Vermeleri

HUMK'un 533/3. Maddesine göre, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir meselede karar vermeleri bozma sebebidir. Kanunun metnindeki "selahiyet" kavramı doktrinde genel olarak "vazife" anlamında kabul edilmektedir.

Usulüne uygun bir tahkim sözleşmesinin olmaması halinde veri- len hakem kararı bu madde kapsamına girmektedir. Hakemlere yargı yetkisini veren tahkim sözleşmesidir. Geçerli bir tahkim sözleşmesi- nin yokluğu, hakem kararının da yokluğu sonucunu doğurur.

Ayrıca hakemlerin, "uyuşmazlığın maddi hukuk kuralları çerçe- vesinde halledileceği" şeklinde beliren tarafların iradelerine rağmen, uyuşmazlığı maddi hukuk kuralları çerçevesinin dışına çıkarak çözme- leri de bu madde kapsamında değerlendirilir ve bozma sebebi olur. Nitekim Yargıtay'ın örnek 28.1.1994 tarih ve 1993/4- 1994/1 sayılı İçti- hadı Birleştirme Kararında bu husus açığa kavuşturulmuştur:

¹⁰⁵ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, s. 465, 270 nolu Karar.

“... Taraflar uyuşmazlığın çözümü için “Maddi Hukuk kuralları” koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Bunun olağan sonucu olarak hakemlerin maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri halini yetkilerinin aşılması saymak gerekir. Yargıtay’ın bu hali denetlemesi, aynı zamanda taraflar arasındaki hakem sözleşmesinin yerine getirilmesi gerektiği amacına da uygundur. Özellikle hakemlerce İçtihadı Birleştirmenin konusunu oluşturan uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddi hukuk kuralları bir yana bırakılarak karar verilmesi veya bu kurallara aykırı karar oluşturulması da, bir tür yetki dışına çıkılması sayılmalıdır. Hal böyle olunca, hakem sözleşmesi veya şartının taraflarına, bu sözleşme veya şartta öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halini, hakem kararları bakımından bir temyiz nedeni olarak kabul etmek gerekir.”¹⁰⁶

Yukarıdaki İçtihadı Birleştirme kararından, hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir meseleye karar vermelerini, sadece taraflar arasındaki tahkim sözleşmesinin kapsamına girmeyen bir mesele hakkında karar vermek olarak değil, aynı zamanda sözleşmede yetkilendirildikleri sınırları aşarak hüküm vermeleri olarak anlamak gerekmektedir. Tahkim sözleşmesinde tarafların ortak iradeleriyle belirledikleri yetkilerin dışına çıkılması, tahkimin mahiyetine ters düşmektedir ve Yargıtay’ca talep halinde bozulmalıdır.

Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir meseleye karar vermelerinin kamu düzenini ilgilendirip ilgilendirmeyeceği, dolayısıyla Yargıtay tarafından re’sen nazara alınıp alınmayacağı da tartışmalıdır. İki tarafın arzularına tabi olmayan işlerde tahkimi caiz görmeyen HUMK’un 518. Maddesi gereğince, bu hallerde Yargıtay’ın re’sen bozma kararı verebileceğine, tarafların arzularına tabi meselelerde de hakemlerin tahkim sözleşmesi kapsamının dışında karar vermeleri halinin re’sen nazara alınamayacağına dair görüşe¹⁰⁷ katılıyoruz. Çünkü hakemlerin tahkim sözleşmesi dışına taşarak karar vermelerinin kamu düzeni ile ilgisinin olmadığına inanıyoruz. Taraflar hakem kararının bu şekliyle iradelerine uygun olduğunu düşünüyorlarsa tahkimden beklenen yarar sağlanmış olmaktadır.

¹⁰⁶ Bkz.: Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 288.

¹⁰⁷ Rasih YEĞENÇİL, a.g.e., s. 331.

Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan meselelere örnek olarak ayrıca:

- Yargıtay’ın bozma kararından sonra hakemlerin, bozma kapsamına girmeyen diğer bir deyişle onanan hususlarda karar vermeleri,
- Hakemlerin bozma kararına karşı “ısrar” kararı vermeleri,
- Hakemlerin kendi ücretlerini kendilerinin tayin etmiş olmaları
- Kesinleşen hakem kararına aykırı yeni bir karar verilmiş olması,
- Tahkim Sözleşmesinde “kararların oybirliği ile alınacağı” hükmüne rağmen oyçokluğu ile karar verilmiş olması.

Gerçekten de yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, hakemlerin bozma kararından sonra, bozma kapsamına girmeyen hususlarda karar vermeleri, lehine karar verilmiş taraf için oluşan “usulî müktesep hak” ilkesine aykırı düşmektedir. Lehine usulî müktesep hakkı doğan, diğer bir deyişle hakem kararının bozulmayan kısmında lehine hüküm kurulan hususlarda usulî kazanılmış hakkı tasdik edilen taraf aleyhine, sözü edilen hakkı ortadan kaldıracak veya değiştirecek bir hüküm verilemez.

HUMK’ta, hakemlerin “ısrar” kararı verebileceklerine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle hakemlerin Yargıtay bozma kararına karşı direnmeleri söz konusu değildir.

Hakemlerin kendi ücretlerini tayin etmeleri, kendilerine tanınmış yetkilerin dışında bir tasarruf olmaktadır. Hakemlerin kendi ücretlerini tayin edemeyeceklerine dair Yargıtay kararları mevcuttur.

Ancak hakemler kendi ücretlerini kendileri tayin etmeleri kamu düzeninden sayılmadığından, hakem kararının temyizi halinde re’sen dikkate alınmaz. Taraflardan birinin bu durumu temyiz talebinde belirtmesi halinde dikkate alınır.

Hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan meseleye dair karar vermeleri nedeniyle kararın Yargıtay’ca bozulması halinde yeni bir hakem heyeti oluşturulur. Yeni hakem heyetine altı aylık tahkim süresi tanınır.

4- Hakemlerin İki Tarafın İddialarından Her Biri Hakkında Karar Vermemeleri

HUMK'un 530. Maddesinde, hakem kararında uyuşmazlığın neden ibaret olduğunun yazılması hükmünün sonucu olarak, 533/4. Maddesinde de hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermeleri zorunluluğu kuralı getirilmiştir. Aksi hal ise Yargıtay'ca bozma sebebi sayılacaktır.

Taraflar temyiz dilekçelerinde, kendi iddiaları hakkında karar verilmediğini belirtmeleri gerekir. Zira hakemlerin, tarafların iddialarından her biri hakkında karar vermemeleleri kamu düzenini ilgilendiren bir husus değildir ve Yargıtay'ca re'sen nazara alınmayacaktır.

Özellikle tahkime konu olan davada açılmış bulunan karşılık dava hakkında hakemlerin hüküm tesis etmemiş olması halinde karar Yargıtay'ca bozulmaktadır. Böyle bir bozma kısmî bozmadır. Kural olarak, aynı uyuşmazlıktan kaynaklanan karşılık dava da hakemlerin yetkisi dahilindedir ve karşılık dava hakkında da karar vermeleri gerekir.

Uygulamada, karşılık dava için hakem ücreti tayin edilmemiş olması nedeniyle karşılık dava hakkında karar verilmediği görülmektedir. Asıl davanın neticesine tesir edebilecek karşılık dava da, uyuşmazlığın aslı olarak değerlendirilmelidir. Kaldı ki, karşılık dava, davalının dava dilekçesinde ileri sürdüğü hususların aksine, davalının talepleri ve delillerini içermektedir. Asıl davadan ayrılması mümkün olmayan karşılık dava hakkında karar verilmemesi bozma sebebi sayılır.

Yine taraflardan birinin vekalet ücreti talep etmesi halinde, asıl uyuşmazlık hakkında verilen kararlarla birlikte vekalet ücretine ilişkin de karar verilmesi gereklidir. Aksi halde taraflardan birinin talebi hakkında karar verilmemiş olur.

Hakemlerin, her iki tarafın iddialarının her biri hakkında karar vermemeleleri bozma sebebi olmakla birlikte, kararın bozulmasını müteakip yeni bir hakem heyeti oluşturularak yeniden karar verilir. Yeni hakem heyetine de altı aylık tahkim müddeti tanınır.

Tarafların Kararlaştıracağı Diğer Temyiz Sebepleri

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, tarafların kanunda sayılan temyiz sebeplerinin dışında başkaca temyiz sebepleri kararlaştırabileceklerine dair bir hüküm yoktur. HUMK'a mehz Neuchatel Usul Kanununa göre ise bu mümkündür.

Gerçekten de, her türlü usul kuralı ile maddi hukuk kurallarının uygulanıp uygulanmamasına dair iradelerini ortaya koyarak tahkim sözleşmesi yapabilen tarafların, kanunun tanıdığı temyiz nedenlerinin dışında temyiz nedeni belirleyebilmelerine imkan tanıyan bir düzenleme yerinde olurdu. Taraflar HUMK'un 428. Maddesinde mahkemeler için belirlediği temyiz nedenlerini veya sair başka nedenleri temyiz nedeni olarak belirleyebilmelidirler.

Ancak burada unutulmaması gereken husus, tarafların kanunun saydığı temyiz nedenlerinden ve temyizden karar öncesinde feragat edemeyecekleridir. HUMK'un 535. Maddesinde düzenlenen bu feragat yasağı kamu düzeninden sayılmaktadır. Fakat karar verildikten sonra temyizden feragat mümkündür.

Kanaatimizce, tarafların kanunen tanınmış temyiz sebeplerinden veya bizzat temyizden karşılıklı feragat edebilmeleri her safhada mümkün olabilmelidir. Uyuşmazlığın tahkime götürülmesinde taraflar aynı zamanda manevi bir yükümlülük altına da girmektedirler. Bu yükümlülük her iki tarafın da bilgi ve adaletine güvendikleri hakeme uyuşmazlığı götürüp, sonucuna razı olmaları şeklinde tezahür etmektedir. Uyuşmazlığı hakeme götürdükten sonra, hakemin kararına razı olmamak tahkimden beklenen yararı ortadan kaldırmaktadır. Uygulamada da üstün bir hakkı olduğuna inanan tarafın hakem kararını tanımadığı sıkça görülmektedir. Burada ölçü, tarafların iradelerinin ve taleplerinin dikkate alınıp alınmadığı ve de tarafların savunma haklarının tanınıp tanınmadığı olmalıdır. Bu hususların dışında kalan temyiz nedenlerinden, taraflar, başında veya sonunda feragat edebilme hakkına sahip olabilmelidir. Tabii ki bu feragat karşılıklı olmak şartıyla.

Yargıtay'ca Uygulanan Diğer Bozma Nedenleri

Yargıtay muhtelif içtihatlarında temyiz nedenlerini genişletmektedir. HUMK'ta gösterilmemiş olmasına rağmen, kamu düzenine

aykırı sayılan hususlar Yargıtay'ca bozma sebebi sayılmaktadır. Kamu düzenine aykırılığın dayanağı da HUMK'un 518. Maddesi olmaktadır. 518. Madde daha önce de üzerinde durulduğu gibi, yalnız iki tarafın arzularına tabi olmayan konularda tahkimin cereyan etmeyeceği hükmünü getirmektedir. Bu maddenin açık anlamı, tarafların tek başlarına iradelerine tabi olmayan tasarruflarla ilgili tahkim akdinin geçerli olmayacağı hususudur.¹⁰⁸

Yargıtay hakemlerin hiçbir usulî işlem yapmadan karar vermemelerini, davalının savunmasının alınmadan hüküm tesis edilmesini, usul kurallarının belirlendiği bir tutanak tanzim edilmeden tahkime başlanmasını, hakem kararlarının HUMK'un 530. Maddede sayılan hususları içermemesini, hakemlerin kendi ücretlerini kendilerinin tayin etmelerini, hâkim ve savcıların hakem olarak görev almaları ve karar vermelerini, tarafların veya vekillerinin kendi işlerinde hakemlik yapmalarını, kanunda sayılmayan temyiz nedenleri olarak belirlemektedir. Bunlardan bir kısmı da kamu düzenine aykırılıktan kaynaklanan temyiz nedeni olarak belirlenmektedir.

Yargıtay, taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde maddi hukuk kurallarının uygulanmasının öngörülmesi halinde, hakemlerin bu şarta uymaları gerektiğini, bu gerekliliğin, maddi hukuk kurallarının uygulanmasında başta Anayasa olmak üzere, kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretilerdeki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay kararlarının uygulanmasının da göz önüne alınması gerektiğini içtihat etmektedir. Bu içtihadın tabii sonucu olarak da, maddi hukuk kurallarının uygulanacağı bizzat tahkim sözleşmesinden anlaşılıyorsa, maddi hukuka ilişkin tüm kriterler Yargıtay'ca uygulanacaktır. Bu nedenle tahkime gidecek tarafların leh ve aleyhlerine olabilecek hakem kararında, uygulanacak kuralları baştan belirlemelerinde yarar vardır. Her şeyden önce tahkimin serbest iradeye dayanan bir yargı yolu olmasını, aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için yeterli görenlerin bu konuda duyarlı ve bilgili olmaları bir zaruret olmaktadır.

Tahkim sözleşmelerinde, hakemlerin hak ve nesafet kurallarını uygulamaları şartı konulmuş ise, hakemlerin buna aykırı davranarak karar vermeleri halinde Yargıtay, bu durumu bozma sebebi saymakta ve hak ve nesafet kurallarına aykırı kararları bozmaktadır. Hatta uy-

¹⁰⁸ Rasih YEGENİL, a.g.e., s. 164.

gulamada Yargıtay, taraflar arasında hak ve nesafet kurallarına göre hükmedileceğine ilişkin bir sözleşme bulunmamasına rağmen, hakem kararlarını hak ve nesafet kurallarına aykırılıktan bozmaktadır.

Yargıtay, tahkim sözleşmesinin de içinde yer aldığı bir mukavelelenin bir yerinde, uyuşmazlığın Mahkemede çözüleceğini, bir yerinde de tahkimle çözüleceğinin kararlaştırılması halinde, uyuşmazlığın mahkemede çözümlenmesi gerektiğine karar vermektedir. Tahkim konusunun uzmanlarından Doç. Dr. Kemal DAYINLARLI'nın da tespit ettiği gibi¹⁰⁹, tarafların irade serbestisini kısıtlayan bu hüküm hukuka aykırıdır. Yargıtay'ın tahkim yolunu istisnâ bir yol olarak görmesinden kaynaklanan bu hükmünde, tarafların hem mahkeme yolunu hem de tahkim yolunu seçmelerinin kamu düzenine aykırı olduğu vurgulanmakta ve bu hususun re'sen nazara alınacağına hükmedilmektedir.

Söz konusu kararda görevin kamu düzeni ile ilişkisinin kurulmasının hukukî dayanağı yoktur. Taraflar esas mukavelede belirlenenin dışında her zaman için tahkime gidebilirler. Nitekim söz konusu karara dayanak olan uyuşmazlıkla ilgili olarak taraflar tahkime kendi iradeleri ile gitmişler ve hakemler de karar vermişlerdir. Tarafların kendi iradeleri ile gittikleri tahkimde hakem kararı diğer temyiz nedenleri bir tarafa, sırf bu yüzden bozma sebebi yapılamaz. Yargıtay'ın kanunda yazılı bozma sebeplerinin bu kadar dışına çıkması ve kendiliğinden ve de tarafların iradelerine tabi olan bir hususta temyiz nedenlerini genişletmesi, irade serbestisinin kısıtlanması anlamına gelir ki, bu kabul edilemez.

YARGILAMANIN İADESİ (İADE-İ MUHAKEME)

HUMK'un 534. Maddesi, aynı kanunun üçüncü babının üçüncü faslı hükümlerine uygun olarak hakem kararlarına karşı iadei muhakeme talebinde bulunulabileceğini öngörmektedir.

Kanunun, Neuchatel Kanunundan iktibas yapılırken aynen tercüme edilmiş olmasından kaynaklanan hata dolayısıyla esasen ikinci fasıl yerine üçüncü fasıl yazılmıştır.

¹⁰⁹ Bkz.: Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 124.

Devletin tahkimi istisnai bir yargı yolu olarak kabul etmesi ve üvey evlat muamelesi yapmasının bir göstergesi olmak bakımından, madde-deki yanlışlığın bu güne kadar düzeltilmemesi dikkate şayandır.

Kesinleşmiş mahkeme kararlarına karşı iadei muhakeme sebepleri ve şartları HUMK'un 445 ile 455. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. 534. Madde üçüncü babın ikinci faslına atıf yaptığından, hakem kararlarına karşı da 445-455 Maddelerinde belirlenen şartlar dahilinde iadei muhakemeye gidilebilmektedir.

Kesinleşen mahkeme kararlarına karşı iadei muhakeme talebinin, hükmü veren mahkemeye yapılacağı HUMK'un 448. Maddesinde belirtildiği halde, tahkim ile ilgili bölümde hakem kararlarına karşı iadei muhakeme talebinin nereye yapılacağı gösterilmemiştir.

Hakem kararlarına karşı iadei muhakeme talebinin hangi makam tarafından inceleneceği tartışma konusudur. Her ne kadar Yargıtay ve bir kısım hukukçular,¹¹⁰ "talebin öncelikle mahkemeye yapılması, mahkemece yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin tespiti halinde, işin esasının, yani yargılamanın iadesinin hakemler önünde görülmesi gerekir" içtihadında bulunmakta ise de, doktrinde bu görüşün muhalifleri de vardır.¹¹¹

İadei muhakeme talebi sırasında hakemlerin birinin dahi hayatta olmaması veya herhangi bir nedenle hakemlik yapacak durumda olmaması hallerinde gerçekten de yargılamanın yeniden görülmesinin mümkün olamayacağı aşikârdır. Bu nedenle Yargıtay'ın ve bu doğrultuda görüş beyan edenlerin görüşlerine katılıyoruz. Her türlü fiili imkansızlık hallerinde belirsizliği ortadan kaldıracak çözüm, her türlü yargılamanın iadesi taleplerine bakabilecek bir merciin bulunmasıdır. Bu da mahkemelere yetki tanımakla olabilir.

Fakat, hakemlerin hayatta olmaları ve herhangi bir nedenle hakemlik ehliyetlerinin ortadan kalkmamış olması halinde yargılamanın iadesi için hakemlere müracaat edilmesine ilişkin bir düzenlemenin yapılması, tahkimin mahiyetine uygun olur kanaatindeyiz.

¹¹⁰ Bkz.: Rasih YEĞENGİL, a.g.e. s. 347., Kemal DAYINLARLI, a.g.e., s. 135.

¹¹¹ Muhalif görüş için Bkz.: Erol ERTEKİN, İzzet KARATAŞ, a.g.e., s. 330.

Yargılamanın İadesi Sebepleri

HUMK'un 445. Maddesi, yargılamanın iadesi sebeplerini saymıştır. Buna göre yargılamanın iadesi şu sebeplere binaen istenebilir:

– Yargılama sırasında mücbir sebebe veya lehine hükmolunan tarafın fiiline binaen elde edilemeyen bir senet veya vesikanın, hükmün verilmesinden sonra ortaya çıkması,

– Hükme esas alınan senedin sahteliğine karar verilmiş veyahut senedin sahte olduğu mahkeme veya bir resmi makamda ikrar olunmuş veya sahtelik hakkındaki karar hükümden evvel verilmiş olup, yargılamanın iadesini isteyen tarafın bundan hüküm zamanında haberdar olmamış bulunması,

– Hükme delil olarak esas alınan ilamın, sonradan kesin hüküm teşkil edecek şekilde ortadan kaldırılmış olması,

– Şahitliği hükme esas alınan şahidin, hükümden sonra yalan sahadetten mahkum edilmiş olması,

– Bilirkişinin kasten hakikate aykırı beyanda bulunduğu hükmen tahakkuk etmesi,

– Davayı kazanan tarafın yalan yere yemin ettiğini ikrar etmesi veya yazılı bir delil ile ispat edilmiş olması,

– Davayı kazanan tarafından hükme tesir eden bir hile ve hud'anın kullanılmış olması,

– Yargılamanın vekil veya temsilci olmayan kimseler huzurunda görülmüş ve karar verilmiş olması,

– Kanun gereği davaya bakmaktan çekilmeye mecbur olan hakemin huzuru ile yargılama yapılmış ve karar verilmiş olması,

– Tarafları, dava sebebi ve konusu aynı olan bir dava hakkında birbirine aykırı kesinleşmiş iki hükmün bulunması.

Tarafların Dışında Kimler Yargılamanın İadesini İsteyebilir

Kural olarak davada taraf olmayan ya da taraf olanların kanuni veya akdî halefi durumunda bulunmayan kimse yargılamanın iadesini isteyemez. Bunun istisnası HUMK'un 446. Maddesinde düzenlenmiştir.

HUMK'un 446. Maddesine göre alacaklılar veya mirasçılar, borçlularının veya murislerinin aleyhine sadır olan hükümler hakkında, şayet bu hükümler kendilerine karşı davanın tarafları arasında ittifak edilerek yapılmış bir hile sonucu elde edilmişse, yargılamanın iadesini isteyebilirler.

Burada alacaklılar veya mirasçılar, kendileri aleyhine bir sonuç doğuran hükme karşı, bir muvazaa iddiası ileri sürmek istediklerinde bunu yargılamanın iadesi şeklinde talep edebileceklerdir.

Yargılamanın iadesi davası, hükmün icrasını tehir edemez. Dava duruşma yapılarak görülür.

Süre

HUMK'un 447. Maddesi yargılamanın iadesi talebi için gerekli süreleri belirlemiştir. Bu hükme göre yargılamanın iadesi müddeti, 445. Maddede sayılan hususların öğrenildiği tarihten itibaren üç ay, alacaklı veya aleyhine hüküm verilen yerine geçebilecek olanların hükümden haberdar oldukları günden itibaren bir aydır.

Yargılama Süreci

Yargılamanın iadesi davasında, öncelikle yargılamanın iadesi davasının açılabilmesi için gerekli şartlara uyulup uyulmadığı ve davanın süresinde açılıp açılmadığı, sonra talebin haklı olup olmadığı araştırılır. Talep haklı görülmezse reddedilir. Talep yerinde görülürse eski hüküm geçmişe şamil olmak üzere ortadan kaldırılır. Ortadan kaldırılan karar bütün neticeleri ile ortadan kalkmış olur.

Yargılamanın iadesi davasında taraflar iddia ve savunmalarını genişletemezler. Eski iddia ve savunmaları ile bağlıdırlar.

Yargılamanın iadesi üzerine verilen karar aleyhine yargılamanın iadesi talep olunamaz, ancak temyiz edilebilir.

KESİNLEŞEN HAKEM KARARININ SONUÇLARI

Hakem kararları ya tarafların temyiz etmemeleri üzerine kesinleşir ya da temyiz talebinin reddi veya onanması suretiyle kesinleşir. Mahkeme hâkiminin, hakem kararını taraflara tebliğ etmesinden sonra süresi içinde tarafların temyiz etmemesi üzerine, hâkim, kararı tasdik ederek kesinleştirir. Hakem kararı ancak bu şekilde icra kabiliyeti kazanır. Yargıtay'dan geçerek kesinleşen hakem kararlarının icra edilebilmesi için hâkim tasdikine gerek yoktur.

Mahkeme kararları için öngörülen “**Kesin Hüküm**” şartları, hakem kararları için de geçerlidir. Yani kesinleşen hakem kararları da mahkeme kararları gibi tarafları bağlayıcıdır. Tasdik edilen veya Yargıtay'ca onaylanan hakem kararları icra kabiliyeti kazanır ve İcra İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde “**ilamlı takip**” yolu ile takip ve infaz edilir.

TAHKİMİN YARARLARI

Buraya kadar Tahkimle ilgili olarak, gerek tarihi, gerekse muhtelif uygulamaları hakkında bilgi vermeye çalıştık. “Türk Hukukunda Tahkim”e ilişkin açıklamalarımızı pekiştirmek ve konunun işlenmesinde asıl amacımız olan “tahkimin yararlarını”, tekrar mahiyetinde de olsa özetleyerek vermekte yarar ummaktayız. Bir sonraki bölümde incelenecek olan Kurumsal Tahkimin ve Milletlerarası Ticari Tahkimin de gerektiği şekilde anlaşılabilmesi için, tahkimin yararlarını bir kez daha vurgulamak istedik.

Tahkimin yararlarını, onun özelliklerinde bulmak mümkündür: Bu özellikleri başlıklar halinde sıralarsak:

1. Medenî, Barışçıl ve Dostane Çözüm
2. Güvenilir
3. Gizli
4. Süratli
5. Kolay

Dünyanın her yerinde genel yargıya karşı yönelen şikayetler, dava masraf ve ücretlerinin ağırlığı, davaların uzaması ve adaletin geç tecelli etmesi, hakimlerin ehliyetsizliği, usul hükümlerinin karışıklığı gibi belli başlı noktalarda toplanmaktadır. Şikayetlerin her yerde benzer oluşu, bütün devletlerin yargı teşkilatının ve muhakeme usullerinin sabit bir rutin üzerinde kurulmuş olmasından ileri gelmektedir. Fakat unutmamalıyız ki, bu şikayetlerin bir kısmı, adalet dağıtımında, haksızlıkları önlemek ve adaletin tezahürünü sağlamak amacı ile vazolunan hükümlerin yarattığı hallerle ilgilidir. Haksızlığa karşı hakkın teminatını teşkil eden bu hükümler, çoğu zaman haksızlığın oyuncağı ve aleti olmakta ve böylece genel yargıdan şikayetlere yol açmaktadır.¹¹²

Bu nedenle, tahkimin özelliklerini genel mahkeme yolu ile karşılaştırmalı olarak izah etmek, konunun anlaşılmasına daha fazla katkı yapacaktır.

¹¹² Rasih YEĞENİL, a.g.e., s. 97.

1. Medenî, Barışçıl ve Dostane Çözüm

Tahkim yolu, kişiler arasında mevcut ihtilâf nedeniyle bozulan sosyal ilişkilerin yeniden düzelmesine uygun medenî bir yargı yoludur.

Gerçekten de tahkimde taraflar, uyuşmazlıklarını halletmek için, ya baştan, ya da uyuşmazlık çıktığında, sulh olmak amacıyla, sessiz sedasız, aralarında anlaşarak hakem seçmektedirler. Üstelik çoğu zaman hakemleri, maddî hukuk kuralları ile bağlı olmaksızın, adalet ve nesafet ölçüleri dairesinde karar vermek üzere görevlendirirler. Hakemler de bu yüzden, maddî hukuk kurallarına değil, tarafların ve kendilerinin inanç ve örfleriyle bağlı kalarak, tarafların veya bizzat kendilerinin tayin edeceği, basit ve uyuşmazlığın niteliğine uygun kurallar çerçevesinde karar verme imkanına sahiptirler.

Genel yargı yolunda ise hâkimler, maddî hukuk kurallarının tümü ile bağlıdır. Gerek maddî hukuk kurallarının yorumu ve uygulaması, gerekse usul kurallarının teferruatı, ihtilâfların çözümünde tarafların sulh ve barış beklentilerini çoğu zaman boşa çıkarmakta, yargılamanın uzaması ile de taraflar arasında husumet oluşmaktadır.

Tahkim bu yönüyle, katı kurallarla düzenlenmiş genel yargı yolundan daha medenîdir.

Ancak burada tahkimden beklenen yararı engelleyecek durum, hakemlerin taraf vekilleri gibi davranması ve bazı usul kurallarına uyulmaması yüzünden, hakem kararlarının tasdik edilememesidir. Bunu ortadan kaldırmanın yolu da, hakemlerin tarafsızlıkta duyarlı olmaları ve uygulayacakları usul kurallarına bağlı kalmaları olacaktır. Aksi halde hakem kararı usul gereği devlet yargısına intikal ederek Yargıtay'ca bozulacağından, hakem kararından, dolayısıyla tahkimden beklenen yarar sağlanamayacaktır.

2. Güvenilir

Tahkim yolu, taraflar arasındaki uyuşmazlığın, her iki tarafın da tanıdığı ve güvendiği kişi veya kişiler tarafından halledilmesine imkan tanıyan bir çözüm yoludur. Her iki taraf, ya önceden tanıyıp uzmanlığına ve ahlaki yapısına güvendikleri bir veya birkaç kişiyi hakem seçmekte; ya da ihtilâf vukuunda bir araya gelerek birlikte gü-

ven duydukları ve uzmanlığına güvendikleri kişi veya kişileri, aralarındaki ihtilâfın çözümüne hakem tayin etmektedirler.

Genel yargı yolunda ise, taraflar, tanımadıkları ve devlet memuru olmasından başka hiçbir güven duygusu veremeyecek bir hâkim veya hâkim heyetinin yargısını kabul etmek zorundadırlar.

Tahkim usulünde, uyuşmazlığın çözümüne memur edilecek kişilerin, ihtilâf konusunda bilgi sahibi ve alanında uzmanlaşmış kişiler arasından seçilmesi mümkündür. Bu kişiler, tarafların tercihine göre, tüccar, sanayici, mühendis, akademisyen gibi şahıslar arasından tayin edilebilir. Devlet Yargısında ise bu imkan, uyuşmazlığın taraflarına, yeterli ölçüde tanınmamıştır. Tahkimde, taraflar, uzmanlığı olmasa dahi, tamamen ahlakî yapısına güven duydukları bir kişinin hakemliğini de tercih edebilirler.

3. Gizli

Devlet Yargısında yargılama alenidir. Tarafların sırları ve itibarları kamuoyu önüne serilebilmektedir. Bu sırlar, çoğu zaman basın özgürlüğü adı altında medya tarafından veya tarafların ticarî rakipleri veya sair konulardaki hasımları tarafından istismar da edilebilmektedir. Tahkim Yolunun en güzel ve tarafları yıpratmayıcı yanı, gizliliğidir. Tahkim yolunda uyuşmazlık konusu ihtilâf ile, bu ihtilâfın dayanağı olan bilgiler, tarafların dışında sadece hakemlerin elindedir. Hakemlerin de, tarafların güven duydukları insanlardan seçilmiş olmaları veya tahkimde görev alabilmenin gereği, sır saklama esas olduğundan, bu bilgiler üçüncü şahıslara aktarılmamaktadır. Bu da tarafların her türlü menfaatlerine en uygun yoldur.

Tahkimin “gizlilik” yönünün, devletin kanun koyma politikası açısından savunulamayacağı görüşünde olanlar da vardır. Tahkim yargısı ve tahkim kararlarındaki gizliliğin, aynı zamanda devlete karşı da gizliliği içerdiğini; gizliliğin adalet adına bir tehlike teşkil edebileceğinin yanı sıra, ticari müesseselerin mali durumlarının devlete karşı tahkim yolu ile kapatılmasına neden olacağını ileri süren bu görüşe göre, böyle bir gizliliğin hukuk politikası açısından savunulması güçtür.¹¹³

¹¹³ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 25.

Esasen, tahkimi cazip kılan unsurlardan biri de gizliliktir. Bu gizlilik herkese karşı olabileceği gibi, devlete karşı da olabilir. İnsanın her türlü ilişkilerinin yanı sıra, ticari ilişkilerinde de devlete karşı gizliliği kabul etmediğimizde, devletin tüm yasa ve uygulamalarında gerçeği, doğruyu ve hakkaniyeti yakaladığını farzetmek gerekir. Bu kabul ise, eşyanın tabiatına aykırı olduğu gibi, devlet yapısına, devlet yöneticilerinin her türlü fikri ve ideolojik inançları ve uygulamalarının yön verebileceği gerçeğine de aykırıdır.

Bu nedenle tahkimde gizlilik unsurunun, tahkimin bizzat niteliğinden kaynaklandığına ve kamu düzenini ilgilendirmedeği hallerde, tarafların serbest iradelerinin hâkim olması gerektiğine inanmaktayız.

Hakem kararlarının, tarafların rızası dışında yayımlanmamasının gerekçesi de, tahkimin gizli olması ve taraf iradelerinin asıl olmasıdır. Tarafların sosyal ve ticari her türlü sırlarının saklanması, devletin her şeye müdahale hakkına tercih etmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz.

4. Süratli

Tahkim yolunda, hakemler genellikle tek bir uyuşmazlığı çözmek üzere tayin edilirler. Kendilerine tevdi edilen ihtilâflı dosya sayısı çok azdır veya bir tanedir. Dolayısıyla tevdi edilen dosyaya zaman ayırabilir, tüm mesai ve dikkatlerini bu dosya üzerine teksif edebilirler.

Genel Mahkemelerde ise hâkimler, bir adli yıl içerisinde yüzlerce, hatta binlerce dosyayı incelemek ve karar vermek zorundadırlar. Bu derece ağır bir yoğunluk içerisinde hâkimlerin önlerindeki dosyalar üzerinde etraflıca değerlendirme yapmalarının, üstelik uzmanlık isteyen bir çok konuda fikir yürütebilmelerinin ve neticeye varabilmelerinin zorluğu ortadadır. Bu zorluk nedeniyledir ki, mahkemeler, ihtilâfların çözümünde dosyaları bilirkişilere havale etmektedirler. Bilirkişi incelemesi ve rapor verme safhası ise, tahkim yolunun ihtilâfların hallinde öngördüğü 6 aylık bir zamana bile yayılabilmektedir. Tahkim yolunda ise bu süre zarfında, çok önemli bir eksiklik yoksa, dosya incelenir ve karar verilebilir.

Milletlerarası ihtilâfların çözümünde de Tahkim Yolu en ideal çözüm yolu olarak görülmektedir. Bazı ülkelerde genel mahkemelerde kısa sürede netice almak, gerek usul hükümlerindeki prosedürün teferruatı, gerekse mahkemelerin yükünün fazlalığı nedeniyle mümkün olamamaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünün uzaması da, büyük zaman ve finansman kaybına sebebiyet vermektedir. Ayrıca millî mahkemelerin tarafsızlığı konusundaki tereddütler de önemli bir etken olmaktadır.

Genel Mahkemelerde yargılama, gerek tarafların yargılama prosedüründen doğan haklarını sonuna kadar kullanma istekleri, gerekse ihtilâfın ve dolayısıyla yargılamanın uzamasından menfaati olan tarafça yargılamanın uzamasına matuf işlemlere tevessül edilmesi nedeniyle uzamaktadır. Bu etkenlere, Mahkemelere aşırı derecede dava yüklenmesi ilave edildiğinde, davaların yıllarca sürdüğü de bir vakiadır. Ayrıca Mahkeme kararının temyizi safhası da Yargıtay'ın aşırı yüklenmesinden dolayı uzamakta, uyuşmazlıklar babadan oğula tevarüs edebilmektedir.

Tahkimde ise, hakemler, sadece kendilerine tevdi edilmiş, üstelik uzmanlık alanına giren konuyu veya başından beri muttali oldukları bir uyuşmazlığı incelemek ve karar vermekle mükellef olduklarından, çok kısa süre içinde karar verebilme imkanları bulunmaktadır. Ayrıca Tahkimin usul ve esaslarını düzenleyen HUMK'un 529. Maddesi, uyuşmazlığın hakemlerce altı ay zarfında çözümlenmesini hüküm altına almıştır. Bu süre, ancak tarafların rızaları ile veya genel mahkeme hâkiminin kararı ile bir defa ve altı ayı geçmemek üzere uzatılabilir.

5. Kolay

Tahkimin gün geçtikçe daha fazla tercih edilmesinin bir nedeni de genel yargı teşkilatının içinde bulunduğu maddi yetersizliklerdir.

Ülkemizde mahkemelerin durumu içler acısı haldedir. Hâkim ve personel sayısındaki yetersizlikler, yüzlerce dosyanın birkaç kişi tarafından çözümlenmesini gerektirmekte veya çözümlenmesi çok kolay olan bir dava, aylar, belki yıllarca çözümlenmeden durmaktadır.

Adalet mekanizmasının kendisine intikal eden davalara bakmaya yetecek imkanlardan yoksun olması, han odalarından bozma adliye binalarının yetersizliği, hakîm teminindeki güçlükler, devlet yargısının içinde bulunduğu zorlukların sadece bir kısmıdır.

Diğer taraftan her gün onlarca dava ile uğraşan hâkimler çözümlenmesi özel bir uzmanlık gerektiren durumlarda kendilerini geliştirmeye yeterli zaman bulamadıklarından hüküm vermekte zorlanmakta, bilirkişilerce incelenen dosyalar veya meseleler hakkında raporların gelmesi ve incelenmesi zaten yavaş olan muhakeme sürecini daha da uzatmaktadır.

ALTINCI BÖLÜM

KURUMSAL TAHKİM

GENEL BİLGİ
İTO'DA TAHKİM
TOBB'DA TAHKİM

KURUMSAL TAHKİM

GENEL BİLGİ

Kurumsal Tahkim ile ilgili önceki açıklamalarımız hatırlanacak olursa; Kurumsal Tahkimi, "Tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü, tahkimi organize eden bir kurumun kurallarına ve idarî denetimine tabi kıldıkları tahkim türüdür" şeklinde tarif etmiştik.

İlaveten, kurumsal tahkimde, tahkimi organize eden kurumun önceden hazırlanmış bir dizi kurallarının mevcut olduğunu, taraflarca düzenlenmeyen hususlarda tahkimin, tahkim kurumunun kuralları uyarınca düzenleneceğini ifade etmiştik. Kurumsal tahkime müracaat eden taraflar da bu hususları bilerek kurumsal tahkimi tercih etmektedirler.

Kurumsal tahkimde, tahkimi düzenleyen kurum, taraflara ve tahkime ayrıca idarî hizmetler de sunmaktadır. Ancak burada tahkimi organize eden kurumun tahkim yargısında rol aldığı düşünülmemelidir. Kurumun burada sadece tahkimin iyi işleyebilmesi ve tahkime müracaat eden taraflara hizmet verebilmesi için kolaylıklar sunması söz konusudur.

Tahkim yargılamasını ise; kurumun taraflara sunduğu hakem listesinden seçilen hakemler veya tarafların kurumun hakem listesinin dışından seçtikleri ve kurumca onaylanmasından sonra görevlendirilen hakemler görüşüp karara bağlayacaklardır. Tahkim kurumları genellikle, tarafların seçtikleri hakemleri onaylamama yetkisini saklı tutmaktadırlar.

Tarafların kurumsal tahkime başvurabilmelerinin ilk şartı, aralarında akdettikleri ana sözleşmelerine Tahkim Şartı koymuş olmalarıdır. Örneğin: "İşbu Sözleşmeden doğacak ihtilâflar, (İTO veya

TOBB) Tahkim Şartnamesi hükümleri uyarınca tahkim yoluyla halledilir” kaydını koymaları gerekir.

Sözleşmeye tahkim şartı konulmasını müteakip aralarında uyuşmazlık çıktığında, uyuşmazlığı mevcut tahkim kurumlarından birine, şayet kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan tahkim kurumuna götürebilirler. Hatta tahkim şartını içeren kayıta, ihtilâfın tek veya çok hakemle halledileceğinin, tahkim yerinin, tahkim dilinin, ihtilâfa uygulanacak maddi hukuk kurallarının belirtilmesinde de yarar vardır. Aksi halde bu hususlar genel kurallara ve tahkim kurumunun kurallarına göre belirlenecektir.

Tahkim kurumunun tahkimin idarî işlerini organize eden organı (Tahkim Divanı gibi), hakemleri seçerken veya onaylarken, tarafların tabiiyetlerini, ihtilâf konusunu ve hakemlerin taraflarla ilişkilerini dikkate almaktadır. Tahkimden beklenen yararın sağlanabilmesi için, kurumun bu hususta hassas olması gereklidir.

Taraflar her hangi bir kurumun tahkim yargısını kabul ettiklerinde, aynı zamanda o kurumun Tahkim Şartnamesi hükümlerini de kabul etmiş olmaktadır.

Taraflardan birinin aralarındaki tahkim şartına rağmen tahkimi reddetmesi halinde de tahkim icra edilir.

Kurumsal Tahkim ile ilgili bu özet bilgiden sonra sırasıyla İstanbul Ticaret Odası (İTO) ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)’nde tahkim kurumunun nasıl işlediği üzerinde duracağız. İTO’yu öne almamızın nedeni, TOBB’dan çok önce tahkimi kurumsallaştırmış ve TOBB’a göre daha fazla teveccüh edilen bir kurum olmasıdır.

İSTANBUL TİCARET ODASINDA TAHKİM

Güven duyulan bir yargı şekli olması, tahkimi, Türkiye’de de bir çok kuruluşun gündemine sokmuştur. İstanbul Ticaret Odası da, 13 Eylül 1979 tarihinde aldığı bir Meclis kararıyla, evvelce herhangi bir kurala bağlı olmayarak yürütülen tahkim uygulamasını, 5590 sayılı Kanuna dayanarak bir yönetmeliğe bağlamış ve tahkim yargılamasını sistemleştiren düzenlemeler yapmıştır. 5590 sayılı Kanunun, Odaların tahkim faaliyetlerine ilişkin hükümleri, ticarî ve sınaî ihtilâfların Odalar bünyesinde çözülmesinde ticarî ve sınaî hayat için oluşacak yararlar dikkat çekmektedir.

İTO, kanunun verdiği yetkiye dayanarak “İstanbul Ticaret Odası Tahkim - Uzlaştırma - Hakem Bilirkişilik Yönetmeliği” ve bu Yönetmeliğe bağlı olarak “Hakem Listeleri” ve “Ücret Tarifeleri” oluşturmuştur.

İstanbul Ticaret Odasının **Kurumsal Tahkim**’ine başvurabilmek için;

1- Uyuşmazlık ticarî veya sınaî nitelikte olmalıdır.

2- Taraflardan en az birinin İstanbul Ticaret Odası, İstanbul Sınayi Odası veya İstanbul Borsası üyesi olması gerekir. Taraflardan hiçbiri, sayılan bu kuruluşların üyesi değilse İTO’da tahkim müessesesinin işleyebilmesi Yönetim Kurulunun kararına bağlıdır. Yönetim Kurulu gerekçe gösterme durumunda kalmaksızın bu başvuruyu reddedebilmektedir.

3- Taraflar arasındaki sözleşmede İstanbul Ticaret Odasının uyuşmazlığı çözümede yetkili olduğuna dair tahkim şartı bulunmalı veya taraflar bu yetkiyi içeren bir tahkim sözleşmesi yapmış olmalıdır. Ticaret Odası tarafından bastırılan broşürde standart bir model vardır. Bu model izlenebileceği gibi, taraflar serbest bir şekilde “Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar İstanbul Ticaret Odası Tahkim Kurallarına göre çözümlenir” diyerek, bu tahkim sistemini harekete geçirebilirler. Taraflar yapacakları bu sözleşmede hakemlerin sayısını, tahkim yerini vs. belirtebilirler. Bu konulardaki mutabakat açık ve yazılı olmalıdır.

UYUŞMAZLIK ÇIKTIĞINDA

A- Sözleşmede tahkim şartı var veya tahkim sözleşmesi yapılmış ise başvuru harcı İTO veznesine yatırılarak, Tahkim Bürosu'ndan tahkim isteminde bulunulur. Bu istemin ayrıntılı bir dava dilekçesi şeklinde olmasına gerek yoktur. Bu daha sonra yapılması gereken bir husustur.

B- Büro bu istemi karşı tarafa tebliğ ederek beş gün içinde cevap vermesini ister. Taraflar arasında tahkim anlaşması/şartı yoksa diğer taraf uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenip çözümlenmeyeceğini kabul hususunda serbesttir. Bu durumda karşı tarafın kabul beyanı uyuşmazlıkta tahkim kurumunu harekete geçirecektir.

C- Bu aşamada Tahkim bürosu, taraflardan en az birinin İstanbul Ticaret Odası, İstanbul Sanayi Odası veya Ticaret Borsası üyesi olup olmadığını, Tahkim Şartı/Sözleşmesinin varlığını, bu sözleşme baştan yok ise, karşı tarafça tahkim isteminin kabul edilip edilmediğini inceler. Eğer bu şartlar mevcut değilse, o zaman büro, taraflara tahkim sisteminin işlemeyeceğini bildirir. Taraflar aksi kanaatte ise, İstanbul Ticaret Odası Yönetim Kurulu'na itiraz etme hakları vardır. Bu itiraz Yönetim Kurulunca yedi gün içinde karara bağlanır.

D- Tahkim bürosu gerekli şartların varlığı kanaatinde ise, Hakem Heyetinin¹ oluşturulması aşaması başlamış olur. İstanbul Ticaret Odasında hukukçulardan, tacirlerden ve uzmanlardan oluşan üç liste mevcuttur. Büro, hukukçular listesinde sırası gelen hakemi tespit eder; bu hakem de tacirler ve uzmanlar listesinden önüne gelen uyuşmazlığın niteliğini göz önüne alarak diğer hakemleri seçer. Böylece Hakem Heyeti oluşturulmuş olur.

E- Hakem Heyeti oluştuktan sonra durum taraflara bildirilir.

Bu aşamada Hakem Heyetine iletmek üzere dava dilekçesine tahkim anlaşması da eklenerek büroya tevdi edilir. Ayrıca hakem ücretleri ve yargılama giderlerinin % 50'sinin Ticaret Odası veznesine yatırılarak makbuzun büroya verilmesi bu aşamada olur.

F- Dava dilekçesi büroya verildikten sonra büro bir suretini karşı tarafa tebliğ eder ve on (10) gün içinde karşı tarafın cevap vermesi

¹ "Hakem Mahkemesi" terimi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığının 12.7.1991 tarih ve 24598 sayılı yazısı ile "Hakem Heyeti" şeklinde değiştirilmiş olduğundan, değiştirilmiş şekli ile yazılmıştır.

istenir. Bu aşamada replik-düplik (karşılıklı cevap teatisi) başlamıştır ve süreler beşer gündür.

YARGILAMA

Karşılıklı dilekçelerden sonra Hakem Heyeti uyuşmazlığı ele alma durumuna gelmiştir.

Tahkim yeri İTO odalarından biridir ve tahkim dili Türkçe'dir. Yargılama gizli olarak yapılır. Taraflar tabiatıyla bizzat veya vekilleri/avukatları vasıtasıyla veya temsilcileri, genel müdürleri, danışmanları, koordinatörleri vasıtasıyla burada temsil edilirler. Duruma göre taraflar teknik elemanlarını da getirerek onların bu yargılamada iddiaları ve savunmaları bakımından dinlenmesini de talep edebilirler.

Tarafların sözlü olarak dinlenmesi sırasında icap ederse keşif ve bilirkişi incelemesine karar verilebilir.

Hakem Heyeti önünde tarafların sulh, kabul ve feragat edebilme hakları vardır. Tarafların bu iradeleri zapta geçirilmek suretiyle dava sonuca bağlanır.

İlk toplantıdan itibaren **altı ay içinde** uyuşmazlığın görülerek çözümlenmesi gereklidir. Bu süre içinde durum aydınlanmış olursa hakemler müzakereye çekilirler. Müzakere gizlidir.

Müzakere sonucunda verilen karar mahkemeye gönderilmek üzere büroya tevdi edilir. Hakem kararları mahkeme kararlarının içeriği gibidir. Bir çeşit yalınlaştırılmış mahkeme kararına benzemektedir.

Karar yetkili mahkemeye gittikten sonra mahkeme bu kararı taraflara tebliğ eder, kararın tebliğinden sonra taraflar bu kararla ilgili olarak Yargıtay'a başvurabilirler. Temyiz nedenleri genel mahkeme kararlarına nazaran daha dar tutulmuş olmakla birlikte İTO'da tahkim yolu, Yargıtay'ın denetiminden uzak değildir.

Tüm bu aşamalardan sonra Hakem Heyeti kararı kesinleşir ve icra kabiliyeti kazanır.

Hakem kararlarının icrası devlet yargısının cebri icra organları tarafından yerine getirilecektir.

İTO TAHKİM - UZLAŞTIRMA - HAKEM BİLİRKİŞİLİK YÖNETMELİĞİ

(Oda Meclisi 13.09.1979/15 sayılı Kararı)

I. GENEL HÜKÜMLER

Madde-1. İstanbul Ticaret Odası nezdinde, 5590 sayılı Kanunun 5/r-3 maddesine dayanılarak ticari ve sınai anlaşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim usullerine göre sona erdirilmesi amacı ile bu Yönetmelik hükümleri uyarınca, Uzlaştırma, Tahkim ve Hakem Bilirkişilik olmak üzere üç müessese kurulmuştur.

Madde-2. Bu hizmetten yararlanmak için, taraflardan hiç olmazsa birinin İstanbul Ticaret Odası veya İstanbul Sanayi Odası yahut İstanbul Ticaret Borsası veyahut İstanbul ve Marmara Bölgesi Deniz Ticaret Odası üyesi olması şarttır. (Oda Meclisinin 12.12.1985/30 sayılı kararı ile değişik)

Bu şartın gerçekleşmediği durumlarda, hizmetlerin sunulması Oda Yönetim Kurulunun iznine bağlıdır. İzin verilmemesi halinde, gerekçe açıklanmaz.

Madde-3. İşbu Yönetmelikle öngörülen usuller birbirinden tamamen bağımsızdır. Tahkim yoluna müracaat için önceden uzlaştırmaya başvurmak gerekmeceği gibi uzlaştırmaya müracaat da, bunun sonuçsuz kalması halinde tahkim yoluna başvurulacağı hususunda bir anlaşmayı ifade etmez.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşması uzlaştırma yoluna başvurmaya engel olmaz.

Madde-4. Uzlaştırıcı, hakem ve hakem bilirkişiler Oda Meclisi tarafından saptanır. Bunlar arasında yeter sayıda hukukçular, mali konular uzmanları ve Oda Meclisince kişilikleri veya uzmanlıkları bakımından yararlı görülecek kişiler bulundurulur.

Uzlaştırıcı, hakem ve hakem bilirkişilerin adları bir liste halinde Oda tarafından ilan edilir. Bu listenin ne şekilde oluşturulacağı özel bir yönetmelikle düzenlenir. (Oda Meclisinin 14.02.1985/16 sayılı kararı ile değişik)

Madde-5. Oda nezdinde işbu yönetmelik hükümlerinde öngörülen hizmetlerin yerine getirilmesi için bir Tahkim Bürosu kurulur.

Tahkim Bürosunun teşkilatı Oda Personel Yönetmeliği ile düzenlenir.

II. UZLAŞTIRMA

Madde-6. Uzlaştırma usulünün başlaması için tarafların veya taraflardan birinin İstanbul Ticaret Odası Tahkim Bürosuna dilekçe ile müracaatta bulunması ve masraf tarifesindeki kayıt ücretinin ödenmesi gerekir.

Taraflardan sadece biri uzlaştırma yoluna müracaat etmişse, dilekçesine uzlaştırma istediği taraf sayısı kadar suret ekler.

Uzlaşmanın sağlanması için anlaşmazlık konusu gereken ölçüde açıklanmalı ve ilgili belgeler dilekçeye eklenmelidir.

Madde-7. Taraflardan sadece biri uzlaştırma yoluna başvurmuşsa Büro diğer tarafa veya taraflara dilekçenin bir suretini tebliğ eder ve tebellüğ tarihinden itibaren 5 iş günü içinde:

Uzlaştırma usulünün uygulanmasını kabul ettiğini,

Konu ile ilgili açıklamaları ve görüşünü,

İstanbul Ticaret Odasının uzlaştırmaya ilişkin masraf tarifesine uymayı taahhüt ettiğini,

yazılı olarak beyan etmesini ve bu yazıya uzlaştırmaya yardımcı olacak bütün belgeleri eklemesini bildirir.

Diğer taraf, uzlaştırmayı reddeder veya yukarıdaki şartları yerine getirmese, Büroca uzlaştırmaya müracaat eden tarafa uzlaştırma usulünün yürütülemeyeceği bildirilir.

Taraflar uzlaştırma usulünden her zaman vazgeçebilirler.

Madde-8. 7. Maddedeki şartlar yerine getirilince Büro dosyayı bu Yönetmeliğin 4. Maddesindeki listeden seçeceği üç uzlaştırıcı adayını Oda Yönetim Kuruluna sunar.

Yönetim Kurulunun bu adaylar arasından seçeceği uzlaştırıcı, taraflara iadeli taahhütlü mektupla tebliğ edilir ve itirazları varsa tebellüğ tarihinden itibaren 5 iş günü içinde bildirmeleri istenir.

Taraflar 4. Maddedeki listedeki bir kişi üzerinde kendileri anlaşarlarsa, uzlaştırıcı bu şahıs olur.

Tarafların liste dışında bir kişinin uzlaştırıcılığı üzerinde anlaşmaları halinde bu kişinin uzlaştırıcılık yapması Oda Yönetim Kurulunun kabulüne bağlıdır. Red halinde gerekçe açıklanmaz.

2. Fıkra hükmüne göre seçilen uzlaştırıcıya itiraz edilmesi halinde, aynı usul ile seçilecek diğer bir uzlaştırıcı taraflara bildirilir. Bu uzlaştırıcıya da itiraz edilir ve taraflar üzerinde mutabık kaldıkları bir kişiyi bildirmezlerse, uzlaştırma prosedürü düşer. Uzlaştırmanın bu şekilde sonuçsuz kalması, o anlaşmazlık için yeniden uzlaştırma yoluna başvurmaya engel değildir.

Madde-9. Uzlaştırıcının faaliyete başlamasından önce, uzlaştırma için tarifede öngörülen ücret ve masrafların tamamının ödenmesi gerekir.

Bu meblağ en geç uzlaştırıcının taraflarca kabulünden itibaren 5 iş günü içinde Oda Veznesine yatırılmazsa uzlaştırmadan vazgeçilmiş sayılır.

Madde-10. Uzlaştırıcı, tarafların görüşlerini dosya üzerinden inceleyebilir. Tarafları dinleyebileceği gibi, gerekli gördüğü noktalarda yazılı açıklamalarda bulunmalarını ve başka belgeler vermelerini de isteyebilir.

Uzlaştırıcı, uzlaşma için gerekli olabilecek başkaca girişimlerde de bulunabilir.

Madde-11. Uzlaştırıcı, uzlaşma taslağını 9. Maddedeki yükümlülüğün yerine getirilmesinden itibaren bir ay içinde tamamlar. Yönetim Kurulu bu süreyi uzlaştırıcının talebi üzerine uzatabilir. Ancak uzlaştırma süresi 3 ayı geçemez. Uzlaştırıcının hazırladığı uzlaşma metni, bizzat uzlaştırıcı tarafından veya Büroca taraflara yazılı olarak imza mukabilinde ya da iadeli taahhütlü olarak tebliğ edilir.

Uzlaştırma metninin bir sureti Tahkim Bürosunda muhafaza edilir.

Taraflar uzlaşma metnini imzalamak veya beyanda bulunmak şartıyla kabul ederler.

Taraflar uzlaşma taslağını kabul etmezlerse uzlaştırıcının görevi sona erer.

Madde-12. Uzlaştırma usulünün devamı sırasında tarafların yaptıkları beyanlar veya teklifler sonradan hakem veya Devlet Mahkemeleri önünde görülebilecek davalarda kullanılamaz.

III. TAHKİM YARGILAMASI

Madde-13. Anlaşmazlığın tahkim usulü ile çözümlenmesi, tarafların HUMK 516 ve 517. Maddeler hükümlerine uygun olarak anlaşmaları ile mümkündür.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşmasında anlaşmazlığın İstanbul Ticaret Odası nezdindeki tahkim yolu ile çözümleneceği hususu açık olarak yer almak gerekir.

Tahkim usulüne başvurmak için tarifedeki başvurma harcının Oda Veznesine ödenmesi şarttır. Başvuru harcının ödenmesini takiben tahkim başvurusu karşı tarafa bildirilir. Bu bildirimle ilgili olarak 5 iş günü içerisinde Tahkim Bürosuna başvurulabilir. Tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının olmadığı durumlarda; taraflardan biri Tahkim Bürosuna müracaat ederek, diğer tarafa anlaşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi için bildirim yapılmasını yazılı olarak isteyebilir.

Tahkim Bürosu, istemin bir suretini diğer tarafa (ve taraflara) imza mukabili tevdi ya da iadeli taahhütlü olarak tebliğ eder ve anlaşmazlığın tahkim yoluyla halli kabul ediliyor ise bu hususun 5 iş günü içinde Tahkim Bürosuna yazılı olarak bildirilmesini ister. Diğer tarafın kabulünü yazı ile bildirmesi üzerine tahkim usulü başlar.

Madde-14. Tahkim anlaşmasında bu Yönetmelik hükümleri ile bağdaşmayan hususlar mevcut ise Büro, taraflara gerekçeli olarak Oda'nın tahkim yargılamasını uygulamayacağını bildirir. Bu bildirim, imza mukabilinde ya da iadeli taahhütlü mektupla olur. Tarafların, Oda'nın tahkim yargılamasını kabul ettiklerini yazı ile bildirmeleri, Yönetmelik hükümlerine de uymayı kabul ettikleri anlamını taşır.

Madde-15. Tahkim usulüne başvurma anında dava açılmış sayılır.

Madde-16. Tahkim usulünün yürütülmesi için bu Yönetmeliğin 2. ve 14. Maddelerinde öngörülmüş olan şartların gerçekleşmiş olduğuna Tahkim Bürosunun karar vermesi lazımdır.

Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi halinde Tahkim Bürosu, Hakem Heyetinin kurulması için gerekli işlemleri yapar. Aksi halde şartların gerçekleşmemiş olduğu yolundaki kararını taraflara imza mukabili tevdi ya da iadeli taahhütlü olarak tebliğ eder.

Bu karara karşı tebellüğ tarihinden itibaren 5 iş günü içinde Yönetim Kuruluna itiraz edilebilir. Yönetim Kurulu itirazdan itibaren 7 iş günü içinde kararını verir.

(Oda Meclisinin 9.7.1998/36 sayılı kararı ile değişik)

Madde-17. Hakem Heyeti kural olarak üç hakemden oluşur.

Bu Yönetmeliğin 4. Maddesinde sözü geçen Listedeki birinci hakem listesinde sırası gelen hakem, biri tacirler biri de uzmanlar listesinden olmak üzere iki hakem seçer.

Taraflar anlaşarak Hakem Heyetinin diğer iki hakemini veya bütün hakemleri kendileri tayin edebilirler. Bu halde hakemlerden birinin bu Yönetmeliğin 4. Maddesindeki listeden seçilmesi gerekir.

Tarafların anlaşmaları halinde Birinci Hakem Listesinde sırası gelen hakem veya taraflarca 4. Maddedeki listeden seçilecek hakem, anlaşmazlığı tek hakem olarak halledebilir.

Taraflarca adı geçen liste dışından seçilen hakemlerin vazife görmeleri Oda Meclisinin onayına bağlıdır.

Hakem Heyetinin üç hakemden oluşması halinde, Birinci Hakem Listesinden bir hakem mevcut ise o hakem, hakemlerden sadece birisi bu Yönetmeliğin 4. Maddesinde yer alan listeden seçilmişse o hakem, diğer hallerde hakemlerin seçeceği hakem mahkeme başkanı olur.

(Oda Meclisinin 9.7.1998/36 sayılı kararı ile değişik)

Madde-18. Hakem Heyetinin kurulmasından sonra hakemlerin isimleri taraflara imza mukabili bildirilir ya da iadeli taahhütlü olarak tevdi edilir.

Hakemlerin reddi hususunda HUMK'un 521. Maddesi hükümleri uygulanır.

Hakem Heyetinin kuruluşundan sonra red, ölüm, ehliyet kaybı, çekilme gibi sebeplerle, bir veya daha fazla hakemin görevlerini

yapamayacak duruma gelmeleri halinde, Hakem Heyeti 17. Madde hükmüne uygun olarak tamamlanır.

Madde-19. Hakem Heyetinin teşekkülünden sonra davacı dava dilekçesini tahkim Bürosuna tevdi eder.

Dava dilekçesi:

Tarafların isim ve ikametgahlarını,

Tahkim anlaşmasını,

Maddi vakıaları ve hukukî sebepleri,

Davacının netice-i talebini

ihtiva eder.

Davacı ayrıca Yargılama Giderleri ve Hakem Ücretleri Yönetmeliği hükümlerine göre Tahkim Bürosuca hesaplanacak giderlerin ve hakem ücretinin %50'sini Oda Veznesine yatırır.

Madde-20. Hakem Heyeti dava dilekçesini imza mukabilinde veya iadeli taahhütlü olarak davalıya veya davalılara tebliğ ederek cevap için münasip bir süre tayin eder.

Bu süre tebliğ tarihinden itibaren 10 iş gününü geçemez.

(Oda Meclisinin 9.7.1998/36 sayılı kararı ile değişik)

Madde-21. Cevap layihasında davalı,

Davacı tarafından ileri sürülen vakıalar ve hukukî sebep hakkındaki cevaplarını,

Açık olarak savunmasını, bildirir.

Davalı cevap layihasına bütün savunma delillerini ekler. Taraflar ikinci layihalarını, cevap layihası ve davacının ikinci layihasının tebliğinden itibaren 5 iş günü içinde vermek zorundadırlar. Bu süre Hakem Heyetince 10 iş gününe kadar uzatılabilir.

Yukarıda belirtilenler dışında layiha verilmesi Hakem Heyeti kararıyla olur. Taraflardan birinin böyle bir layihası kabul edilince diğer tarafa da layiha verme imkanı tanınır. Süre açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

Taraflar dava dilekçesi ve cevap layihası dışında verecekleri layihalarına bunlara ilişkin bütün delillerini eklerler.

Davalı tahkim anlaşması kapsamına giren karşı davasını cevap süresi içinde Tahkim Bürosuna bildirmelidir. Davacı karşı davaya cevabını 2. Layihasında bildirir. Karşı dava açıldığı takdirde bu dava için de Hakem Ücretleri ve Yargılama Giderleri Yönetmeliği uygulanır.

Süresinde verilmeyen layihalar ancak tarafların anlaşması şartı ile dikkate alınabilir.

Madde-22. Tahkim anlaşmasında aksi kararlaştırılmış olmadıkça hakemler hakkaniyete göre hüküm verebilirler.

Taraflar, Hakem Heyetinin Türk Kanunlarına veya bir yabancı kanuna göre karar vermesi hususunda anlaşabilirler.

Madde-23. Yargılama Türkçe olarak yürütülür. Hakem Heyeti özel durumlarda yargılamanın yabancı bir dille yürütülmesine karar verebilir.

Madde-24. Hakem Heyetinin toplantı yeri İTO'nun bulunduğu yerdir.

Hakem Heyeti önündeki yargılama gizlidir. Yargılama tarafların anlaşması ve Hakem Heyetinin kararı ile aleni olarak yürütülebilir.

Madde-25. Hakem Heyeti önünde uygulanacak usul kuralları HUMK'un emredici hükümlerine aykırı olmadıkça tarafların anlaşması suretiyle tespit edilebilir.

Taraflar tespit etmedikçe ve bu Yönetmelikte düzenlenmiş olmadıkça uygulanacak usul kuralları Hakem Heyetince saptanır.

Madde-26. Hakem Heyeti, tarafların ileri sürdüğü maddi vakıalar ve deliller dışında, anlaşmazlığın çözümüne yararlı olacak başkaca maddi vakıaların ve delillerin tamamlanması için her türlü girişimi yapabilir.

Taraflar mahkemeye bu girişimlerde yardımcı olmakla yükümlüdürler. Taraflara mahkemece istenen deliller için 5 iş gününü geçmemek üzere bir süre verilir. Bu süre içinde delillerini ibraz etmeyen taraf kaçınmış sayılır ve bu konudaki kaçınma tutanağa geçirilir.

Hakem Heyeti keşfe karar verebilir ve bilirkişiye müracaat edebilir.

HUMK'un 526. Maddesi tahkim yargılamasında da uygulanır.

Madde-27. Hakem Heyeti taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen duruşma yapılmasına karar verebilir. Duruşma günü taraflara bildirilir.

Madde-28. Taraflar duruşmada bizzat bulunabilecekleri gibi kendilerini temsil de ettirebilirler. Tarafın, Hakem Heyeti önünde temsilinde HUMK ve Avukatlık Kanunu hükümleri uygulanır.

Taraflardan her biri kendi teknik elemanlarının anlaşmazlık ile ilgili açıklamalarda bulunmasını talep edebilirler. Tarafların bu taleplerini ve ilgili kişileri delillerin ibrazı safhasında belirtmeleri gerekir. Bu kişilerin dinlenmesi Hakem Heyetinin kararına bağlıdır.

Madde-29. Hakem Heyeti önündeki feragat, kabul ve sulh beyanları bütünü ile tutanağa geçirilir. Tutanak, taraflar ve hakemler tarafından imzalanır.

Duruşmada taraflara sorular sorulabilir. Taraflar da Mahkeme vasıtası ile diğer tarafın kendi sorularına cevap vermesini talep edebilirler.

Taraflardan birinin tebliğe rağmen bulunmaması duruşmanın yapılmasını engellemez. Ancak gelmeyen taraf duruşma tutanağını alabilir. İki tarafın da bulunmaması halinde Hakem Heyeti, 5 gün içinde dosya üzerinden karar verebilir veya yeni bir duruşma günü tayin ve tebliğ ettirebilir.

Madde-30. Tahkim süresi hususunda HUMK'un 529. Madde hükmü uygulanır.

Tek hakem bulunması halinde, sürenin başlangıcı hakemin işe başladığı tarihtir.

Madde-31. Taraflar yazılı biçimde anlaşmak suretiyle devam etmekte olan yargılamayı sona erdirebilirler. Yargılamanın bu yolla sona erdirilmesi halinde Hakem Ücretleri ve Yargılama Giderleri Yönetmeliğine göre yargılama giderlerinin ve hakem ücretlerinin ödenmesi gerekir.

Madde-32. Giderlerin ve hakem ücretlerinin bakiye %50'sinin davalı tarafından veya davalı ödemediği takdirde davacı tarafından Oda veznesine ödenmiş olması şartıyla, Hakem Heyeti meselenin yeteri kadar açıklığa kavuştuğu ve taraflara iddia ve savunmaları için yeteri kadar imkan verildiği kanaatine varırsa kararın müzakeresine geçer.

Müzakere ve oylama gizlidir.

Müzakere bütün hakemlerin katılımı ile yapılır.

Hakem Heyeti oyçokluğu ile karar verir.

Oylama en genç olan hakemden başlar. Başkan son olarak oy verir.

Kararın müzakeresinden ve oylamadan sonra kararın yazılması için Mahkeme Tahkim bürosunu görevlendirebilir.
(Oda Meclisinin 9.7.1998/36 sayılı kararı ile değişik)

Madde-33. Hakem Heyeti hükmü HUMK'un 530. Maddesinde tespit edilen hususları ihtiva eder.

Ücret ve giderleri ödenmiş olmak şartıyla, tarafların talepleri üzerine hükmün bir sureti kendilerine verilir.

Madde-34. Hakem kararlarının mahkemeye tevdi, tasdiki ve icrası hususunda HUMK hükümleri uygulanır.

Hakem hükmünün bir nüshası Tahkim Bürosunca saklanır.

Hakem hükümleri, tarafların isimleri belirtilmeksizin İTO Yönetim Kurulu kararı ile yayınlanabilir.

IV. HAKEM BİLİRKİŞİLİK

Madde-35. Taraflar yazılı olarak anlaşmak şartıyla İTO'nun Hakem Bilirkişiliğine başvurabilirler.

Hangi hususun Hakem Bilirkişilerin kararı ile tespit edilmek istendiği açıkça belirtilmelidir.

Madde-36. Yukarıdaki maddedeki başvuru üzerine Oda Yönetim Kurulu, 4. Maddedeki listeden bir Hakem Bilirkişi seçer.

Taraflar da adı geçen listeden anlaşmak suretiyle Hakem Bilirkişiyi seçebilirler.

Taraflar üç hakem bilirkişi de isteyebilirler.

Seçilen Hakem Bilirkişinin adı taraflara imza mukabilinde ya da iadeli taahhütlü olarak bildirilir.

Hakem Bilirkişinin reddi hususunda da bu Yönetmeliğin 18/2. Maddesi hükmü uygulanır.

Bu Yönetmeliğin 18/III. Maddesi hükmü, Hakem Bilirkişilikte de kıyasen uygulanır.

Madde-37. Hakem Bilirkişi olarak vazife görmüş olan kişi, o anlaşmazlıkta hakem olamaz.

Madde-38. Hakem Bilirkişi dosya üzerinden karar verir. Gerekli gördüğü takdirde tarafları da dinler. Taraflar hakem bilirkişiye kararına dayanak olacak olan bütün hususları tespit edeceği süre içinde bildirirler ve varsa deliller tevdi ederler.

Hakem bilirkişi talep üzerine veya re'sen keşif yapmaya da karar verebilir. Bu takdirde bunun için gerekli giderin peşin ödenmesi gerekir.

Madde-39. Hakem bilirkişi kararını seçildiğinden itibaren 3 ay içinde verir.

Madde-40. Hakem bilirkişi kararında, karara bağlanması talep edilen konuyu, gerekçeleri ve kararını açıkça belirtir. Karar imzalanarak tebliğ edilmek üzere Tahkim Bürosuna tevdi edilir.

Birden fazla hakem bilirkişi bulunması halinde bu Yönetmeliğin 32. Maddesi hükmü kıyasen uygulanır.

Madde-41. İş bu Yönetmeliğin tahkim yargılamasına ilişkin hükümleri hakem bilirkişilik hakkında da uygun olduğu ölçüde uygulanır.

Madde-42. Ücret ve giderler hususunda Hakem Ücretleri ve Yargılama Giderleri Yönetmeliği hükümleri uygulanır.

İTO TAHKİM - UZLAŞTIRMA - HAKEM BİLİRKİŞİLİK GİDER VE ÜCRET YÖNETMELİĞİ

(Oda Meclisinin 13.09.1979/15 sayılı kararı)

Madde-1. Uzlaştırma Kayıt ücreti 1.000.000.-TL, tahkime başvurma harcı 2.000.000.-TL.dir.

Hakem bilirkişiye başvurma halinde de 5.000.000.-TL başvurma harcı alınır. (Oda Meclisinin 21.12.1997/29 sayılı kararı ile değişik)

Madde-2. Tahkim yargılaması ve uzlaştırma faaliyeti için giderler çekişme konusunun değerine göre alınır. Buna göre:

<u>Çekişme Konusu Değeri (TL)</u>		<u>Giderler</u>
1	100.000.000	1.000.000 TL
100.000.001	500.000.000	4.000.000 TL
500.000.001	1.000.000.000	6.000.000 TL
1.000.000.001	2.500.000.000	8.000.000 TL
2.500.000.001	ve yukarısı	10.000.000 TL

gider ödenir. (Oda Meclisinin 14.12.1997/29 kararı ile değişik)

Hakemler veya uzlaştırıcıların seyahat etmeleri ve ekspertiz gerektiği hallerde bunlara ilişkin giderler ve HUMK'un 527. Maddesindeki durumlarda gerekecek giderler ayrıca ve talep eden tarafça ödenir.

Tahkim giderlerinin taraflara paylaşılması genel hükümlere göre yapılır ve hakem hükmünde gösterilir.

Uzlaştırma giderleri ve uzlaştırıcı ücreti taraflarca eşit miktarlarda ödenir.

Madde-3. Hakem bilirkişiye müracaat edilmişse, bu faaliyete ilişkin giderler Hakem Bürosunca belgelere dayanmak suretiyle tayin edilir. Müracaat edenin, bu giderleri Büronun her tespitinden sonra peşin ödenmesi gerekir.

Büro, Hakem Bilirkişiliğe başvuru sırasında giderler için bir avans da alabilir. Giderlerin alınan avanstaki az olmaması halinde artan miktar iade edilir.

Madde-4. Her hakem için çekişme konusunun değerine göre ücret tespit edilir. Buna göre her hakem için:

<u>Çekişme Konusu Değeri</u>		<u>Ücret (% olarak)</u>
360.000.000	TL'ye kadar	5 (asgari 18.000.000.-TL)
360.000.001	1.800.000.000	3
1.800.000.001	7.200.000.000	2
7.200.000.001	36.000.000.000	0.6
36.000.000.001	ve sonrası için	0.3

nispetinde hakem ücreti ödenir. Ancak hakem ücreti (her hakem için) brüt 400.000.000.-TL'yı aşamaz.

Ücretlerin miktarını saptamak için çekişme konusu değerini birbirini izleyen dilimlerine yukarıda gösterilen oranlar uygulanır ve bu suretle bulunan rakamlar toplanır.

Uzlaştırıcı ücreti yukarıdaki yüzdelerle göre bulunacak ücret miktarının dörtte biridir. (Yönetim kurulunun 25.12.1997/5 sayılı kararı ile değişik)

Madde-5. Hakem bilirkişi ücreti için işin niteliği, inceleme mahalli, inceleme konusunun değeri, inceleme süresi ve diğer hususları dikkate alarak İstanbul için:

7.500.000.-TL - 39.000.000.-TL

İstanbul İli sınırları dışında:

12.000.000.-TL - 57.000.000.-TL'ya kadar olmak üzere Yönetim Kurulunca saptanır.

Tespit edilen ücret peşin ödenir. (Oda Meclisinin 25.12.1997/5 sayılı kararı ile değişik)

Madde-6. Tahkim yargılaması sırasında feragat, kabul ve sulh halinde bu Yönetmelikte öngörülen giderlerin ve ücretlerin 1/2'si ödenir.

Madde-7. Bu Yönetmelikte yer alan uzlaştırma kayıt ücreti tahkim ve hakem bilirkişiye başvurma ücretleri ile giderler karşılığı olarak alınan hizmet ücretleri her yıl Oda Meclisi'nce ve asgari miktarları

İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE TAHKİM

Yönetim Kurulunca saptanır. Ocak ayı içinde Oda tarafından ilan edilir.

(Oda Meclisinin 09.02.1995/40 sayılı kararı ile değişik)

Madde-8. Tahkim yargılamasına veya uzlaştırmaya başvurulduğu andaki gider ve ücret nispetleri uygulanır. Sonradan bu nispetlerde meydana gelen değişiklikler derdest işleri etkilemez.

(Oda Meclisi'nin 09.02.1995/40 sayılı kararı ile değişik)

**İTO TAHKİM - UZLAŞTIRMA - HAKEM - BİLİRKİŞİ
LİSTELERİNİN DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN YÖNETMELİK**

Madde-1. İTO Tahkim - Uzlaştırma - Hakem Bilirkişilik Yönetmeliğinin 4. Maddesi gereğince Oda Yönetim Kurulunun teklifi üzerine genel organ seçimlerini müteakip teşekkül eden Oda Meclisi'nce Hakem - Uzlaştırıcı - Hakem Bilirkişi Listesi tespit ve ilan edilir.

Yeni listelerin tespit ve ilanı yapılmıncaya kadar eski listeler geçerlidir.

Hakemler, Uzlaştırıcılar, Hakem Bilirkişiler, Hakem Bilirkişilik Yönetmeliğindeki usullere göre bu listeden seçilir.

(Oda Meclisinin 14.02.1985/16 sayılı kararı ile değişik)

Madde-2. Hukukçular, mali konular uzmanları ve diğer uzmanlardan oluşacak bu genel liste "**Birinci Hakem Listesi**", ikinci liste "**Uzmanlar Listesi**", üçüncü liste "**Tacirler Listesi**"dir.

Madde-3. Birinci hakem ve tacirler listeleri, otuzbiri asil ve otuzbiri yedek olmak üzere, altmışikişer, uzmanlar listesi ise, her meslek grubunu kapsamak üzere her alan için ikisi asil, ikisi yedek dörder isimden oluşur. İhtiyaç halinde meslek grupları dışında uzmanlık alanları listeye ilave edilebilir.

Listelerin oluşturulması, Hakem Bürosunun hazırlayacağı yeterli sayıda aday arasından Yönetim Kurulu tarafından birinci fıkra uyarınca seçilecek Meclise sunulan isimlerin Meclis tarafından tasdiki ile tamamlanır.

Bir devre içinde aslı listelerden eksilme olduğu takdirde sonuna eklenir. (Oda Meclisinin 11.04.1985/19 sayılı kararı ile değişik)

Madde-4. Odanın seçimle kurulan teşkilat ile idari teşkilatında görev alanlar, bu görevlerinin devamı süresince hakem listelerine alınamazlar.

Madde-5. Oda Meclisi tarafından seçilen kişilere Meclisin kararı iadeli taahhütlü mektupla bildirilir. Seçilen hakem bildiriminden itibaren 10 iş günü içinde yazılı olarak veya Büro nezdinde tutanağı imzalamak suretiyle seçimi kabul eder.

Aksi takdirde reddetmiş sayılır.

**İTO TAHKİM MÜESSESESİNİN TAHKİM
KARARLARINDAN YAYINLANMIŞ BİR ÖRNEK**

Konu: Davacı tarafından verilen 7.9.1982 günlü dilekçe üzerine kurulan hakem kurulumuz nezdinde yine davacının verdiği 22.4.1983 tarihli dava dilekçesine göre davalı ile yapılan 22.9.1980 günlü prefabrik (domontabl) tip: B 52. 60 m²'lik portatif inşaat anlaşmasına göre davalıya verilen 225.750 liranın işin sürüncemede bırakılıp yapılmaması nedeniyle kanuni faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar istenmiş, konunun evvelce İstanbul Ticaret Mahkemesi'ne götürüldüğü ancak anlaşmaya göre hakem kurulumuza tevdi, böylece halli gerektiği nedeniyle görevsizlik kararı verildiği söylenmiş, dilekçeye gerek tip sözleşme gerek İstanbul Ticaret Mahkemesi kararı ve ayrıca taraflar arasındaki karşılıklı çekilen ihtarlar, davacının tutturmuş olduğu 13.10.1980 tarihli zabıt Belediyeye yapmış olduğu 1.9.1980 tarihli başvuru örneği eklenmiştir.

Davalı tarafından 3.3.1983 günü verilen cevap ile buna bağlı Ticaret Mahkemesi yazısı ve davacının 273.000.-TL tutarında yedi adet emre muharrer senedini geri aldığına dair 22.12.1981 günlü yazı örneği, yine davalı tarafından verilen 25.4.1982 günlü yazı ile eki olan fotoğraf fotokopileri, nakliyyeye ait gider makbuzu fotokopisi düzenleme şeklinde alınan ifade zabıt varakası örneği, prefabrik inşaatın iki adet broşürü ibraz ve iras edilerek;

Davacının mukavelede yazılı ve özellikleri tespit edilen prefabrik inşaatın ilk seçilen yerin poliçe inşaatına müsaade olunmadığı davacı tarafından bilhassa okul bahçesinde gösterilen yerde temel kazılmasına müsaade ettiği halde ertesi günü buradaki inşaata da kolluk kuvvetlerince engel olunması nedeniyle burada da inşaatın gerçekleştirilemediği, buna rağmen gerek temel açılması için gerekse temel kısmı için yeteri malzemenin inşaat sahasına götürüldüğü, işe başlanmasının davacı tarafca engellendiği, oysa anlaşmanın (işyeri teslimi) bölümünde bu hallerde doğacak sorumluluk ve mali külfetin davacıya ait olacağı nedeniyle alınan paranın harcanmış olması düşünülerek tamamen kendi ihtiyarları ile ve iyi niyetle iade ettikleri bonolardan gayri iadesi gerekecek hiçbir cihet olmadığından davanın reddine karar verilmesi müdafaa olunmuştur.

Hüküm

Yukarıda arz edilen nedenlerle akdin bidayetinde davacının davalıya ödediği 225.750.-TL'dan 75.000.-TL'sının davalı tarafından alınarak 150.750.-TL'sının davacıya ödenmesine, fazla iddianın reddine,

2 Ekim 1980 tarihinde çekilen ihtarla davacı bu parayı istemiş olmakla kanuni %10 faizin bu tarihten itibaren yürütülmesine,

Tarafların haklı ve haksız çıktıkları miktarlar nazara alınarak hakem kurulumuz için harcanmış olan (26.500.-TL)nün 2/3'ü davalıya, 1/3'ü davacı uhdesinde bırakılmak suretiyle taraflara aidiyetine oybirliği ile 7.6.1983 Salı günü karar verildi.

TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİNDE TAHKİM

TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ TAHKİM ŞARTNAMESİ²

Amaç

Madde-1. Amaç Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği'nce gerek Türk firmalarının kendi aralarında, gerek Türk firmaları ile yabancı firmalar arasında, gerekse yabancı firmaların kendi aralarında ticarî ve sınaî alanda meydana gelen anlaşmazlıklara bu Tahkim Şartnamesi hükümleri çerçevesinde tahkim yoluyla çözüm bulunmasını sağlamaktır.

Tanımlar

Madde-2. Bu Tahkim Şartnamesinde; Türkiye, Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği "BİRLİK", Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Tahkim Şartnamesi; "ŞARTNAME", TOBB Tahkim Divanı, "DİVAN" olarak ifade edilmiştir.

Tahkim Divanı

Madde-3. Tahkim Divanı, birinci maddede belirtilen firmalar arasında başgösterecek ticarî ve sınaî alandaki anlaşmazlıkların hakem marifetiyle çözümünü sağlamak üzere Birlik nezdinde bu tahkim şartnamesindeki esaslara göre oluşturulan kuruldur.

Tahkim Divanı ve Tahkim Komitesinin Teşekkülü

Madde-4. Tahkim Divanı, 2'si danışman üye olmak üzere 7 kişiden oluşur. Danışman üyeler, Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığı tarafından teklif edilen tahkim hukuku konusunda bilgi ve tecrübe sahibi asgarî 4 hukukçu aday arasından birer üye Birlik Yönetim Kurulunca seçilir.

Gerek danışman üyelerin, gerek diğer üyelerin birer de yedeği aynı şekilde seçilir. Üyeler 4 yıllık bir süre için seçilirler. Bu süre dolmadan ölüm, istifa ve diğer sebeplerle ayrılan üyelerin yerine kendi yedeği iki hafta içinde Divan Başkanınca göreve çağrılır.

² TOBB TAHKİM ŞARTNAMESİ İÇ YÖNETMELİĞİ VE MEVZUAT, (Ankara: 1996).
Not: TOBB Tahkim Şartnamesi ve Yönetmeliğindeki maddeler açık olduğundan TOBB'da tahkime ilişkin açıklamaya gerek görülmemiştir.

Divan toplantısında biri başkan, biri danışman üyeden olmak üzere, iki başkan vekili ile bir divan katibi seçerek kendi arasında iş bölümü yapar.

Ayrıca Divan, kendi arasından biri divan katibi olmak üzere seçeceği iki üye ile danışman başkan vekilinin başkanlığında bir de Tahkim Komitesi oluşturulur.

Tahkim Divanının Görevleri

Madde-5. Bu şartname kapsamında Tahkim Divanı aşağıdaki görevleri yapar:

İş bu Şartnamede belirtilen esaslar dahilinde tahkim prosedürünü başlatmak ve sona erdirmek,

Türk firmaların kendi aralarında veya Türk firmalarla yabancı firmalar arasında yahut yabancı firmaların kendi aralarında gerek sınaî, gerek ticarî ilişkileri dolayısıyla çıkan anlaşmazlıkları kesin olarak çözüme bağlamak üzere hakemleri tespit ve tayin etmek,

Tayin edilen hakemlerin çekilme ve red taleplerini karara bağlamak, çekilen veya reddedilen hakemlerin yerine yenisini tayin etmek,

Hakemlerin tayin, çekilme ve reddiyle ilgili diğer karar ve tedbirleri almak,

Taraflarca tayin edilmediği takdirde, tahkim yerini belirlemek,

Milletlerarası tayin edilmediği takdirde, tahkim yerini belirlemek,

Milletlerarası Ticaret Odası kurallarına göre düzenlenmiş görev belgesini, tayin ettiği hakemlere verilmesini sağlamak,

Taraflardan birinin görev belgesini imzalamaktan kaçınması halinde, tahkim prosedürünün başlayacağı zamanı belirlemek,

Anlaşmazlığın başlangıçta öngörülen, gerektiğinde uzatılan süre içinde hakemler tarafından sonuçlandırılmasını sağlamak,

Hakem kararlarını inceleyerek onaylamak,

Tahkim masraflarını, hakem ücretlerini ve avans miktarlarını belirlemek,

Tahkim Komitesinin görevine girmeyen veya bu Komite tarafından sunulan meseleleri karara bağlamak,

İş bu Şartname ile verilen diğer görev ve işleri yapmak.

Tahkim Komitesinin Görevleri

Madde-6. Tahkim Komitesinin görevleri, TOBB Tahkim divanı Çalışma Esasları İç Yönetmeliğinde belirlenir.

Komitenin aldığı kararlar, müteakip Divan toplantısına sunulur.

Divan ve Tahkim Komitesinin Toplantıları

Madde-7. Divan kaideten ayda bir, Tahkim Komitesi ise ayda iki defa toplanır. Ancak Tahkim Komitesi gerektiğinde ayda ikiden fazla da toplantı yapabilir. Toplantılar kaideten Birlik merkezinde yapılır. Ancak Divanca ve Tahkim Komitesince uygun görüldüğü takdirde başka yerlerde de toplantı yapılabilir.

Sekreteryaya Hizmetleri

Madde-8. Divanın ve Tahkim Komitesinin sekreteryaya hizmetleri, Birlik Hukuk Müşavirliğince yürütülür.

Madde-9. Divan ve Tahkim Komitesinde kararlar oyçokluğu ile alınır. Eşitlik halinde başkanın oyuna üstünlük tanınır.

Madde-10. Divanın çalışma usullerini gösterir bir iç yönetmelik, Tahkim Divanınca hazırlanır, Birlik Yönetim Kurulu kararı ile yürürlüğe girer.

Madde-11. Önceden belirlenecek konularda Divan adına ivedi karar almak yetkisi, Divanın bir sonraki toplantısında tasvibe sunulmak kaydıyla, Divan Başkanına veya başkan vekiline verilebilir.

Hakemlerin Seçimi

Madde-12. Divan tarafların kısmen veya tamamen aksini öngörmemiş olmaları şartıyla, bu Şartname hükümlerine göre hakemleri tayin eder veya taraflarca seçilmiş olan hakemleri onaylar.

Divan, hakemleri tayin eder ve onaylarken, hakemlerin ve tarafların tabiiyetini, anlaşmazlıklarını, ait oldukları ülkeleri veya ikamet ettikleri yerleri, hakemlerin taraflara olan yakınlık derecelerini dikkate alır.

Madde-13. Anlaşmazlık ya tek ya da üç hakem tarafından çözülür.

Madde-14. Taraflar, anlaşmazlığın tek hakem ile çözüme kavuşturulması hususunda karara vardıklarında, tek hakemi beraberce seçerler ve Divanın onayına sunarlar.

Tahkim talebinin diğer tarafa tebliğinden itibaren 30 gün içinde taraflar aralarında tek hakemin seçimi ile ilgili bir anlaşmaya varamazlarsa, hakemi Divan seçer.

Madde-15. Taraflarca, üç hakem öngörülmesi halinde taraflardan her biri, tahkim talebinde ve ona verilen cevapta tarafsız bir hakem seçer ve Divanın onayına sunar. Taraflardan biri çekimser kalırsa, onun yerine hakemi Divan tayin eder.

Taraflar seçtikleri hakemlerin belli bir süre içinde üçüncü hakemi seçmelerini öngörmüş iseler, bu süre içinde üçüncü hakemin seçilmesi gerekir.

Üçüncü hakemi, tarafların seçtikleri hakemlerin seçmesi halinde, Divan bu seçim işlemi onaylar. Eğer taraflarca tespit edilen veya Divanca verilen en fazla 7 günlük süre içinde tarafların seçtikleri hakemler üçüncü hakemin seçiminde anlaşamazlarsa üçüncü hakemi Divan seçer.

Üçüncü hakem, Hakem Heyetine başkanlık eder.

Madde-16. Taraflar hakemlerin sayısı hakkında mutabakata varamamışlarsa, anlaşmazlık konusu meblağ veya davanın niteliği üç hakemin tayinini gerekli kılmadığı takdirde Divan, tek bir hakem tayin eder.

Madde-17. Tek hakem veya Hakem Heyeti Başkanının seçimi Divana ait olduğu hallerde, seçim divanca gerçekleştirilir. Türk firma ile yabancı firma arasındaki anlaşmazlıklarda, tek hakem veya Hakem Heyeti başkanı, tarafların tabiiyetinde oldukları ülkeler dışında bir ülkeden seçilir; ancak tarafların mutabakatı halinde, tarafların tabiiyetinde oldukları ülkelerden de hakem seçilebilir.

Madde-18. Taraflardan biri hakemi reddederse, nihaî kesin kararı, gerekçesi kendi takdirine bağlı olmak üzere Divan verir.

Tahkim Talebi

Madde-19. Birlik'in tahkimine müracaat etmek isteyen herhangi bir taraf, talebini doğrudan doğruya Divan Başkanlığına yapar.

Madde-20. Talep şu hususları kapsar:

Tarafların ticaret unvanı, adı, soyadı, tabiiyetleri, sıfat ve adresleri, Davacının iddialarının açıklanması, delil teşkil eden bilgiler ve belgeler,

Hakemlerin seçimi ve sayısı ile ilgili her türlü bilgiler.

Madde-21. Divan Başkanlığı cevap için talebin bir örneğini ve ekli belgeleri davalı tarafa tebliğ eder.

Tahkim Talebine Cevap

Madde-22. Davalı taraf, tebligatı alışından itibaren en çok 30 gün içinde , hakemlerin sayısı ve seçimi hakkında yapılan önerilere karşılık vermeli, hakemini tayin etmeli ve savunmasını delilleriyle birlikte açıklamalıdır.

Davalı taraf, gerekirse savunmasını ve delillerini açıklamak için Divan Başkanlığından sürenin en çok 30 gün daha uzatılmasını isteyebilir. Ancak süre uzatım talebinde bulunurken hakemlerin seçimi ve sayısı hakkında beyanda bulunmak zorundadır.

Madde 23. Cevabın ve ekli belgelerin örneği, davacı tarafa tebliğ edilir.

Mukabil Dava

Madde-24. Mukabil dava açmak isteyen davalı taraf, davanın kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içinde Divan başkanlığına bu hususu bildirmelidir.

Madde-25. Davacı taraf, mukabil davanın tebliğinden itibaren 30 gün içinde cevap dilekçesi verebilir.

Dilekçeler, Ekleri ve Tebligat

Madde-26. Tarafların sundukları dilekçeler ve ekleri; ilgili taraf sayısından başka, her hakem için bir, bir adet de Divan Başkanlığı için olmak üzere hazırlanmalıdır.

Divan Başkanlığının ve hakemin yaptığı her tebligat veya yazışma, imza karşılığı veya tarafların adresine yahut bilinen son adresine taahhütlü mektupla gönderilir. Usulüne uygun gönderilip ilgili tarafça veya temsilcisi tarafından alınmış tebligat ve yazışmalar, tebliğ edilmiş sayılır.

Tahkim Şartnamesinin Hükümleri

Madde-27. Taraflar, Birlik'in hakemliğine başvurmak üzere anlaşmışlarsa, aynı zamanda bu Şartname hükümlerini de aynen kabul etmiş olurlar.

Madde-28. Taraflardan biri tahkim yoluna başvurmayı reddederse, bu redde rağmen tahkim icra edilir. İlk itirazlar hakem tarafından karara bağlanır.

Tahkim Giderleri İçin Peşin Ödemeler

Madde-29. Divan, tahkim taleplerinin gerektirdiği giderleri karşılayacak miktarda bedeli tespit eder. Bu miktar BİRLİK veznesine veya Birlikçe belirlenecek banka hesabına yatırılır.

Esas talepten başka bir veya birkaç mukabil dava açıldığı takdirde, Divan her biri için ödenecek bedeli tespit eder.

Madde-30. Bu ödemeler taraflarca eşit olarak yapılır. Taraflardan biri ödemeyi yapmazsa, bu bedelin tamamı diğer tarafça ödenir.

Ödeme yapılmadıkça, Hakem Heyetinin veya hakemin yetki belgesinin geçerliliği yoktur ve dava açılmış sayılmaz.

Madde-31. Divan Başkanlığı, tarafların cevap ve ekleri tamamlanınca, en geç 10 gün içinde dosyayı hakeme tevdi eder.

Tahkim Yeri Tayini

Madde-32. Taraflar aralarında kararlaştırmamışlarsa, tahkim yerini Divan belirler.

Görev Belgesi

Madde-33. Hakem, davaya başlamadan önce belgelere dayanarak veya tarafların huzurunda, görevini belirleyen bir belge hazırlar. Bu belge aşağıdaki hususları kapsar;

Tarafların adları, soyadları, tabiiyetleri, sıfatları,

Tahkim süresinde geçerli sayılacak adresleri,

Tarafların iddialarının özeti,

Çözüme kavuşturulacak anlaşmazlık konuları,

Hakemin adı, soyadı, tabiiyeti, adresi,

Tahkimin nerede yapılacağı,

Usule ilişkin kurallarla ilgili açıklama,

Hakem ve Tahkim Divanı tarafından yararlı bulunan veya kararın kanuni müeyyideye sahip olabilmesi için gerekli diğer kayıtlar.

Madde-34. Görev belgesi, taraflar ve hakem tarafından hazırlanır ve dosyanın hakeme tevdiinden itibaren 2 ay içinde Tahkim Divanına verilir.

Madde-35. Türk firma ile yabancı firma veya yabancı firmaların kendi aralarındaki anlaşmazlıklara da, taraflar uygulanacak maddî hukuku belirlememişlerse, hakem uygulanacağı hukuku seçmekte serbesttir.

Madde-36. Hakem, taraflar arasındaki akit hükümlerini ve ticarî teamülleri nazara almak zorundadır.

Tahkimin İcrası

Madde-37. Hakem, uygun vasıtalara başvurarak en kısa zamanda soruşturmayı yürütür. Taraflar isterse, hakem tarafları dinler; buna re'sen de karar verebilir. Gerekirse tarafların önünde veya gıyaplarında başka şahısları da dinleyebilir.

Madde-38. Hakem bir veya birden fazla bilirkişi tayin edebilir, görevlerini belirler, raporlarını kabul eder.

Madde-39. Hakem, tarafların talebi halinde dosya üzerinden karar verebilir.

Madde-40. Hakem, taraflardan birinin talebi veya re'sen, belirlenmiş gün ve yerde tarafları dinleyebilir. Taraflardan biri usulüne uygun tebligata rağmen gelmezse, görevini yürütür ve duruşma yapılmış sayılır.

Madde-41. Hakem, tahkim sırasında kullanılacak dili belirler.

Duruşmalar 3. Kişilere kapalı olarak icra edilir.

Madde-42. Taraflar duruşmada bizzat bulunurlar veya yetkili vekilleri vasıtasıyla temsil edilirler. Beraberinde Divana önceden bildirmek şartıyla danışmanları bulunabilir.

Madde-43. Taraflar Madde 33'deki görev belgesiyle belirlenen hudutları aşmamak kaydıyla hakemin önünde yeni talep ve mukabil taleplerde bulunabilirler.

Madde-44. Dosyanın hakeme tevdiinden sonra taraflar sulh yoluyla anlaşılırsa, bu durum bir hakem kararıyla tespit edilir.

Madde-45. Hakem, 6 ay içinde kararını verir. Bu süre görev belgesinin hakem tarafından imza edildiği günden itibaren işlemeye başlar.

Madde-46. Altı aylık süre, tarafların yazılı muvafakatları ile veya mahkeme reisinin veya hâkimin kararıyla uzatılabilir.

Madde-47. Üç hakem tayin edildiği hallerde karar çoğunlukla, çoğunluk sağlanamadığı takdirde Hakem Heyeti başkanı tarafından verilir.

Madde-48. Taraflar TOBB Tahkim Divanına müracaat etmekle, verilecek hakem kararını derhal icra etmeyi ve HUMK 533. Maddesinde öngörülen şartlar dışında temyiz yoluna başvurmamayı kabul etmiş olurlar.

Madde-49. Hakemin kesin kararında esas ile birlikte tahkim giderleri de hükme bağlanır. Buna göre, giderlerin hangi tarafça ödeneceği veya hangi oranda bölüşüleceği tespit edilir.

Madde-50. Tahkim giderlerine, hakemin ücreti, idarî giderler, bilirkişi ücreti ve diğer giderler dahildir.

Kararın Onayı

Madde-51. Divan anlaşmazlıkları çözerek bizzat karara bağlamaz. Divan, hakemin karar verme yetkisine riayetle yükümlüdür.

Hakem kararını yazılı olarak verir ve imzalayarak dosya ile birlikte Divana sunar. Divan kendisine sunulan dosyayı inceler, usul yönünden eksiklikler bulunduğu takdirde tamamlanması için hake-me iade eder. Dosyada eksiklik bulunmadığı veya bulunup da tamamlandığı takdirde, Divan kararı onaylar. Divanca onaylanmayan karar hiçbir hukukî sonuç doğurmaz.

Madde-52. Karar alındıktan sonra, taraflarca veya bir tarafça, Birlik vезnesinde veya Birlikçe belirlenen bankaya bütün tahkim giderleri ödendikten sonra, Divan Başkanlığı hakem tarafından imzalanmış metni taraflara tebliğ eder.

Madde-54. Bu Şartnameye uygun olarak verilmiş kararların aslı Divan başkanlığına teslim edilir.

Sorumluluktan Beraat

Madde-55. Divan ve Divan üyeleri, Birlik ve Birlik çalışanları, tahkim prosedürü ile ilgili işlemlerdeki fiil ve ihmalleri dolayısıyla, hiç kimseye karşı sorumlu değildirler.

TOBB TAHKİM DİVANI ÇALIŞMA ESASLARI İÇ YÖNETMELİĞİ³

Amaç

Madde-1. Bu iç yönetmeliğin amacı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 27.2.1990 gün, 11310 sayılı yazılılarıyla onaylanmış "TOBB Tahkim Şartnamesi"nin 10. Maddesi gereğince, TOBB Tahkim Divanı'nın çalışma, toplantı, TOBB ile ilişkilerindeki usul ve esasları düzenlemektedir.

Tanımlar

Madde-2. Bu İç Yönetmelikte geçen;

- a) TOBB, Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliğini,
- b) Yönetim Kurulu, TOBB Yönetim Kurulunu,
- c) Divan, TOBB Tahkim Divanını,
- d) Komite, TOBB Tahkim Komitesini,
- e) Şartname, TOBB Tahkim Şartnamesini,
- f) Sekreteryaya, TOBB Hukuk Müşavirliğini ifade eder.

Tahkim Divanı

Madde-3. Divan, Türk gerçek ve tüzel kişilerinin kendi aralarında veya bunlar ile yabancı gerçek ve tüzel kişiler arasında ya da doğrudan doğruya yabancı gerçek ve tüzel kişilerin kendi aralarında olmak üzere ticarî ve sınai faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların hakem vasıtasıyla çözümünü sağlamak üzere TOBB nezdinde oluşturulan kuruldur.

Madde-4. Divan, ikisi danışman üye olmak üzere yedi kişiden oluşur. Danışman üyeler TOBB Yönetim Kurulu Başkanının, diğer üyeler ise TOBB nezdindeki konseylerin her birinin önereceği adaylar arasından 4 yıl süreyle görev yapmak üzere TOBB Yönetim Kurulunca seçilirler. Aynı sayıda da yedek üye seçilir.

Madde-5. Divan üyeliği aşağıdaki hallerde son bulur.

- a) Ölüm,

³ TOBB TAHKİM ŞARTNAMESİ İÇ YÖNETMELİĞİ VE MEVZUAT,

b) İstifa,

c) Daimi rahatsızlık,

d) Bir mazerete dayansın veya dayanmasın üst üste üç toplantıya veya son 6 ay içinde yapılan toplantıların yarısından bir fazlasına katılmama,

e) Manevi niteliklerin kaybı; yüz kızartıcı bir fiilin işlenmesi veya işlendiği şüphesini doğuran sebeplerin mevcut olması.

Divan üyeliği ölüm, istifa ve görev süresinin dolması hallerinde kendiliğinden son bulur. Görev süresi dolan üyenin yeniden seçilmesi caizdir.

Daimi rahatsızlık, toplantılara katılmama ve manevi niteliklerin kaybı hallerinde üyeliğe son verme kararı Divan'ın teklifi üzerine Yönetim Kurulunca verilir.

Ayrılan üyenin yerine yedeği, 2 hafta içinde Divan başkanlığınca göreve çağrılır.

Madde-6. Divan ilk toplantısında açık oy ile kendi arasından bir başkan, biri danışman üye olmak kaydıyla iki başkan vekili ve bir divan katibi seçer.

Başkan, başkan vekilleri ve katibin görev süresi, divanın görev süresi ile sınırlıdır.

Madde-7. Divan aşağıdaki görevleri yapar:

a) Şartnamede belirlenen esaslar dahilinde tahkim prosedürünü başlatmak ve sona erdirmek,

b) Türk gerçek ve tüzel kişilerinin kendi aralarında veya bunlarla yabancı gerçek ve tüzel kişiler arasında ya da yabancı gerçek ve tüzel kişilerin kendi aralarında gerek snai, gerek ticarî ilişkileri dolayısıyla çıkan anlaşmazlıkları kesin olarak çözüme bağlamak üzere hakemleri tespit ve tayin etmek,

c) Hakemlerin tayinine, çekilmesine ve reddedilmelerine ilişkin talep ve itirazları karara bağlamak, çekilen veya reddedilen hakemlerin yerine yenisini tayin etmek,

- d) Hakemlerin tayin, çekilme ve reddiyle ilgili diğer karar ve tedbirleri almak,
- e) Taraflarca tayin edilmediği takdirde, tahkim yerini belirlemek,
- f) Milletlerarası Ticaret Odası Kurallarına göre düzenlenmiş görev belgesinin, tayin ettiği hakemlere verilmesini sağlamak,
- g) Taraflardan birinin görev belgesini imzalamaktan kaçınması halinde, tahkim prosedürünün başlayacağı zamanı belirlemek,
- h) Anlaşmazlığın başlangıçta öngörülen, gerektiğinde uzatılan süre içinde hakemler tarafından sonuçlandırılmasını sağlamak,
- i) Hakem kararlarını inceleyerek onaylamak,
- j) Tahkim masraflarını, hakem ücretlerini ve avans miktarını belirlemek,
- k) Komitenin görevine girmeyen veya komite tarafından sunulan meseleleri karara bağlamak,
- l) Şartname ve İç Yönetmelikte verilen diğer görev ve işleri yapmak.

Tahkim Divanının Toplantıları

Madde-8. Divan toplantıları, kaideten ayda bir defa, Divan Başkanının çağrısı üzerine Birlik merkezinde yapılır.

Ancak Divan gerekli gördüğü takdirde başka yerlerde de toplantı yapabilir.

Madde-9. Divan toplantılarına Başkan, yokluğunda Danışman Başkan vekili, o dahi yoksa diğer Başkan Vekili başkanlık yapar.

Madde-10. Divan, toplantılarını biri Başkan veya Başkanvekili olmak kaydıyla, en az beş üyenin katılımıyla yapar.

Divanda kararlar oyçokluğu ile alınır. Eşitlik halinde Başkanın oyuna üstünlük tanınır.

Toplantı tutanağı, sekreteryaya tarafından tanzim, Başkan, Divan Katiibi ve Sekreterce imza olunarak muhafaza edilir.

Tahkim Komitesi

Madde-11. Divan, ilk toplantısında açık oy ile kendi üyeleri arasından Komitenin üçüncü üyesini seçer.

Bu suretle Komite, Divanın Başkanvekilinin başkanlığında, Divan Katibi ve Divanın belirleyeceği üyeden ibaret üç kişiden oluşur.

Tahkim Komitesinin Görevleri

Madde-12. Komitenin görevleri:

- a) Hakemin hazırlayacağı görev belgesini kabul etmek,
- b) Hakem ücretini tespit etmek,
- c) Hakem listesini belirlemektir.

Tahkim Komitesinin Toplantıları

Madde-13. Komite toplantıları, kaideten ayda iki defa, Komite Başkanının çağrısı üzerine Birlik merkezinde yapılır.

Ancak Komitece uygun görüldüğü takdirde başka yerlerde de toplantı yapılabilir.

Madde-14. Komite, toplantılarını biri Başkan olmak şartıyla iki üyenin iştirakiyle yapar.

Toplantılara Komite Başkanı başkanlık eder.

Komitede kararlar oyçokluğu ile alınır. Eşitlik halinde Başkanın oyuna üstünlük tanınır.

Komitenin aldığı kararlar, müteakip divan toplantısına sunulur.

Toplantı tutanağı, sekreteryaya tarafından tanzim, toplantıya katılanlarca imza ve muhafaza edilir.

İvedi Karar Yetkisi

Madde-15. Divan, belirleyeceği konularda kendi adına ivedi karar alma yetkisini bir sonraki toplantıda tasvibe sunulması kaydıyla Başkan veya Başkanvekiline verebilir.

Divan Ve Komite Giderlerinin Karşılanması

Madde-16. Tahkim giderlerinin gerektirdiği bedel, her müracaatta Divan tarafından tespit olunur. Bu miktarlar TOBB bünyesinde muhafaza veya TOBB'ce belirlenecek bir banka hesabına yatırılmak suretiyle TOBB TAHKİM FONU oluşturulur.

Tahkim giderlerine, hakem ücretleri, bilirkişi ücreti ve sair giderler dahil olup, bu meblağdan hakem ve bilirkişilere ödenecek miktarlar tefrik edilip, kalanı fonda birikir.

Fonun idaresi TOBB'ne aittir. Fondan yapılacak her türlü ödeme, divan Başkanının teklifi, TOBB Yönetim kurulu Muhasip Üyesinin oluru ile gerçekleştirilir.

Tahkim Divanı Danışman Üyelerine ve Sekretere ödenecek huzur hakları ile üyelere ödenecek huzur hakları, TOBB tarafından karşılanır.

Tahkim Prosedürünün Başlatılması Ve Sona Erdirilmesi

Madde-17. TOBB Tahkimine müracaat etmek isteyen taraf, talebini Divan Başkanlığına veya sekreteryası olan TOBB Hukuk Müşavirliğine yapar.

Bu talepte;

- Tarafların adı, soyadı, ticarî unvanı, tabiiyetleri, sıfat ve adresleri,
- Davacının iddialarının açıklanması, delil teşkil eden bilgi ve belgeler,
- Hakemlerin seçimi ve sayısı ile ilgili her türlü bilgilerin bulunması gerekir.

Divan (veya sekreteryaya) taraflar arasında "tahkim sözleşmesi" veya sözleşmelerinde "tahkim klozu" bulunup bulunmadığını tespit eder. Bulunmaması halinde müracaat sahibine tahkim sözleşmesinin ibrazı için 7 günlük mehil verilir.

Davacının müracaatında bulunması gereken bilgi ve belgeler tamamlanmadığı sürece talep kabul edilmez. Talebin kabulü anında, tarihi sekreteryaya tarafından dilekçe üzerine dercolunur. İsteği halinde davacıya bir kabul belgesi verilir. Davacıya isabet eden avansın ödenmesi kaydıyla, dava müracaatın kabulü tarihinde açılmış sayılır.

Madde-18. Talebin kabulünü müteakip, Divan talebin gerektirdiği gider miktarını tespit eder. Bu meblağın 1/2'si talep sahibine bildirilerek, TOBB veznesine veya ilgili banka hesabına yatırması istenir.

Madde-19. Tahkim giderinin davacıya isabet eden bölümünün ödenmesini müteakip bir örneği ve eki belgeler davalı tarafa tebliğ edilir.

Bu tebliğe, tahkim giderlerinin diğer yarısının kendisince ödenmesi gerektiği hususu eklenir.

Madde-20. Davalı tarafından 1/2 oranındaki ödeme yapılmadığı takdirde bu meblağ dahi talep sahibi (davacı) tarafından ödenir. Giderlerin tamamı ödenmediği sürece dava açılmış sayılmaz.

Madde-21. Davalı taraf, kendisine yapılan tebligattan itibaren en fazla 30 gün içinde, hakemlerin sayısı ve seçimi hakkında yapılan önerilere cevap vermek, hakemini tayin etmek, savunmasını ve varsa ilk itirazlarını elinde mevcut yazılı delilleriyle birlikte açıklamak zorundadır.

Madde-22. Davalı taraf, gerekirse savunmasını ve delillerini açıklamak için Divan Başkanlığından sürenin en çok 30 gün daha uzatılmasını isteyebilir.

Ancak bu talebini yaparken hakemlerin seçimi ve sayısı hakkında beyanda bulunmak zorundadır. İlk 30 gün içinde yapılmayan beyanlar kabul edilmez.

Davalının cevabı ve ekindeki belgelerin bir örneği davacı tarafa tebliğ edilir.

Mukabil Dava

Madde-23. Mukabil dava açmak isteyen davalı taraf, davanın kendisine tebliğinden itibaren 30 gün içinde Divan başkanlığına müracaatla, iddialarını ve delillerini ibraz etmek suretiyle dava açabilir.

Mukabil davanın giderleri mukabil davacıya bildirilerek Birlik vevnesine veya ilgili banka hesabına yatırması istenir. Bu bedelin tamamı yatmadığı sürece mukabil dava açılmış sayılmaz. Yatırılması kaydıyla, müracaatın kabul edildiği tarihte mukabil dava açılmış olur.

Madde-24. Davacı taraf mukabil davanın tebliğinden itibaren 30 gün içinde cevap verebilir.

Dava ve Cevap Dilekçeleri ve Ekleri

Madde-25. Tarafların sundukları dilekçeler ve ekleri ilgili taraf sayısından başka her hakem için bir, bir adet de Divan Başkanlığı için olmak üzere yeterli sayıda hazırlanır.

Madde-26. Divan Başkanlığının ve hakemin yaptığı her tebligat veya yazışma, tarafın adresine (veya bilinen son adresine) taahhütlü mektup göndermek veya imza karşılığında teslim etmek suretiyle yapılır.

Madde-27. Taraflardan birinin tahkimi reddetmesi halinde bu redde rağmen tahkim icra edilir. İlk itirazlar hakem tarafından karara bağlanır.

Madde-28. Taraflar aralarında kararlaştırmamışlarsa, tahkim yerini Divan belirler.

Madde-29. Divan Başkanlığı, tarafların cevap ve eklerinin teatisi tamamlanınca, en geç 10 gün içinde dosyayı hakeme tevdi eder.

Hakemlerin Seçimi

Madde-30. a) Divan, tarafların kısmen veya tamamen aksini öngörmemiş olmaları şartıyla Şartname hükümlerine göre hakemleri tayin eder veya taraflarca seçilmiş olan hakemleri onaylar.

Divan, hakemleri tayin eder ve onaylarken, hakemlerin ve tarafların tabiiyetini, anlaşmazlıklarını, ait oldukları veya ikamet ettikleri yerleri, hakemlerin taraflara olan yakınlık derecelerini dikkate alır.

b) Anlaşmazlık ya tek ya da üç hakem tarafından çözülür.

c) Taraflar, anlaşmazlığın tek hakem ile çözüme kavuşturulması hususunda karara vardıklarında, tek hakemi beraberce seçerler ve Divanın onayına sunarlar.

Tahkim talebinin diğer tarafa tebliğinden itibaren 30 gün içinde taraflar aralarında tek hakemin seçimi ile ilgili bir anlaşmaya varmazlarsa, hakemi divan seçer. Davalının bu süre içinde cevap vermemesi, hakemi kabul ettiği anlamına gelir.

d) Taraflarca, üç hakem öngörülmesi halinde taraflardan her biri, tahkim talebinde ve ona verilen cevapta tarafsız bir hakem seçer ve Divanın onayına sunar. Taraflardan biri çekimser kalırsa, onun yerine hakemi Divan tayin eder.

Taraflar, seçtikleri hakemlerin belli bir süre içinde üçüncü hakemi seçmelerini öngörmüş iseler, bu süre içinde üçüncü hakemin seçilmesi gerekir.

Üçüncü hakemi, tarafların seçtikleri hakemlerin seçmesi halinde, divan bu seçim işlemi onaylar. Eğer taraflarca tespit edilen veya Divanca verilen en fazla 7 günlük süre içinde tarafların seçtikleri hakemler üçüncü hakemin seçiminde anlaşamazlarsa üçüncü hakemi Divan seçer.

Üçüncü hakem, Hakem Heyetine başkanlık eder.

e) Taraflar, hakemlerin sayısı hakkında mutabakata varmamışlarsa, anlaşmazlık konusu meblağ veya davanın niteliği üç hakemin tayinini gerekli kılmadığı takdirde, Divan tek bir hakem tayin eder.

f) Tek hakem veya Hakem Heyeti başkanının seçimi Divana ait olduğu hallerde, seçim Divanca gerçekleştirilir. Türk firma ile yabancı firma arasındaki anlaşmazlıklarda, tek hakem veya Hakem Heyeti başkanı, tarafların tabiiyetinde oldukları ülkeler dışından bir ülkeden seçilir; ancak tarafların muvafakati halinde tarafların tabiiyetinde oldukları ülkelerin birinden de hakem seçilebilir.

g) Divan üyeleri, TOBB Tahkim Şartnamesi kapsamında hakemlik, danışmanlık ve taraflara vekillik yapamaz.

Hakem Listeleri

Madde-31. Divanca tayin edilecek hakemlerin genel listesi, Komitece belirlenir. Bu listeler en geç dört yılda bir gözden geçirilir.

Görev Belgesi Tanzimi, Divana Tevdi

Madde-32. Hakem (hakemler) davanın görüşülmesine başlamadan önce görevini belirleyen bir belge hazırlar.

Bu belgede; tarafların ad, soyad, ticarî unvan, tabiiyet ve sıfatları; adresleri, taraf iddialarının özeti, çözüme kavuşturulacak anlaşmazlık konuları, hakemin kimliği ve adresi hakkında bilgiler, tahkimin nerede yapılacağı. Usule ilişkin kurullarla ilgili açıklama ve Tahkim Divanının bulunmasında yarar gördüğü diğer kayıt ve açıklamalar yer alır.

Görev belgesi ilgili hakem tarafından dosyanın kendisine tevdiinden itibaren en geç 2 ay içinde Tahkim Divanına verilir.

Hakemin Reddi

Madde-33. Taraflardan biri, herhangi bir hakemi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, hâkimlerin reddine ilişkin olarak belirlenen hükümler dairesinde reddedebilir.

Hakemin reddine ilişkin dilekçe, ilgili hakemin ve diğer tarafın mütalaaları alındıktan sonra, Divanca kesin olarak karara bağlanır.

Tahkim Süresinin Uzatılması

Madde-34. Kaideten 6 ay olan karar verme süresi, hakemin (hakemlerin) gerekçeli talepleri üzerine 6 ayı geçmemek üzere Divanın kararıyla uzatılabilir.

Kararların Onaylanması

Madde-35. a) Divan, anlaşmazlıkları bizzat çözerek karara bağlamaz. Divan, hakemin karar verme yetkisine riâyetle yükümlüdür.

Hakem, kararını yazılı olarak verir ve imzalayarak dosyası ile birlikte Divana sunar. Divan, kendisine sunulan dosyayı inceler ve şekil ve usul yönünden eksiklik gördüğü takdirde gereken düzeltmenin yapılması veya eksikliklerin tamamlanması için dosyayı hakeme iade eder. Divan, hakem kararında esasa ilişkin önemli bir hata gördüğü takdirde hakemin bağımsız olarak karar verme yetkisini herhangi bir şekilde kısıtlamamak kaydıyla dosyanın yeniden incelenmesini hakemden isteyebilir. Dosyada eksiklik bulunmadığı veya bulunup da tamamlandığı takdirde Divan kararı onaylar. Divanca onaylanmayan kararlar hukukî sonuç doğurmaz.

b) Tahkim kararı, tahkimin yapıldığı yerde ve hakem tarafından imzalandığı günde verilmiş sayılır.

c) Karar alındıktan sonra, taraflarca veya bir tarafça, Birlik veznesinde veya Birlikçe belirlenen bankaya bütün tahkim giderleri ödendikten sonra, Divan Başkanlığı hakem tarafından imzalanmış metni taraflara tebliğ eder.

d) Bu şartnameye uygun olarak verilmiş kararların aslı Divan Başkanlığına teslim edilir.

e) Karar, taraflara tebliğ edilmeden önce yetkili mahkemenin tasdiki sağlanır.

Uzlaşma ve Vazgeçme Halleri

Madde-36. Tarafların, ihtilâfın hakeme (hakemlere) intikal ettirilmesi anına kadar vaki olacak uzlaşma veya davacının davadan vazgeçmesi halinde, kendilerinden sadece zorunlu giderler tahsil olunur. Avanstan bu miktar mahsup edilerek bakiyesi iade olunur.

Tarafların, konunun hakeme (hakemlere) intikalinden sonra uzlaşmaları veya talep sahibinin davadan vazgeçmesi halinde hakem ücretinin yarısı, diğer giderlerin ise tamamı tahsil olunur.

Hakem kararının yazılmasını müteakip, divanca onaylanma safhasında uzlaşma veya vazgeçme hallerinde hakem ücreti dahil, giderlerin tamamı tahsil edilir.

Sekreteryaya Hizmetleri

Madde-37. Divan ve Komitenin sekreteryaya hizmetleri TOBB Hukuk Müşavirliğince yürütülür.

TOBB Hukuk Müşaviri (veya görevlendireceği eleman) Divan ve Komite toplantılarına oy kullanmaksızın katılır.

Sekreteryanın Görevleri

Madde-38. Divan ve Komite Sekreteryası, tâlimatları Başkanndan, yokluğunda Başkanvekilinden alır.

Madde-39. Sekreteryaya, Başkanla mutabık kalarak toplantı hazırlıklarını yapmak, toplantılarda bir görevli (kaideten TOBB Hukuk Müşaviri) bulundurmamak, tutanakların tanziminde Divan Katibine yardımcı olmak, tutanakları muhafaza etmekle görevlidir.

Madde-40. Tahkim prosedürü gereği yapılacak usule dair işlemler, örneğin dava dilekçelerinin mukabil dava ve cevap dilekçesinin Divan Başkanlığı adına kabul edilmesi, yazışmaların deruhtesi, arşiv hizmetlerinin yerine getirilmesi, gerekli formların bastırılması, hakem kararlarının yetkili mahkemeye onaylatılması, muhafaza edilmesi Sekreteryanın görevi olup, sekreterin imza yetkisi Divanca belirlenir.

Gizlilik

Madde-41. Divana intikal etmiş hususlarda Divan üyeleri ve sekreteryaya gizliliğe riâyetle yükümlüdür.

Madde-42. TOBB ile Divan arasındaki ilişkilerin deruhtesinde sekreteryaya kendisine verilen tâlim atlar kapsamında görevlidir.

**TOBB MÜSTAKİL HAKEMLİK (TAHKİM)
SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ⁴**

1. İş bu Tahkim Sözleşmesi; adresinde ikamet eden İle adresinde ikamet eden arasında akdedilmiş olup, sözleşmeyi akdedenler kısaca TARAFLAR olarak anılacaktır.

(Boşluklar her iki tarafın adres ve unvanları, sözleşmeyi imza eden gerçek kişi (şahıs firması) ise şahsın adı, soyadı yazılacaktır.)

2. Taraflar aralarında akdettikleri tarihli Konulu sözleşmeden dolayı ortaya çıkabilecek ihtilâfların TOBB Tahkim şartnamesi kapsamında, TOBB Tahkim Divanı aracılığı ve tahkim yoluyla çözülmesi hususunda mutabıktırlar.

Taraflar Şartnameyi okuyarak, şart, vacibe ve sonuçlarına uymayı baştan kabul ettiklerini beyan ederler.

(Boşluklara, tarafların hangi tarih ve konulu sözleşmeden doğabilecek ihtilâfların TOBB Tahkimi yoluyla çözümlenmesini istediklerini açık ve kesin ifadeyle yazmaları, aralarında ticarî anlamda birden fazla sözleşme mevcut ise, her birisi için ayrı ayrı tahkim sözleşmesi düzenlemeleri gerekmektedir.)

3. Taraflar, tahkimin yapılmasını kararlaştırmışlardır.

(Bu kısma taraflar dilerlerse tahkim mahalli olarak belirleyecekleri şehir adını yazacaklardır. Tarafların tahkim yerini belirlememeleleri halinde, Tahkim Divanı belirler.)

4. Taraflar bu sözleşme konusu tahkime hukukunun uygulanmasında mutabıktırlar.

(Bu madde uluslararası nitelikteki ticarî sözleşmelerden doğabilecek ihtilâflarda önem kazanmaktadır. Taraflar hangi ülke hukukunun uygulanacağı hususunda mutabık iseler o ülkenin adını yazacaklardır. Bu konuda bir mutabakatları yoksa hakem (veya hakemler) uygulayacağı hukuku kendisi tayin edecektir. Türk firmaları arasındaki ihtilâflarda ise kendi mevzuatımızın uygulanacağı tabiidir.)

5. Taraflar, TOBB Tahkim Divanı nezdinde dava açılmasını müteakip, kendilerine bildirilecek tahkim bedelini, avans mahiyetinde

⁴ TOBB TAHKİM ŞARTNAMESİ İÇ YÖNETMELİĞİ VE MEVZUAT,

eşit olarak ödemeyi, Divanın onaylayacağı hakem kararında yer alacak toplam giderleri de, hisselerine isabet eden miktarda karşılamayı taahhüt ederler.

Davalı tarafın 1/2 avansı karşılamaması halinde davacı taraf avansın tamamını ödemekle mükellef olacaktır.

6. Taraflar, ihtilâfın hakem tarafından çözümlenmesini kararlaştırmıştır.

(İhtilâflar bir ya da üç hakem tarafından çözümlenebileceği cihetle yukarıdaki boşluk 1 veya 3 şeklinde doldurulacaktır.)

SEÇMELİ HÜKÜMLER

7/a. Taraflar tek hakemin, TOBB Tahkim Divanı tarafından seçilmesinde mutabıktır.

(Bu madde, tarafların ihtilâfın tek hakemle çözümünü, hakemin de TOBB Tahkim Divanınca tayinini kabul etmeleri halinde yazılacaktır.)

b. Taraflar tek hakem olarak adresinde ikamet eden 'ı seçmişlerdir.

Ancak, bu hakemin TOBB Tahkim Divanınca onaylanmaması halinde, Hakemin Divan tarafından tayin edileceğini kabul ederler.

(Bu madde, tarafların baştan tek hakemin kimliği üzerinde mutabık bulunmaları halinde yazılacaktır.)

c. Taraflar, tek hakemin, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren 30 gün içinde kendilerince seçileceğini, bu süre zarfında hakem üzerinde anlaşamadıkları veya hakemin Divanca onaylanmaması halinde görevlendirilecek hakemin Divan tarafından tayin edileceğini kabul ederler.

(Bu madde tarafların tek hakem seçimini, ihtilâfın ortaya çıkmasından sonraya bırakmaları halinde sözleşmeye koyabilecekleri bir hükümdür.)

8/a. Taraflar 3 hakemden birinin davacı tarafından dava dilekçesinde, ikincisinin davalı tarafından cevap dilekçesinde belirleneceğini, üçüncü hakemi de bu iki hakemin 7 gün içinde seçeceğini;

Davacı veya davalı tarafın hakem ismini bildirmemesi veya hakem seçimini TOBB Tahkim Divanına bırakması halinde bu hakemlerin; Taraf hakemlerinin 7 gün içinde üçüncü hakemi seçmemesi halinde üçüncü hakemin, Divan tarafından seçileceğini kabul ederler.

(Bu madde ihtilâfların üç hakem tarafından çözümlenmesinin ve taraf hakemlerinin davacı ve davalı tarafından, üçüncü hakemin ise taraf hakemlerince seçilmesinin öngörüldüğü hallerde kullanılabilir.)

b. Taraflar 3 hakemden birinin davacı tarafından dava dilekçesinde, ikincisinin davalı tarafından cevap dilekçesinde belirleneceğini, üçüncü hakemin ise TOBB Tahkim Divanı tarafından tayin edileceğini,

Davacı veya davalı tarafın hakem ismi bildirmemesi veya hakem seçimini TOBB Tahkim Divanına bırakması halinde, bu hakemlerin de Divanca tayin edileceğini kabul ederler.

(Bu madde 3. Hakemin TOBB Tahkim Divanına bırakılması halinde sözleşmeye konulabilir.)

c. Taraflar her üç hakemin de TOBB Tahkim Divanınca tayin edilmesi konusunda mutabıktırlar.

(Tarafların hakemlerin seçimini tamamen TOBB Tahkim Divanına bırakmaları halinde bu madde yazılacaktır.)

9. Taraflar, hakem (veya Hakem Heyeti Başkanı)in daveti üzerine hakem (veya hakemler) huzurunda tanzim edilecek görev belgesini imzalamayı, bundan imtina etmeleri halinde dahi tahkim prosedürünün kesintisiz olarak süreceğini ve hüküm ifade edeceğini, bir veya iki tarafın görev belgesini imzadan kaçınması halinin, hakem kararının geçerliliğini etkilemeyeceğini kabul ederler.

10. Taraflar, ihtilâfın TOBB Tahkimine sunulmasını müteakip uzlaşmaları veya davacının vazgeçmesi halinde, tahkim masraflarını TOBB Tahkim Divanı Çalışma Esasları İç Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde ödemeyi taahhüt ederler.

11. Yukarıda 10. Maddeden ibaret işbu tahkim sözleşmesi hükümleri kabul ve şartlarına uymayı taahhüt ederiz.

Firması Adına

Firması Adına

(Sözleşmeye, tarafların temsil ve imza yetkisini haiz olduklarına dair imza sirkülerini eklemeleri gerekmektedir.)

TOBB TAHKİMİ HAKEM ÜCRETLERİ TARİFESİ

1. TÜRK-YABANCI VE YABANCI FİRMALAR
ARASI İHTİLÂFLAR(ABD Doları veya Ödeme Tarihindeki TL Karşılığı Olarak)⁵

Dava Konusu İhtilâfın Değeri	Asgari Ücret	Azami Ücret
(ABD Doları)	(ABD Doları)	(ABD Doları)
50.000'e kadar	1.500	%8
500.000'den 100.000'e kadar	1.500+%1.5 (50.000'i aşan kısım)	3.750+%5 (50.000'i aşan kısım)
100.000'den 500.000'e kadar	2.500+%1 (100.000'i aşan kısım)	5.500+%2.5 (100.000'i aşan kısım)
500.000'den 1.000.000'a kadar	5.000+%0.75 (500.000'i aşan kısım)	15.000+%1.5 (500.000'i aşan kısım)
1.000.000'dan 2.000.000'a kadar	7.500+%0.50 (1.000.000'u aşan kısım)	20.000+%1 (1.000.000'u aşan kısım)
2.000.000'dan 5.000.000'a kadar	10.000+%0.25 (2.000.000'u aşan kısım)	35.000+%0.50 (2.000.000'u aşan kısım)
5.000.000'dan 10.000.000'a kadar	12.500+%0.10 (5.000.000'u aşan kısım)	45.000+%0.25 (5.000.000'u aşan kısım)
10.000.000'dan 50.000.000'a kadar	15.000+%0.50(10.000.000'u aşan kısım)	60.000+%0.12 (10.000.000'u aşan kısım)
50.000.000'dan 100.000.000'a kadar	20.000+%0.30(50.000.000'u aşan kısım)	85.000+%0.10 (50.000.000'u aşan kısım)
100.000.000'u aşan kısım için	30.000+%0.02 (100.000.000'u aşan kısım)	100.000+%0.08 (100.000.000'u aşan kısım)

⁵ "TOBB TAHKİM ŞARTNAMESİ İÇ YÖNETMELİĞİ ve MEVZUATI"ndan alınmıştır.

2. YERLİ FİRMALAR ARASINDAKİ İHTİLÂFLAR⁶

Dava Konusu İhtilâfın değeri	Asgari Ücret	Azami Ücret
(Türk Lirası)	(Türk Lirası)	(Türk Lirası)
1.000.000.000 TL'ye kadar	%5	%10
1.000.000.001 – 10.000.000.000	İlk bir milyar için %5, üzeri %4	İlk bir milyar için %10, üzeri %9
10.000.000.001 – 50.000.000.000	İlk 10 milyar için %4, üzeri %3	İlk 10 milyar için %9, üzeri %8
50.000.000.001 – 100.000.000.000	İlk 50 milyar için %3, üzeri %2	İlk 50 milyar için %8, üzeri %7
100.000.000.001 – 500.000.000.000	İlk 100 milyar için %2, üzeri %1	İlk 100 milyar için %7, üzeri %6
500.000.000.001 ve üzeri	İlk 500 milyar için %1, üzeri %0.05	İlk 500 milyar için %6, üzeri %5

1. Tahkim Divanı, ücreti, hakemin sarfedeceği mesai ve işin önemine göre bu hadler arasında tayin eder.
2. İhtilâf üç hakemden oluşan tahkim heyetince çözümlendiği takdirde bu Tarifeye göre belirlenmiş ücret, üç hakem arasında eşit olarak paylaşılır.

⁶ "TOBB TAHKİM ŞARTNAMESİ İÇ YÖNETMELİĞİ ve MEVZUATI"ndan alınmıştır.

YEDİNCİ BÖLÜM

TÜKETİCİ SORUNLARINA İLİŞKİN TAHKİM USULÜ

TÜKETİCİ HAKLARINA DAİR
GENEL AÇIKLAMA
4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI
HAKKINDA KANUN
TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETLERİ
YÖNETMELİĞİ

TÜKETİCİ SORUNLARINA İLİŞKİN TAHKİM USULÜ

TÜKETİCİ HAKLARINA DAİR GENEL AÇIKLAMA

1800'lü yıllarda Amerika Birleşik devletlerinde başlayan "**tüketici hareketi**", Amerika ve Avrupa'da çeşitli evrelerden geçmiş ve ilk kez 15 Mart 1962 tarihinde ABD Başkanı John F. Kennedy'nin Amerikan Kongresi'nde yaptığı konuşma ile gündeme gelmiştir. Başkan bu konuşmasında, kişinin "**insan**" hakkı gibi vazgeçilmez olan tüketici hakları bulunduğunu dile getirerek bu hakların "**Güvenlik Hakkı**", "**Bilgi Edinme Hakkı**", "**Seçme Hakkı**" ve "**Temsil Edilme Hakkı**"ndan oluştuğunu belirtmiştir.

Bu gelişmenin akabinde Birleşmiş Milletler'de **Birleşmiş Milletler Tüketici Hakları Evrensel Beyannamesi** kabul edilmiştir. Bu Beyannameye göre Tüketicilerin aşağıda sıralanan haklarının güvence altına alınması kararlaştırılmıştır:

Tüketici İhtiyaçlarının Karşlanması Hakkı

Barınma, ısınma, aydınlanma, içecek ve kullanılacak su bulma, haberleşme, ulaşım, tüketicilerin en temel ihtiyaçlarıdır. Her tüketici, bu temel ihtiyaçlarının karşılanmasını talep etme hakkına sahiptir.

Sağlık ve Güvenlik Hakkı

Satışa sunulan her mal ve hizmetin, insan yaşamı ve sağlığı açısından kullanıcısına zarar vermeyecek durumda olması esastir.

Bilgi Edinme Hakkı

Tüketicinin mal ve hizmeti satın alırken doğru karar verebilmesinin sağlanması için, tüketicinin gerekli bilgiye ulaşabilmesi ve zararlı ve yanıltıcı reklamlardan, etiketten, ambalajdan korunması gereklidir.

Eğitilme Hakkı

Tüketicinin hak ve çıkarlarını koruyabilmesi ve tüketici bilincine sahip olması için eğitim kurumlarında eğitilmesi hakkı vardır.

Zararların Giderilmesi Hakkı

Zararların giderilmesi hakkı; satın alınan mal veya hizmetten dolayı tüketicinin uğramış olduğu zararın giderilmesi, o mal veya hizmetin yeniden tüketiciye ulaştırılmasını ifade etmektedir.

Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı

Sağlık koşullarına uygun bir çevrenin oluşumunda ülke ve tabiat kaynaklarının da doğru kullanımı ile çevrenin korunması, temiz ve sağlıklı bir çevrenin yarınlara bırakılması ile mümkündür.

Ekonomik Çıkarlarının Korunması Hakkı

Bu hak; Tüketicide kıyaslama imkanı verecek çeşitte mal ve hizmetin en ucuz fiyattan sunulması, satış sonrası her türlü teknik destek ve servisin tüketiciye ulaştırılması esasını içermektedir.

Temsil Edilme, Örgütlenme, Sesini Duyurabilme Hakkı

Yukarıda sayılan hakların yerine getirilebilmesi; tüketicilerin bir araya gelerek güç birliği oluşturmaları ve hükümetlerin ekonomik ve siyasi politikalarında dikkate alınma ve kamu kurumlarında temsil edilebilmesi ile mümkün olabilecektir. Bunun için de muhtelif tüketici örgütlenmelerini gerçekleştirme hakları tanınmıştır.¹

¹ Av. M. Bülent DENİZ, “Medyada Kalite, Siyaset Hizmetinde Kalite Üzerine Bir Çalışma”, 21. Yüzyıl Eşiğinde Tüketici Açısından ‘KALİTE’ KAVRAMINDA YENİ PERSPEKTİFLER adlı panelde sunulu tebliğ, İstanbul, 25.1.1999.

4077 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

Türkiye’de de 1970’li yıllarda başlayan tüketici hakları tartışmaları nihayet, 23 Şubat 1995 tarihinde kabul edilen ve Eylül 1995’de yürürlüğe giren 4077 sayılı **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun** ile yasal bir zemin bulmuştur.

Kanun, çok önemli bir gelişme olarak konumuzu da yakından ilgilendiren **Tüketici Hakem Heyetleri ve Tüketici Mahkemeleri**’ni oluşturmuştur.

4077 sayılı Kanun, tüketiciler için bir hak koruma mekanizması getirmiş ve tüketicinin birey olarak ayıplı mal ve hizmete karşı haklarını koruması için ileri düzeyde düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerde, imalatçı firmadan son satıcıya kadar yer alan tüm satıcıların tüketiciye karşı sorumlu hale getirilmesi sağlanmış olmaktadır.

4077 sayılı Kanun ile sağlanan en önemli gelişmelerden biri de, sivil toplum kuruluşlarının işlevidir. Kanunla, **Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri** oluşturulmuş ve bu Hakem Heyetinde; **Merkezi Otorite** (Vali/Kaymakam), **Yerel Otorite** (Belediye Başkanı)’nin yanında **Sivil hareket** (Baro Temsilcisi, Esnaf ve Ticaret Odası Temsilcisi ve Tüketici Örgütü) yer almıştır. Bu tarz bir kuruluş bir nevi **Ombudsman** çalışmasını andırmaktadır.

Kanunun sağladığı önemli bir gelişme de tüketici sorunlarına **Tahkim Yargılaması**’nın açılmış olmasıdır. İhtilâfların Tahkim yargılaması yoluyla çözüme kavuşturulması, Türkiye Cumhuriyeti Hukuk Sistemi açısından önemli bir gelişmedir. Dolayısıyla, resmi yargıdan netice almanın oldukça zor olduğu ve ihtilâfların küçük değerlerle ifade edildiği durumlarda, Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin Tahkim Yargılamasına, hem de ücretsiz olarak başvurma ve hakkını arama ve dava açma yolu sağlanmış olmaktadır.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun 22. Maddesi Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin kuruluş ve görevlerini düzenlemektedir.

“Bakanlık, il ve ilçe merkezlerinde, tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan anlaşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla belediyelerle koor-

dineli olarak, en az bir “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti” oluşturmakla görevlidir.

Başkanlığı, Sanayi ve Ticaret İl Müdürü veya görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici sorunları hakem heyeti: belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye, Baronun mensupları arasından görevlendireceği bir üye, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkar odalarının görevlendireceği bir üye ve tüketici örgütlerinin seçecekleri bir üye olmak üzere başkan dahil 5 üyeden oluşur. Ticaret ve Sanayi Odası ya da ayrı ayrı kurulduğu yerlerde ticaret odası ile esnaf ve sanatkar odalarının görevlendireceği üye, uyuşmazlığın satıcı tarafını oluşturan kişinin tacir veya esnaf ve sanatkar olup olmamasına göre ilgili odaca görevlendirilir.

Bakanlık taşra teşkilatının bulunmadığı il ve ilçelerde tüketici sorunları hakem heyetinin başkanlığı en büyük mülki amir ya da görevlendireceği bir memur tarafından yürütülür. Tüketici sorunları hakem heyetinin oluşumunun sağlanmadığı yerlerde noksan üyelikler, belediye meclislerince re’sen doldurulur.

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin vereceği kararlar, tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir. Uyuşmazlık konusu mal veya hizmet bedelinin 5.000.000.-TL’yi aşmadığı hallerde, bu heyetlerce verilmiş bir karar olmaksızın tüketici mahkemelerine başvurulamaz. Bu parasal sınır, her yıl 8. Maddenin son fıkrasında gösterilen usul çerçevesinde yeniden belirlenir.

25. Maddede cezai yaptırıma bağlanmış hususlara ilişkin uyuşmazlıklar, tüketici sorunları hakem heyetlerinin görev ve yetki kapsamı dışındadır.

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışması, usul ve esasları ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.²

² Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri’nin verecekleri kararlar kesin hüküm teşkil etmez, ancak tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürülebilir.

Yine bu maddeye göre, Tüketici Hakem Heyetinin kararı olmaksızın Tüketici Mahkemesine başvurulamaz.

TÜKETİCİ SORUNLARI HAKEM HEYETLERİ YÖNETMELİĞİ

Genel Hükümler

Madde-1. Bu Yönetmelik, il ve ilçe merkezlerinde tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulmasına, çalışmasına ilişkin, usul ve esasları düzenler.

Kapsam

Madde-2. Bu Yönetmelik, Kanunun 25. Maddesinde cezai yaptırıma bağlanmış hususlar dışında, tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları kapsar.

Dayanak

Madde-3. Bu Yönetmelik, 23.2.1995 tarih ve 4077 sayılı Tüketicinin korunması Hakkında Kanunun 22 ve 31. Maddeleri uyarınca düzenlenmiştir.

Tanımlar

Madde-4. Bu Yönetmeliğin uygulanmasında,

Bakanlık: Sanayi ve Ticaret Bakanlığını,

b) Genel Müdürlük: Tüketicinin ve Rekabetin Korunması Genel Müdürlüğünü,

c) İl Müdürlüğü: Sanayi ve Ticaret İl Müdürlüğünü,

d) Kanun: 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu,

e) Hakem Heyeti : Tüketici ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıklara çözüm bulmak amacı ile il veya ilçe merkezlerinde oluşturulan Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerini,

f) Başkan: Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanı,

g) Tüketici: Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi,

h) Satıcı: Kamu kurum ve kuruluşları da dahil olmak üzere tüketiciye mal veya hizmet sunan gerçek veya tüzel kişiyi,

ı) Tüketici Örgütleri: Tüketicinin korunması amacıyla kurulan dernek, vakıf ve tüketim kooperatiflerini,

i) Hizmet: Bir ücret veya menfaat karşılığı yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetleri, ifade eder.

Hakem Heyetlerinin Kuruluşu ve Görev Alanı

Madde-5. Tüketiciler ile satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkları çözümlmek ve tüketici mahkemelerinde delil olarak ileri sürebilecek kararları almak üzere il ve ilçe merkezlerinde hakem heyetleri kurulur.

İl hakem heyetleri il merkezi sınırları içinde, ilçe hakem heyetleri ise ilçe sınırları içinde görevli ve yetkilidir. Başvurular, tüketicinin mal veya hizmeti satın aldığı satıcının bulunduğu yerdeki hakem heyetine yapılır. Kapıdan satışlarla ilgili uyuşmazlıklarda tüketicinin bulunduğu yerdeki hakem heyetine başvurulur.

Tüketicinin ikametgahı ile satıcının bulunduğu yerin farklı olması halinde tüketici başvurusunu, ilgili hakem heyetine intikal ettirmek üzere, ikametgahının bulunduğu yer hakem heyetine de yapabilir.

Büyükşehir statüsünde bulunan illerde kurulan il hakem heyetleri, mal ve hizmet bedeli Bakanlıkça her yıl başında belirlenecek tutarın üzerindeki uyuşmazlıklara bakmakla görevli ve yetkilidir. Bu bedelin altındaki uyuşmazlıklara; büyükşehir belediyesi sınırları dahilinde kurulu ilçelerdeki hakem heyetlerince ikinci fıkrada belirtilen esaslar uyarınca bakılır.

Hakem heyetleri; görev, yetki ve çalışma kapsamı dışında kalan başvuruları doğrudan ilgili kuruluşlara veya hakem heyetlerine intikal ettirir.

Hakem Heyetlerinin Sayısı

Madde-6. Bakanlıkça, büyükşehir statüsünde bulunan illerde ve ayrıca ihtiyaç halinde diğer il ve ilçelerde il müdürlüklerinin görüşü alınarak birden fazla hakem heyeti kurulabilir.

Hakem Heyetlerinin Başkan ve Üyeleri

Madde-7. Hakem heyetleri, başkan dahil 5 üyeden oluşur. Heyetin başkanlığı illerde sanayi ve ticaret il müdürü veya görevlendireceği bir memur, ilçelerde kaymakam ya da görevlendireceği bir memur tarafından yürütülür.

Diğer üyeler şunlardır:

a) Belediye Başkanının görevlendireceği uzman personel,

- b) Baronun mensupları arasından görevlendireceği bir avukat,
- c) Tüketici örgütlerinin seçecekleri bir üye,
- d) Satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunlardan ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının, satıcının esnaf ve sanatkar olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkarlar odaları birliğinin, ilçelerde esnaf ve sanatkarlar odalarının görevlendireceği bir üye,

Hakem heyetlerinin oluşumunun sağlanamadığı yerlerde noksan üyelikler başkanın, belirlenecek üye sayısını yazılı olarak bildirmesi üzerine, belediye meclislerince re'sen doldurulur. Bu üyelerin isimleri yapılacak ilk toplantıda belirlenerek başkana bildirilir.

Hakem heyetinin kuruluşu sırasında tüketici örgütü bulunmayan il ve ilçelerde tüketici örgütlerinden birinin sonradan kurulması halinde, belediye meclisi tarafından tespit edilen üyenin görevi sona erer ve yerine tüketici örgütü temsilcisi görev alır. Buna ilişkin işlemler, hakem heyeti başkanınca yürütülür.

Başkan dışındaki üyelerin görev süresi iki yıldır. Görev süresi sona erenin üyeliği, yerine görevlendirilen kişi göreve başlayıncaya kadar devam eder.

İllerde sanayi ve ticaret il müdürleri, ilçelerde kaymakamlar il veya ilçe hakem heyetleri başkanı olarak görevlendirdikleri memurları değiştirebilirler. Geçici görev, izin, hastalık ve benzeri nedenlerle, il veya ilçe hakem heyeti başkanının hakem heyeti toplantılarına katılmaması durumunda, illerde il müdürü, ilçelerde kaymakam tarafından: il müdürlüğü ve kaymakamlık personeli arasından geçici görevlendirme yapılır.

İstifa, ölüm, altı aydan fazla sürekli hastalık ve diğer nedenlerle görevi sona erenler ile görevine son verilenlerin yerlerine bu maddenin iki ve üçüncü fıkra hükümlerine göre yeni üye görevlendirilir.

Bu suretle boşalan üyelikler için görevlendirilenler, yerine atandığı kişinin kalan süresini tamamlar.

Üyelerde Aranacak Şartlar

Madde-8. Hakem heyetleri üyelerinin aşağıdaki şartları taşımaları zorunludur:

- a) TC vatandaşı olmak,
- b) 18 yaşından küçük olmamak,
- c) Ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref veya haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak,
- d) Kamu haklarından mahrum bulunmamak,
- e) Yetkili sağlık kuruluşundan anılacak rapor ile belirlenen ve görevini devamlı yapmasına engel olabilecek vücut veya akıl hastalığı bulunmamak,
- f) İllerde en az lise, ilçelerde en az ortaokul veya denkliği Milli Eğitim Bakanlığı'nca kabul edilen eğitim kurumlarından birini bitirmiş olmak,

Bu şartları taşımadıkları sonradan anlaşılanların görevlerine başkan tarafından son verilir.

Tüketici Örgütleri Temsilcilerinin Tespiti

Madde-9. Hakem heyetlerinde temsil edilecek tüketici örgütleri; illerde il müdürlükleri, ilçelerde kaymakamlıklar tarafından tespit edilir ve durum bu tüketici örgütüne bildirilir.

İl veya ilçe merkezinde öncelikle tüketici derneği, yoksa tüketici vakfı, vakfın bulunmaması durumunda tüketim kooperatifi hakem heyetine temsilci göndermek üzere belirlenir. Bunların tespitinde sırasıyla;

- a) Hakem heyetinin bulunduğu il veya ilçe merkezinde çalışmaların faal olarak yürütülmesi,
- b) İl veya ilçe merkezinde aynı türden tüketici örgütü varsa, kayıtlı üye veya ortak sayısının en fazla olması,
- c) Ülke düzeyinde kurulan ve faaliyette bulunan şube sayısı, dikkate alınır.

Bu suretle tespit edilen tüketici örgütü yönetim kurulu, temsilcisini belirleyerek illerde il müdürlüğüne, ilçelerde kaymakamlıklara bildirir.

Her il ve ilçede belirlenen tüketici örgütlerinin unvanları ve seçilen temsilcilerinin kimlikleri il müdürlüklerince toplu halde 15 gün içerisinde genel müdürlüğe bildirilir.

Büyükşehir statüsünde bulunan illerde büyükşehir belediyesine ait sınırlar içerisinde yer alan ilçelerden birinde tüketici örgütünün bulunmaması durumunda, kurulacak olan hakem heyetine, büyükşehir belediyesine ait sınırlar içerisinde yer alan diğer ilçelerde faaliyet gösteren tüketici örgütleri arasından yukarıda belirtilen koşullara göre üye seçilir.

Raportör

Madde-10. Başkan tarafından illerde il müdürlüğü personeli arasından, ilçelerde ise devlet memurları arasından en az biri raportör olarak görevlendirilir.

Raportör, hakem heyetinin çalışmalarına ve kararlarına esas olacak rapor ve dosyaları hazırlayarak heyete sunar. Aynı uyuşmazlık konusunda başvuru halinde dosyaları birleştirir. Toplantı ve karar tutanağını yazmak ve gerektiğinde hakem heyeti üyelerine konu ile ilgili bilgi vermek üzere toplantılarda hazır bulunur. Raportörün oy hakkı yoktur.

Büro Personeli

Madde-11. Başvuruların sayısına ve il veya ilçelerdeki nüfus yoğunluğuna göre gerekli görüldüğünde;

- a) Dosya, evrak ve arşiv işlerini yürütmek,
- b) Toplantı tutanaklarını tutmak, karar defterine kaydetmek,
- c) Toplantı gündemini düzenlemek,
- d) Başkanın ve hakem heyetinin uygun gördüğü diğer işleri yapmak üzere başkan tarafından büro kurulur ve yeterli sayıda personel görevlendirilir.

Çalışma Usul ve Esasları

Başvuru

Madde-12. Uyuşmazlıklarla ilgili başvuru, uyuşmazlık konusunu içeren dilekçenin, delil oluşturan ilgili belgelerle birlikte hakem heyetine verilmesi ile yapılır.

Tüketici aynı uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak birden çok hakem heyetine başvuramaz. Aksi takdirde diğer taraf lehine derdestlik itirazında bulunma hakkı doğar.

Tüketicinin uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak aynı hakem heyetine birden fazla başvuru yapması durumunda da ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Tüketiciler ve satıcılar arasındaki uyuşmazlıklarda kanunun 23. Madde hükümleri saklıdır.

Karar Süresi

Madde-13. Müracaatlar, başvuru tarih ve sırasına göre en geç bir ay içerisinde hakem heyetince görüşülür ve karara bağlanır.

Başvurular, tarafların ivedi inceleme talebi bulunduğu veya gerekli görüldüğü hallerde hakem heyetlerince öncelikle gündeme alınarak sonuçlandırılır.

Tüketicinin yabancı turist olması durumunda da ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

Toplantı Zamanı

Madde-14. Toplantılar her ayın ikinci ve dördüncü haftalarının ilk günleri, en az ayda iki defa, resmi tatil günlerine rastladığında tatilden sonraki ilk çalışma gününde olmak üzere yapılır.

Gündemde görüşülecek uyuşmazlık konusu bulunmadığı takdirde toplantı yapılmaz.

Başkanın Çağrısı İle Toplanma

Madde-15. Başkanın çağrısı üzerine, öncelikle görüşülmesi gereken konularda hakem heyetleri olağanüstü toplanır. Toplantı tarihi üyelere iki gün önce yazılı olarak bildirilir. Bu tür toplantılar ayda birden fazla olamaz.

Toplantı Yeri ve Gündem

Madde-16. Toplantılar, bakanlık taşra teşkilatının bulunduğu yerlerde il müdürlüğünde, bulunmadığı yerlerde ise kaymakamlık binasında yapılır.

Toplantı gündemi başkan tarafından 12 ve 13. Maddeler uyarınca belirlenir ve toplantı başlamadan önce üyelere dağıtılır.

Toplantı ve Karar Yeter Sayısı

Madde-17. Hakem heyeti en az üç üye ile toplanır ve oturuma katılanların oyçokluğu ile karar verir.

Üyeler çekimser oy kullanamaz. Oyların eşit olması halinde başkanın oy kullandığı taraf çoğunlukta sayılır.

Toplantılara Katılma Mecburiyeti

Madde-18. Hakem heyeti üyeleri toplantılara katılmak zorundadırlar. Geçerli mazeretleri sebebiyle oturuma katılmayacak üyeler, durumlarını toplantıdan önce başkana bildirirler. Birbirini takip eden toplam 4 toplantıya mazeretsiz olarak veya mazeretli de olsa üç aylık sürede yapılan toplantılara hiç katılmayanların üyeliği düşer.

Toplantılara Katılmayacaklar

Madde-19. Hakem heyetleri başkan ve üyeleri; Kendisi, usul ve furuundan biri ile eşi ve üçüncü dereceye kadar, bu derece dahil, kan ve sıhri hısımları ile ilgili uyuşmazlıkların görüşülmesine ve bu konuda yapılacak oylamaya katılamazlar.

İnceleme Şekli

Madde-20. İnceleme esas olarak raportör tarafından hazırlanan rapor ve ilgili belgelerin yer aldığı dosya üzerinde yapılır. Ayrıca hakem heyetince gerekli görüldüğü hallerde taraflar dinlenir.

Çözümü bilirkişi incelemesini gerektiren uyuşmazlık konularında, hakem heyetince bir kişiden fazla olmamak üzere bilirkişi görevlendirilebilir. Aynı konuda birden fazla bilirkişi incelemesi yaptırılamaz.

Hakem Heyeti Kararlarının Kapsamı

Madde-21. Hakem heyetlerinin kararları yalnız verildikleri uyuşmazlıklara ilişkin olup, ancak bunlar için hüküm ifade eder.

Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi

Madde-22. Hakem heyeti uyuşmazlık konusu her türlü bilgi ve belgeyi taraflardan, ilgili kurum ve kuruluşlardan isteyebilir.

Karar Tutanağı

Madde-23. Toplantıda görüşülen konular ve alınan kararlar en az iki nüsha olarak, toplantı sırasında tutanakla tespit edilir. Tutanak, başkan ve üyeler tarafından imzalanır. Bu nüshalardan biri bürodaki dosyasında muhafaza edilir, diğer ise sayfaları müteselsil sıra

numaralı karar defterine yapıştırılarak il müdürlüğü ve kaymakamlık mührü ile köşelerinden mühürlenir.

Kararın Bildirimi

Madde-24. Kararlar, alındığı tarihten itibaren üç gün içinde taraflara yazılı olarak bildirilir.

Kararın İlanı

Madde-25. Hakem heyetlerince alınan kararların taraf ve sonuçlarını gösteren listeler, illerde il müdürlüklerinde, ilçelerde kaymakamlıklarda duyuru panolarında aylık olarak ilan edilir.

Faaliyet Raporu

Madde-26. Hakem heyetleri dörder aylık dönemler halinde hazırlayacakları faaliyet raporlarını dönem bitiminden itibaren 15 gün içerisinde il müdürlüklerine gönderirler.

İl Müdürlüklerinde toplanan raporlara ilişkin bilgiler, birinci fıkrada belirtilen sürenin bitiminden itibaren 15 gün içinde genel müdürlüğe yazılı olarak bildirilir.

Giderler

Madde-27. Hakem heyetlerinin kuruluş çalışmalarına ilişkin tüm giderler, 4077 sayılı Kanununun 29. Maddesi hükmü uyarınca bakanlık bütçesine konulan ödenekten karşılanır.

Huzur Hakkı

Madde-28. Hakem heyetleri başkan ve üyelerine ayda ikiden fazla olmamak üzere, toplantı başına huzur hakkı ödenebilir.

Huzur hakkı, miktarı ve verilme esasları, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak, bakanlıkça belirlenir.

Yürürlük

Madde-29. Maliye Bakanlığı ile Sayıştay'ın görüşleri alınarak hazırlanan bu Yönetmelik, 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde-30. Bu Yönetmelik hükümlerini Sanayi ve Ticaret Bakanı yürütür.

YEDİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM

GENEL AÇIKLAMA
CENEVRE (AVRUPA) SÖZLEŞMESİ
MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİMİN TÜRLERİ
YABANCI HAKEM KARARLARININ
TENFİZİ VE TANINMASI
NEW YORK SÖZLEŞMESİ
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE
USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN (MÖHUK)
MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (MTO)
(MTO) TAHKİMİ

MİLLETLERARASI TİCARİ TAHKİM

GENEL AÇIKLAMA

TANIM

Milletlerarası ticareti ilgilendiren akitlerden doğan ihtilâfların halline matuf tahkimler, milletlerarası ticarî tahkim olarak vasıflandırılmaktadır. 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticarî Tahkim Sözleşmesi de aynı tarifi vermektedir.¹

TARİHİ GELİŞİMİ

Genel Olarak

Devletlerin iç hukuk kurallarının milletlerarası ekonomik ilişkilerden doğan ihtilâfların çözümünde yetersiz kalması, milletlerarası ticari uyumsuzluğun çözümü için milletlerarası bir mahkemenin bulunmaması, milletlerarası ticarî tahkimin doğmasına ve gelişmesine yol açmıştır. Bilhassa 20. Yüzyılda değişik ülke tabiiyetindeki şahıs ve firmaların çok sıkı alış veriş içine girmeleri, bölgesel ekonomik birliklerin kurulması, gümrük duvarlarının kaldırılmasına yönelik düzenlemeler, teknolojik gelişmeler, fikrî ve sınai hakların tanınması gibi gelişmeler oldukça hızlı bir seyir izlemektedir.

Bu gelişmeler karşısında ülkelerin iç mevzuatının yetersiz kalması veya ülkelerin yasa yapmada ağır davranarak bu gelişmelere uygun planlamalar yapamamaları, milletlerarası ihtilâfların mahkemeler yoluyla değil milletlerarası hakemler eliyle çözümlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Milletlerarası ticarî tahkimin gelişmesinde bir başka etken de, milletlerarası ticaret hukukunun, ülkelerin maddî hukuk kuralları

¹ Cemal ŞANLI, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk", (Ankara: 1986, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay), s. 32.

yerine milletlerarası örf ve âdet ile hak ve nesafet kurallarını uygulamaya yatkın olmasıdır.

Milletlerarası ticarî tahkimin kuralları; milletlerarası anlaşmalar ve milletlerarası kuruluşlar veya bölgesel birlikler tarafından hazırlansa da, hiçbir zaman ülkelerin iç hukukundan bağımsız olamamıştır. Ülkelerin yerli veya yabancı hakem kararlarının tenfizinde, ülke menfaatleri açısından koydukları kamu düzenli kurallar, milletlerarası ticarî tahkimin ülkelerdeki uygulamalarına sekte vuracak düzeyde olsa da, çok taraflı anlaşmalarla sağlanan gelişmeler zamanla milletlerarası ticarî tahkimi, ülkelerin iç hukuklarından bağımsızlaşmaya doğru götürmektedir. Bu bağımsızlaşma seyri, aynı zamanda milletlerarası ticarî tahkimin de tarihini ortaya koymaktadır.

Milletlerarası ticarî tahkimin tarihi seyri 1923'te Cenevre'de Milletler Cemiyeti önderliğinde düzenlenen bir protokol ile başlatılmıştır. 1923 CENEVRE PROTOKOLÜ olarak ifade edilen protokol milletlerarası ticarî tahkimin ilk düzenlemesidir. Türkiye bu Protokolü imzalamamıştır.

1923 Cenevre Protokolünden hemen sonra 1927'de Milletler Cemiyetine üye ülkelerce yine Cenevre'de, CENEVRE YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ KONVANSİYONU imza altına alınmıştır. Türkiye bu Sözleşmeyi de imzalamamıştır.

1919'da Paris'te kurulan Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)'nin girişimi ve Birleşmiş Milletler Teşkilatının önderliğinde 10 Haziran 1958'de New York'ta yapılan Konferans sonunda YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI ve İCRASI KONVANSİYONU (NEW YORK SÖZLEŞMESİ) 45 devlet tarafından imzalanmıştır. New York Sözleşmesi kendinden önceki 1923 Cenevre Protokolünü ve 1927 Cenevre Sözleşmesini'ni yürürlükten kaldırmıştır. Türkiye de bu Konferansa katılarak Sözleşme Protokolünü imzalamış, fakat Protokolün onay kanunu 1991'de yürürlüğe girebilmiştir.

Yine 21 Nisan 1961'de Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun önderliğinde Cenevre'de AVRUPA KONVANSİYONU (CENEVRE SÖZLEŞMESİ) imzalanmıştır. Bu Sözleşmeye Türkiye imza koymuş, fakat bu protokolün de onaylanarak yürürlüğe girmesi 1991'de mümkün olabilmıştır.

Türkiye’de

Milletlerarası ticarî tahkimde en önemli husus, milletlerarası ticaret hakemlerinin verdiği hakem kararlarının Türkiye’de tenfizi konusudur. 2 Mayıs 1982 tarihinde kabul edilerek 22 Mayıs 1982 de yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK)’a kadar, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler, Türk hukuk mevzuatında bulunmamaktaydı. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda da yabancı hakem kararlarının tenfizine dair bir hüküm yoktu. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kurallar ve uygulama Yargıtay tarafından yapılan içtihatlarla belirlenmekteydi.

Bu nedenden ki, yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda muhtelif dönemlerde muhtelif içtihatlar söz konusu olmuştur. Yargıtay’ın 1991 yılına kadar yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icrası için uyguladığı kriter, “yabancı hakem kararlarının, yabancı mahkeme kararları gibi, tenfize tabi tutulacağı” şeklindedir. Yargıtay bu kararları ile tahkimi bir özel hukuk kurumu olmaktan ziyade, usul hukuku alanına giren bir kurum olarak değerlendirmiştir.²

Nihayet 23.11.1982 tarihinde MÖHUK’un ve 1991’de birbirini tamamlayan New York ve Cenevre Sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi ve bu sözleşmelerin Anayasanın 90/son maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası olarak kabul edilmeleri ile birlikte, yabancı hakem kararlarının tenfizi, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden ayrılmış, bağımsız hale getirilmiştir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.7.1991 tarih ve 1991/2383-3667 sayılı kararı ile 1.10.1991 tarih ve 1991/1736-4425 sayılı kararında, New York Sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının usul ve yasaya aykırı olmadığı içtihat edilmiştir.³

KAPSAM

Milletlerarası ticarî tahkimin konu ve kapsamı, maddî ilişkinin milletlerarası ticareti ilgilendirip ilgilendirmediğine göre tespit olunmaktadır. Diğer bir deyişle tarafların hukukî statüsü tahkimin tür ve mahiyetini değiştirmeyecek, devlet veya devletler kontrolün-

² Mahmut T. BİRSEL, “TOBB Tahkim Şartnamesi İç Yönetmeliği ve Mevzuat” (Ankara: 1998), s. 24.

³ Mahmut T. BİRSEL, a.g.e., s. 29.

deki kuruluşlarla özel şahıslar arasındaki akitlerden doğan tahkimler de, konu itibariyle milletlerarası ticareti ilgilendirdikleri ölçüde, milletlerarası ticarî tahkimin kapsamında değerlendirilecektir.⁴

Milletlerarası ticarî tahkimin konusu, milletlerarası akitlerden doğan ihtilâfların çözümü olmakla birlikte, millî hukukun etkisi dışında değildir. Zira milletlerarası bir ihtilâfın tahkimle hatta milletlerarası tahkimle çözümlenip çözümlenemeyeceği, tahkim kararının tenfiz edileceği millî hukukun kurallarına da bağlı olmaktadır. Örneğin, New York Sözleşmesinin 1. Maddesi üye devletlere, "Sözleşmeyi sadece kendi hukuk sistemlerine göre ticarî sayılan ihtilâflarla ilgili hakem kararlarına teşmil edebilecekleri" çekincesini koyma hakkı tanımıştır.

Milletlerarası ticarî tahkime, devletlerin millî mevzuatlarına uygun çekinceler koymalarına rağmen, milletlerarası ticaretin gelişmesi ile orantılı olarak milletlerarası ticarî tahkim devamlı özerk bir gelişme göstermektedir. Bu yönüyle milletlerarası ticarî tahkim kurumunun, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarının bir gereği olduğu gözlemlendiği gibi, bu tahkim yargılamasının kurallarının millî hukuklardan az da olsa bağımsız düzenlemelerle geliştiğini de göstermektedir.

Milletlerarası ticarî tahkimde hakemlerin izlediği yargı tekniği, ihtilâfları milletlerarası ticaretin ve bu ticarî camia içindeki sektörlerin uygulamalarından doğan ve gelişen kurallar ve standartlar esas alınarak bağlamak şeklinde oluşmaktadır. Yaşanan bu gelişme, milletlerarası ticaretin ve milletlerarası ticarî tahkimin ihtiyaçlarına ve amacına daha uygundur.⁵

PROSEDÜR

Milletlerarası ticari tahkimin usul ve işleyişine dair bilgiler, Cenevre (Avrupa) Sözleşmesinde etraflıca yer almaktadır. Cenevre Sözleşmesine göre:

Taraflar, ihtilâfı çözecek hakemleri, sayısını, niteliklerini, seçim şeklini, tahkim sözleşmesi ve şartını, tahkim yerini, tahkimde uygu-

⁴ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 34.

⁵ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 416.

lanacak maddi hukuku ve usul hukukunu, lisansı v.s. serbestçe kararlaştırabilirler.

Milletlerarası tahkimde taraflara tanınan bu serbestlik, sadece tarafların iradelerini aşan durumlarda –kamu düzeninin müdahale ettiği durumlarda– milli mahkemeler tarafından hakem kararının tenfizi sırasında milli mahkemelerde engellemeye uğrayabilmektedir. Bunun dışında taraf iradeleri oldukça geniş bir çerçeveye yayılmaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde taraflarla hakemler arasında “hakem akdi” kurulmaktadır. Bu akit, davanın başlangıcında taraflarla hakemler arasında imzalanan “yetki belgesi” ile gerçekleşmektedir.

Tahkimde çok önemli diğer bir unsur da Tahkim Sözleşmesidir. Bu sözleşme olmadan tahkim olmaz. Tahkim Sözleşmesi, müstakil bir sözleşme olabileceği gibi, taraflar arasındaki ilişkiyi belirleyen maddi hukuk sözleşmesinin içine konan bir madde (kloz) ile de yapılabilir.

Tahkim Sözleşmesinin geçerli olması için, tahkim sonucunda verilecek hakem kararının tanınacağı ve tenfiz edileceği ülke usul hukukuna uygun olması gereklidir. Diğer bir anlatımla, taraflar arasında yapılacak tahkim sözleşmesi, usul hukukunun kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamalıdır.

Taraflar tahkim sözleşmesinde (Ad Hoc) tahkimi tercih edebilirler. Bunun için de tahkimle ilgili tüm prosedürü belirleyebilirler. Taraflar isterlerse tahkim prosedürünün belirlenmesini hakemlere de bırakabilirler. Bu halde tahkimde uygulanacak usul kurallarını hakemler belirleyeceklerdir.

Taraflar kurumsal tahkimi tercih ettiklerinde, tahkim sözleşmesini ve tahkimde uygulanacak kuralları fazlaca detaylandırmayabilirler. Bu halde de tarafların tayin ettikleri tahkim kurumunun tahkime ilişkin kuralları geçerli olacaktır.

Tarafların, tahkimde uygulanacak usulü belirlememeleri veya uluslararası tahkim kurumunun kurallarına atıf yapmamaları durumunda, hakemler, tahkim usulünü, tahkimin cereyan ettiği ülkenin usul hukuku kurallarına göre belirleyeceklerdir. Bu durumda hakem kararının tanınması ve tenfizi konusunda sorunlar yaşanabilir.

Taraflar tahkimde uygulanacak maddi hukuku da belirleyebilirler. Bunun için maddi hukuk sözleşmesine bir madde (kloz) koymaları yeterlidir. Bu belirlemeyi ayrı bir sözleşme ile de yapabilirler. Taraflar maddi hukuk seçimi yapmadıklarında, hakemler kurumsal tahkim içinde iseler, o kurumun tüzük ve yönetmeliklerinde yer alan Kanunlar İhtilâfı Kurallarından hareketle esasa uygulanacak hukuku tespit ve tayin edeceklerdir. Tahkim kurumunun Kurallarında herhangi bir Kanunlar İhtilâfı Kuralı mevcut değilse veya ad hoc tahkime gidilmişse, genel uygulama, tahkimin cereyan ettiği ülkenin Kanunlar İhtilâfı Kurallarının uygulanması yönündedir.⁶

Türkiye’de henüz “Uluslararası Ticari Tahkim Kuralları”nı içeren kanun yapılmamıştır. Bu nedenle uluslararası ticari tahkim prosedürüne, Avrupa (Cenevre) Anlaşması hükümleri ve iç tahkime ilişkin HUMK hükümleri uygulanmaktadır. Müstakil bir kanunun olmaması sebebiyle HUMK hükümlerinin uygulanması ve Avrupa Anlaşmasının sınırlı uygulama alanı dolayısıyla bu durum, Türkiye’de cereyan edecek uluslararası ticari karakterli tahkim davaları bakımından ciddi karışıklıklar ve belirsizlikler ortaya çıkarmaktadır. Özellikle uluslararası kurumsal tahkim merkezlerinin kurallarına göre tahkime gidildiğinde, taraflarca tayin edilen kurumun tahkim kuralları ile mahalli tahkim mevzuatının “emredici” veya “kamu düzenine dayanan” kuralları arasındaki farklılıklar, ciddi sorunlar yaratmaktadır.⁷

Türk hukuk mevzuatında uluslararası ticari tahkim kurallarına ilişkin bir düzenleme yoktur. MÖHUK, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine dair hükümler içermekte, fakat tahkim prosedürüne ilişkin kurallara yer vermemektedir.

Ayrıca uluslararası ticari uyuşmazlıklar alanında kurumsal olarak tahkim hizmeti veren kurumlarımız da yoktur. “Oysa ki Türkiye, Ortadoğu ve İslâm Ülkeleri ile ya da genel olarak Doğu ve Asya Ülkeleri ile Batı arasındaki ticari uyuşmazlıklar bakımından ideal bir

⁶ Cemal ŞANLI, “Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”, (İstanbul: 1996, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay.) s. 246.

⁷ Cemal ŞANLI, a.g.e. s. 247.

tahkim ülkesi olabilir. Ancak Türkiye henüz bu tür hizmeti ifa edecek hukuksal alt yapıya ve kurumlara sahip değildir.”⁸

Esasen Türkiye iç tahkimi kurumsal olarak uygulama bakımından da yeterli kurumlara sahip değildir. Hatta tahkimi kendi insanına yeteri kadar izah edememiş, kurumlarını oluşturamamıştır. Var olan kurumlar da tahkimi kurumsal düzeyde geliştirme imkanına kavuşmuş değildir.

TERCİH NEDENLERİ

Daha önce iç tahkimle ilgili olarak saydığımız tahkimin tercih nedenleri, milletlerarası ticarî tahkim için de geçerli ve önemlidir:

– Gizlilik, tahkimin en önemli tercih nedenlerinden biridir. Bilhassa milletlerarası ticarî ilişkilerde hiçbir ticarî kuruluş, şirketi ve pazarı ile ilgili ticarî ve sınaî sırlarının piyasaya dökülmesini istemez. Bu nedenle de ihtilâflarını millî veya milletlerarası mahkemeler yerine milletlerarası tahkime götürmeyi arzu eder. Tahkimin üçüncü şahısların erişemeyeceği mekanlarda yapılıyor olması ve hakem kararlarının tarafların rızası olmadan yayınlanamaması tahkimi elbette cazip kılmaktadır.

– Ayrıca tahkimle ilgili millî kuruluşların uyguladıkları maddî hukuk ve usul kuralları, pek tabiidir ki millî kanunlara ve örf-âdete uygun olmaktadır. Milletlerarası ticarete ise millî kuralların bir kısmı geçerliliğini yitirmiş veya gelişmelere ayak uyduramamış veyahut milletlerarası ticarî tahkimle ilgili yeni içtihatlar ve uygulamalar karşısında yetersiz kalmış olabilir. Milletlerarası ticaret hakemleri, taraflar arasında karşılaştırılan maddî hukuk ve usul hukuku kurallarını uygulamakta, dolayısıyla taraf iradelerine bağlılıkta millî tahkim kuruluşlarına nazaran daha serbest olabilmektedirler. Milletlerarası ticarete ait örf ve teamüllerin bilinmesi ve uygulanması açısından, milletlerarası ticaret hakemlerinin tecrübe ve birikimleri, milletlerarası ticaretle iştiğal edenlerce takdire şayan görülmektedir.

– Tahkimin bir sulh yolu olduğu gerçeği de, tahkime, dolayısıyla milletlerarası ticarî tahkime ilgiyi arttırmaktadır. Tahkimin çoğu zaman sulh ile sona ermesi nedeniyle taraflar arasındaki ticaretin

⁸ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 247.

devamı arzu edilir. İşte tahkim sonucunda ortaya çıkması muhtemel uzlaşma hali milletlerarası ticarî tahkimin de tercih nedenlerinden biri olmaktadır.

– Milletlerarası Ticaret Hakemlerinin kararlarının millî mahkeme kararları gibi bir devletin yargı egemenliğinin uzantısı olarak görülmemesi, bu kararların tenfizinde bir müsamahayı da beraberinde getirmektedir.⁹ Dolayısıyla milletlerarası ticarî tahkim kararları, kamu düzenine açıkça aykırı olmamak kaydıyla, mahkeme kararlarından daha çabuk ve kılı kırk yarmadan tenfiz edilebilmektedir. Millî mahkemelerin tenfiz sırasında gösterdikleri müsamaha ticarî tahkimin işlevini etkin biçimde göstermesine, dolayısıyla milletlerarası ticarî tahkimin tercih edilmesine neden olmaktadır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi; MÖHUK'un ve New York ve Cenevre Sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi ile bu Sözleşmelerin Anayasanın 90/son maddesi uyarınca iç hukukun bir parçası olarak kabulü; yabancı hakem kararlarının tenfizinin, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden ayrılmasına, dolayısıyla bu kararların bağımsız hale gelmesine, bu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasının usul ve yasaya aykırı olmadığına Yargıtay tarafından içtihat edilmesine ve böylece daha güvenli bir milletlerarası tahkim prosedürünün Türkiye'de uygulanmasına neden olmuştur.¹⁰

Kısaca, milletlerarası ticarete taraflar hukukî güven, istikrar, kesinlik ve ticarî ilişkinin sonucu hakkında kesine yakın bir öngörü beklentiler. Milletlerarası ticarî tahkim, milletlerarası ticaretle ilgilenenlerin bu amaçlarına en uygun yargı usulü olmaktadır.

İç tahkimde bir tercih nedeni ve tahkimin önemli bir yararı olarak ifade edilen "ucuzluk ve çabukluk" unsuru, Milletlerarası ticarî tahkimde genellikle geçerli olmamaktadır. Zira milletlerarası ticaret hakemleri genellikle farklı ülke vatandaşları arasından seçilmektedir. Hakemlerin bir araya gelip ihtilâfı değerlendirmeleri ve karar vermeleri uzun zaman alabilmektedir. Ayrıca milletlerarası hakemlerin ve tahkimi organize eden kurumların aldıkları ücretler de yüksek oldu-

⁹ Cemal ŞANLI, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 67.

¹⁰ Bkz.: Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.7.1991 tarih ve 1991/2383-3667 sayılı ve 1.10.1991 tarih ve 1991/1736-4425 sayılı kararları.

ğundan ucuzluk unsurunun milletlerarası ticarî tahkimde bir özelliği bulunmamaktadır.

Milletlerarası ticarî tahkim, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarından doğmuştur. Bu ihtiyaca cevap verebilmesi için de kendinden beklenen yararı sağlaması ve geliştirmesi gerekmektedir. Bu ise onun tercih nedenlerinin gelişmesine bağlıdır. Milletlerarası ticarî tahkimin mümkün olduğu kadar millî hukuklardan bağımsız, fakat genel geçer ahlaki ve ticarî kaidelere uyumlu olarak çalışması ve milletlerarası bir hukukî karaktere sahip olması kaçınılmazdır.

Bugün milletlerarası karakterli ticarî ilişkilerden doğan pek çok tahkim, hakemlerce, herhangi bir millî hukuk sisteminin desteğine dayanmaksızın, doğrudan tarafların iradî düzenlemeleri, Milletlerarası Kanunlar İhtilâfı Kuralları veya milletlerarası ticaretin maddî normları üzerinde karara bağlanmaktadır. Hakemlerce bu şekilde verilen kararlar, mahalli yargı alanlarında tanınmakta, tenfiz edilmektedir.¹¹

İşte bu aşamada milletlerarası ticari tahkim yargısının kurallarını oluşturan Cenevre (Avrupa) Anlaşması önem kazanmaktadır. Avrupa (Cenevre) Anlaşması genel olarak tahkim prosedürü ve tahkimin esaslarını düzenlemektedir.

¹¹ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 415.

CENEVRE (AVRUPA) SÖZLEŞMESİ

21 Nisan 1961

Aşağıda imzası bulunan,

Yetkili şahıslar,

Birleşmiş Milletler Teşkilatının Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun himayesinde birleşerek,

10 Haziran 1958 tarihinde New York'da Milletlerarası Ticari Hakemlik konusunda akdedilen konferans neticesinde, yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası için bir sözleşmenin, imzalandığını müşahade ederek ve Avrupa ticaretinin gelişmesine yardım etmek, Avrupa'nın muhtelif memleketlerine mensup gerçek veya tüzel kişileri arasındaki münasebetlerde milletlerarası ticari hakemliğin teşkilatlanmasına ve işlemesine engel olabilecek bazı güçlükleri imkan nispetinde gidermek amacıyla aşağıda yazılı hükümler üzerinde anlaşmaya varmışlardır.¹²

Sözleşmenin Tatbik Alanı

Madde-1. 1. İş bu Sözleşme hükümleri,(*)

a) Milletlerarası ticari faaliyetlerden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların halli için akdolunan veya akit sırasında mutad meskenleri veya muamele merkezleri değişik âkid devletlerde bulunan hakiki veya hükmi veya hükmi şahıslar arasındaki hakemlik anlaşmaları; ve

b) İş bu maddenin birinci paragrafının (a) bendinde belirtilen anlaşmalara dayanan hakemlik usulü ve hakem kararları hakkında uygulanır.

2. İş bu Sözleşmeye göre,

¹² Türkiye bu Sözleşmeyi 8.5.1991 tarih ve 3730 sayılı kanunla onaylamış olup, 21.5.1991 gün ve 20877 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

(*) Cenevre(Avrupa) Sözleşmesi hükümleri, Erol ERTEKİN- İzzet KARATAŞ, "Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması" isimli kitap- tan alıntılanmış, fakat Sözleşme metninin tercümesinde kullanılan bazı kelimeler basitçe sadeleştirilmeye çalışılmış ve bazı noktalamalar ilave edilmiştir. Metnin orijinal tercümesi için adı geçen esere bakılabilir.

- a) “Hakemlik anlaşması”ndan maksat, bir mukaveleye konulan hakem şartı veya taraflar arasında akdolunan hakem mukavelesidir; Hakem şartının içinde bulunduğu mukavelenin veya hakem mukavelesinin, taraflarca imzalanması, veya tarafların birbirine yolladığı mektup, telgraf yahut teleks metninin içinde bulunması veya; kanunları, yazılı şekil aramayan ülkelerin aralarındaki ilişkilerde, bu kanunların müsaade ettiği şekiller dairesinde akdedilmiş olması lazımdır.
- b) “Hakemlik” terimi, ihtilâfların sadece belirli hadiseler için seçilmiş hakemler tarafından değil (Ad Hoc Tahkim), bunların aynı zamanda daimi hakemlik müesseseleri tarafından halledilmesini ifade eder.
- c) “Muamele Merkezi”nden maksat ise, hakemlik anlaşmasının akdeden tarafın bulunduğu yerdir.¹³

Kamu Hukuku Tüzel Kişilerinin Tahkim Sözleşmesi Yapabilme Ehliyeti

Madde-2. 1. İş bu Sözleşmenin birinci maddesinin birinci paragrafında belirtilen hallerde, haklarında tatbiki gereken kanun tarafından “kamu hukuku tüzel kişileri” olarak vasıflandırılan tüzel kişiler, geçerli surette hakemlik anlaşmaları akdetmek yetkisini haizdirler.

2. İş bu Sözleşmeyi imzaladığı, tasdik ettiği veya buna katıldığı sırada her devlet, yukarıda zikri geçen bağlayıcılığı, açıkladığı belirli şartlarla sınırladığını beyan edebilir.

Madde-3. İş bu Sözleşmenin alanı içine giren hakemliklerde yabancılar hakem seçilebilirler.

Hakemliğin Teşkili

Madde-4. 1. Hakemlik anlaşması akdeden taraflar aşağıdaki hususları serbestçe kararlaştırabilirler.

- a) İhtilâflarının daimi bir hakemlik müessesesi tarafından halledileceğini; bu takdirde hakemlik, tayin edilen müessesenin yönetmeliğine uygun şekilde cereyan eder; veya

¹³ Muamele Merkezi: Tahkim Sözleşmesini akdeden tarafın Sözleşmeyi imzalayan yetkili organının bulunduğu yer. (Şubesi imzalamışsa bu Şubenin bulunduğu yer gibi).

b) İhtilâfların özel olarak teşkil edilen (Ad Hoc) bir hakemlik usulüne tabi olacağını; bu takdirde taraflar bilhassa;

i) Hakemlerin kimler olacağını ve ihtilâf halinde bunların hangi usullere göre seçilebileceğini,

ii) Hakemliğin cereyan edeceği yeri,

iii) Hakemlerin takip edecekleri usul kaidelerini,

serbestçe kararlaştırabilirler.

2. Taraflar aralarındaki ihtilâfın hallini özel (Ad Hoc) bir hakemliğe havale etmeyi kararlaştırmışlar ve hakemlik talebinin davalıya iletildiği günden itibaren otuz gün zarfında taraflardan biri kendi hakemini tayin etmemiş bulunursa; bu hakem, aksine anlaşma yoksa, karşı tarafın isteği üzerine, temerrüt eden tarafın hakemlik talep edildiği andaki daimi ikametgahının veya muamele merkezinin bulunduğu ülkenin ticaret odası başkanı tarafından tayin olunur. Bu paragrafın hükümleri, aynı zamanda, yukarıda belirtildiği şekilde, taraflardan birinin veya ticaret odası başkanının tayin ettiği hakem yerine bir diğerini ikame etmek gerektiği hallerde de tatbik olunur.

3. Eğer taraflar aralarındaki uyuşmazlığın hallini bir veya bir çok hakemden teşekkül eden (Ad Hoc) bir hakemliğe havale etmeyi kararlaştırmışlar ve hakemlik anlaşması, iş bu maddenin 1. Paragrafında belirtilen hallere benzer hakemliğin teşkili için zaruri olan tedbirler hakkında bir açıklık ihtiva etmez ise, sözü geçen tedbirler taraflar anlaşamadıkları takdirde ve yukarıda 2. Paragrafta belirtilen hale zarar gelmemek kaydıyla, seçimleri tamamlanmış olan hakem ve hakemler tarafından alınır.

Eğer taraflar tek hakemin tayini mevzuunda anlaşamayacak veya hakemler alınması gerekli tedbirler hususunda uzlaşamayacak olurlarsa; taraflar, hakemliğin cereyan edeceği yeri tayin etmişlerse davacı, işbu tedbirlerin alınması için ister tarafların tayin ettiği yerin bulunduğu ülkenin yetkili ticaret odasının başkanına, ister hakemlik talebinin ileri sürüldüğü anda davalının daimi ikametgahının veya muamele merkezinin içinde bulunduğu ülkenin ticaret odası başkanına başvurabilir;

Eğer taraflar hakemliğin cereyan edeceği yeri tayin etmemişler ise, davacı, isterse hakemlik talebinin ileri sürüldüğü anda davalının daimi ikametgahının veya muamele merkezinin içinde bulunduğu ülkenin yetkili ticaret odası başkanına, isterse, teşekkülü, şartları ve işleyişi işbu Sözleşme ekinde belirtilen özel komiteye başvurabilir. İşbu paragrafın kendisine tanıdığı hakları davacı kullanmayacak olursa, bu haklar davalı veya hakemler tarafından kullanılabilir.

4. İşe el koyan başkan veya özel komite gerektiğinde aşağıda yazılı yetkileri kullanabilir:

- a) Tek hakemin, başkan-hakemin, üst hakemin veya üçüncü hakemin tayini;
- b) İşbu maddenin 2. Paragrafında belirtilen usul dışında tayin edilmiş bir veya birden fazla hakemin yerine başkalarının ikamesi;
- c) Hakemlerin yenisini seçmek hakları saklı kalmak kaydıyla, hakemlik yerinin tayini;
- d) Taraflar arasında anlaşma olmaz ve hakemler takip edecekleri usul kaidelerini tespit etmezler ise, bunların riayet edeceği usul kaidelerinin, doğrudan doğruya veya daimi bir hakemlik müessesesinin yönetmeliğine atıfta bulunmak suretiyle tespiti.

5. Eğer taraflar ihtilâflarının hallini daimi bir hakemlik müessesesine bırakmayı kararlaştırmışlar ve fakat bunun hangisi olacağını tayin etmemişler ve bu yönde sonradan bir anlaşmaya varmamışlar ise, davacı, yukarıda üçüncü paragrafta belirtilen usule göre gerekli tayinin yapılmasını talep edebilir.

6. Eğer hakemlik anlaşması, tarafların ihtilâflarının hallini tabi tutmak istedikleri hakemliğin türü hakkında, daimi bir hakemlik müessesesi vasıtasıyla, hakemlik veya özel (Ad Hoc) hakemlik konusunda bir açıklık ihtiva etmez ve taraflar bu mesele üzerinde sonradan da uyuşmazlar ise, davacı bu hususta yukarıda üçüncü paragrafta belirtilen usulden faydalanabilmek yetkisini haizdir. Yetkili ticaret mahkemesi başkanı veya Özel Komite, tarafları daimi bir hakemlik müessesesine gönderebilecekleri gibi, isterlerse, tayin edecekleri müddet içinde, bunların, hakemlerini seçmeye ve aynı müddet içinde hakemliğin yürümesi için gerekli tedbirler

üzerinde anlaşmaya davet etmek yetkisini haizdirler. Bu son halde, işbu maddenin iki, üç ve dördüncü paragraflarının hükümleri tatbik olunur.

7. Eğer işbu maddenin 2, 3, 4, 5 ve 6. paragraflarında sayılı bulunan taleplerden biri ile kendisine başvuru ve zikri geçen paragraflardan birine göre tayin edilen ticaret odası başkanı, talebin yapıldığı andan itibaren 60 gün içinde bunun gereklerini yerine getirmez ise, davacı, yerine getirilmeyen görevlerin tamamlanması için özel komiteye başvurmak yetkisini haizdir.

Hakem Mahkemesinin Yetkisizliği Def'i

Madde-5. 1. Hakemin yetkisizliğini gerektiren bir def'i öne sürmek isteyen taraf bunu hakemlik anlaşmasının yokluğuna, butlanına veya hükümden düşmüş olduğuna dayandırmak isterse, hakemlik usulünün cereyanı sırasında en geç esasa ait savunması ile birlikte ileri sürmesi,

ve eğer def'ini ihtilâflı meselenin hallinin hakemin yetkisi dışına çıkmasına dayandırırsa, (def'ini), yetkiyi aşan meselenin hakemlik usulü sırasında ortaya çıktığı anda derhal öne sürmesi lazımdır.

Eğer tarafların bahis konusu def'i öne sürmek hususundaki gecikmesi, hakemin geçerli saydığı bir sebepten ileri gelmiş ise, hakem, def'in kabul edilebilir olduğuna karar verebilir.

2. Yukarıda 1. paragrafta belirtilen ve aynı paragrafın koyduğu müddet içinde ileri sürülmeyen def'iler, hakemin tatbik ettiği kanun gereğince sadece tarafların ileri sürebileceği def'ilerden ise, hakem usulünün sonraki safhasında dikkate alınamaz, ve

Eğer bu def'iler, hakem kararını tasdik veya tenfiz edecek olan mahkemenin kanunlar ihtilâfı kuralının tayin ettiği kanuna göre,

tarafların seçimine terk edilen def'ilerden ise, hakem kararının tasdik veya tenfize ait muhakeme usulünün sonraki safhasında öne sürülemez. Bununla beraber, mahkeme, def'in vaktinden sonra öne sürüldüğüne dair hakem kararını kontrol edebilir.

3. Mahkeme – kanunun belirlediği tenfizi kontrol imkanları saklı kalmak kaydıyla –, yetkisi tartışmalı olan hakemi, ihtilâfa bakmaktan men edemez. Ancak gerek hakemin yetkisi, gerekse hakemlik anlaşmasının yahut bunun bir bölümünü oluşturan esas sözleşme-

nin varlığı veya geçerliliği hakkında hüküm vermeye yetkisi vardır.

Kazaî Selahiyet

Madde-6. 1. Hakemlik anlaşması akdedenlerden birinin müracaatı üzerine ortada hakemlik anlaşması olduğu iddiasıyla işe vaziyet eden mahkemeye karşı davalı tarafından öne sürülecek selahiyetsizlik def'inin (esasa ait iddianın) – işe vaziyet eden mahkeme kanununun selahiyetsizlik def'ini, usule veya esasa müteallik bir mesele telakki etmesine göre –, “hakkın düşmesi müeyyidesi altında” savunmadan evvel veya savunma ile birlikte öne sürülmesi lazımdır.

2. Âkid devlet mahkemelerinin bir hakemlik anlaşmasının varlığı veya geçerliliği hakkında karar vermeleri gerektiği zaman, bunu akdeden tarafların ehliyeti için haklarında tatbiki gereken kanun hükümlerine göre; ve diğer hallerde:

- a) Tarafların hakemlik anlaşmasını tabi kıldıkları kanuna;
- b) Bu konuda anlaşmada açıklık yoksa hakem kararının verileceği ülke kanununa;
- c) Taraflar hakemlik anlaşmasını, herhangi bir kanuna tabi kılmamışlar ve meseleye adli mahkemelerce el konduğu zaman, hakem kararının nerede verileceği tayin edilemiyor ise, işe el koyan mahkemenin kanunlar ihtilâfı kaidesi gereğince selahiyetli olan kanun hükümlerine göre, karar vereceklerdir.

İşe el koyan mahkemenin kanununa göre, bir ihtilâfın hakemlik yoluyla halli caiz değilse, bu mahkeme hakemlik yolu anlaşmasının tanınması talebini reddedebilecektir.

3. Eğer adli mahkemelere herhangi başvuru yapılmadan önce, taraflar arasındaki ihtilâfın halli için hakem usulüne başlanmış ise, aynı ihtilâfın halli veya taraflar arasındaki hakemlik mukavelesinin yokluğunun, hükümsüzlüğünün veya hükümden düştüğünün tespiti için kendilerine başvurulmuş âkid devlet adli mahkemeleri, ciddi sebepler olmadıkça hakem mahkemesinin selahiyeti hakkında karar vermeyi hakem kararının verildiği ana kadar erteleyeceklerdir.

4. İhtiyati veya muhafaza tedbirlerinin alınması için adli bir makama başvurulabilmesi, hakemlik anlaşmasıyla uyuşmaz sayılmayacağı gibi, işin esas bakımından adli mahkemeye tevdi edildiği manasına da alınmamalıdır.

Tatbik Edilecek Hukuk

Madde-7. 1. Taraflar, hakemlerin ihtilâfın esasına tatbik edecekleri hukuku tayin etmekte serbesttirler. Eğer taraflar tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamışlar ise, hakemler, ihtilâfın türüne göre münasip görecekları kanunlar ihtilâfı kurallarının tayin ettiği kanunu tatbik edeceklerdir. Her iki halde hakemler mukavele hükümlerini ve ticari âdetleri dikkate alacaklardır.

2. Taraflar kararlaştırdıkları ve hakemliğin tabi olduğu kanun cevaz verdiği takdirde, hakemler “dostane aracı” olarak ihtilâfı halledeceklerdir.

Hakem Kararının Gerekçeleri

Madde-8. Tarafların,

a) Hakem kararının gerekçeli olması gerekmediğini açıkça belirtmiş olmaları; veya

b) İhtilâfların hallerinde hakem kararlarının gerekçeler ihtiva etmesi âdetten olmayan bir tahkim usulüne tabi kılmış olmaları,

hallerinin dışında, hakem kararının gerekçeli olarak yazılacağını kararlaştırdıkları kabul edilir:

Ancak, ikinci şıkta, taraflar veya bunlardan biri hakem usulü duruşmalı cereyan etmiş ise, duruşmanın sonundan evvel, duruşmasız cereyan etmiş ise hakem kararının yazılmasından önce, kararın gerekçeli olmasını açıkça talep edecek olurlarsa karar, gerekçeli olarak verilir.

Hakem Kararlarının İptali

Madde-9. 1. İşbu Sözleşmeye tabi bir hakem kararının âkid bir devlet ülkesinde iptal edilmesi,

– İptalin karar altına alındığı devlet hakem kararı kendi ülkesi içinde verilmişse veya karar o devletin kendi kanununun hükmüne dayandırılarak verilmişse, ve

– İptal kararı aşağıda yazılı sebeplerden birine dayalı bulunmadığı sürece, hakem kararının diğer bir âkid devlet ülkesinde tanınmasından veya tenfizinden kaçınılması,

mümkün değildir.

a) Hakemlik anlaşması akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanun gereğince ehliyetsiz iseler veya zikri geçen anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna, eğer bu yönde açıklık yoksa hakem kararının verildiği ülke kanununa göre hükümsüz ise; veya

b) İptal talebinde bulunan taraf, hakemin tayininden veya hakem prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş, yahut da diğer bir sebep yüzünden iddia ve savunma vasıtalarını ikame etmek imkanını elde edememiş ise; veya

c) Hakem kararı, hakem mukavelesinde veya hakem şartında belirtilmeyen bir uyuşmazlığa ilişkin ise, yahut hakem mukavelesi veya tahkim şartının kapsamını aşan hükümler ihtiva ediyorsa; (bununla beraber hakem kararının hakemliğe tabi tutulan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden ayırt edilebilecek durumda ise, hakemliğin kapsamına giren hükümlerin iptali cihetine gidilmeyebilir.)

d) Hakem mahkemesinin teşekkülü veya hakem usulünün yürütülmesi tarafların anlaşmasına ve anlaşma bulunmayan hallerde, bu Sözleşmenin 4. Madde hükmüne uygun olmamışsa,

2. İşbu maddenin 1. Paragrafının hükmü, New York Sözleşmesine taraf olan Âkid Devletler arasındaki münasebetlerde münhasıran yukarıda sayılan iptal sebepleri uygulanacaktır.¹⁴

¹⁴ Sonraki maddeler, Sözleşmeye katılmaya ilişkin usuli hükümler olduğundan aktarılmamıştır.

MİLLETLERARASI TİCARÎ TAHKİMİN TÜRLERİ

GEÇİCİ TAHKİM (AD HOC)

Geçici Tahkim, uyuşmazlığın taraflarının, uyuşmazlığın çözümünün kendi denetimlerinde cereyan etmesini arzuladıkları ve bunun için de tahkimin tüm unsurlarını kendilerinin tayin ettiği tahkim türüdür. Geçici tahkimde taraflar hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve tahkimde uygulanacak maddî hukuku kendileri tayin ederler. Tarafların tahkimin bu unsurları üzerinde vardıkları anlaşma sonucunda hakem yargılaması başlar ve hakem heyeti sadece kendilerine tevdi edilen uyuşmazlık ile ilgili yargılama yapar. Diğer bir deyişle hakemler herhangi bir kurumun görevlendirmesiyle değil, sadece söz konusu uyuşmazlığın taraflarca kendilerine tevdi edilmesiyle görevlendirilmiş olurlar.

Geçici tahkim usulünde hakem heyeti, sadece bir uyuşmazlık için geçici olarak teşekkül eder. Bu tür tahkimde, tahkimi organize eden, sekreteryaya hizmeti veren bir kurum yoktur.

Geçici tahkimin tercih edilmesinde önemli nedenler vardır: Bunlar tarafların, milletlerarası ticari sisteme güvensizlikleri ve kurumsal tahkimde etkisi olabileceğini düşündükleri güçlü kuruluşların ve devletlerin ticari sırlarına vakıf olmalarını istememeleri şeklinde özetlenebilmektedir. Özellikle geri kalmış ülkelerde, meşhur milletlerarası tahkim kuruluşlarının batılı zengin ülkelerin menfaatlerini temsil ve empoze ettikleri kanaati, kurumsal tahkim yerine ad hoc tahkim türünün tercih edilmesinde psikolojik bir sebep teşkil etmektedir.¹⁵

Ad Hoc tahkim, ilk defa 1961 tarihli Avrupa Milletlerarası Ticarî Tahkim Sözleşmesi ile düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre taraflar, ad hoc tahkim türünü tercih ettiklerinde tahkim yeri ve usulünü, tahkimin esasına uygulanacak maddî hukuk kurallarını kendileri tayin edebileceklerdir. Taraflar şayet kuralları belirlememişler veya eksik belirlemişlerse, bu iş için oluşturulmuş Konvansiyon'un getirdiği kurallar uygulanacaktır.¹⁶

¹⁵ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 97.

¹⁶ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 98.

Ad Hoc tahkime ilişkin son düzenleme ise Birleşmiş Milletler, Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 15 Aralık 1976 tarihinde yapılmıştır. UNTRICAL Tahkim Kuralları olarak bilinen bu kurallar, üye ülkelerin iç hukuklarına da dahil edilmektedir.

MTO, UNCITRAL Kurallarına göre hakem tayin işini Oda'ya bırakmayı arzu eden taraflara, akitlerinde aşağıdaki standart kloza yer vermelerini tavsiye etmektedir:

“İşbu Sözleşmeden doğan veya bu Sözleşmenin ihlali, sona erdirilmesi veya geçersizliği ile ilgili olan herhangi bir ihtilâf, anlaşmazlık veya talep; el'an yürürlükte olan UNCITRAL Tahkim kurallarına göre tahkim yolu ile çözümlenecektir.

Hakem tayin mercii; bu konuyu düzenlemek amacıyla çıkarılmış bulunan Kurallara uygun biçimde hareket eden, MTO olacaktır.”¹⁷

KURUMSAL TAHKİM

Kurumsal Tahkim, uyuşmazlığın çözümünün tahkim için oluşturulmuş kurumlara tevdi edilmesi ve tahkimin kurallarının da bu kurumlar tarafından belirlenmesi usulüdür. Kurumsal tahkimin niteliği gereği, tahkimi organize eden kurumun idarî ve teknik denetimi söz konusudur. Tahkim organizasyonu için kurumlaşmış bu kurumların tahkim yargılaması için bir takım kuralları vardır. Taraflarca belirlenmeyen maddi hukuk veya usul kuralları, bu kurumlarca belirlenir ve uygulanır.

Milletlerarası nitelikli kurumsal tahkim kurumlarının bir kısmı doğrudan doğruya milletlerarası bir sözleşme ile kurulmuşlardır. Devletler Umumî Hukuku alanına giren konularda tahkim görevi gören bu kurumlar milletlerarası bir Konvansiyonla kurulmakta, dolayısıyla söz konusu Konvansiyon hükümlerine tabi olmaktadır.¹⁸

Bir kısmı ise Milletlerarası Özel Hukuk Tahkim Kurumlarıdır ki bu kurumlar, milletlerarası ticaretteki rolleri ve faaliyetlerinin ülke

¹⁷ MTO TAHKİM REHBERİ, Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi Yayını, (Ankara: 1987)

¹⁸ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 74.

sınırlarını aşması veya milletlerarası ticaretle ilgili tahkimleri konu edinmeleri veya üyelerinin değişik ülke menşe'li olmaları sebebiyle milletlerarasıdır. Bu kurumların en belirgin vasfının, hukukî statülerinin oluşumunda egemen devletlerin iradî tasarruflarının bulunmaması olduğu belirtilmektedir.¹⁹

Milletlerarası Özel Hukuk Tahkim Kurumlarının bir kısmı, faaliyetlerini, milletlerarası alanda herhangi bir sektör veya belirli bir alanla sınırlamamaktadırlar. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Hakem Heyeti buna örnektir. Bir kısmı da, belirli sektör veya bölge ile sınırlı tahkim kurumlarıdır. Sektör bazında faaliyet gösterenlere örnek olarak, Milletlerarası Tohumluk Ticareti Federasyonu, Milletlerarası Yünlü Tekstil Teşkilatı, Milletlerarası Ham Madde İşleme Bürosu gösterilebilir. Bölgesel olarak faaliyet gösterenlere de Hollanda-Almanya Ticaret Odası, Deri ve Deri Mamülleri İle İlgili İskandinav Ülkeleri Tahkim Odası örnek verilebilir.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi özel hukukun, dolayısıyla da tahkim yargılamasının gelişmesine ve uygulama alanına katkı sağlamak bakımından İç Tahkim'de ihtiyarî tahkimi öncelikle ve işledik. Dış Tahkim'de de Milletlerarası Tahkim Kurumlarını çalışmamıza konu edineceğiz. Bu nedenle Milletlerarası Ticaret Odası ve MTO Tahkim Kuralları üzerinde duracağız.

Ancak Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarını görmeden önce bu kuralların uygulanması ile oluşacak milletlerarası hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin New York Sözleşmesi ve bu Sözleşmeye dayanılarak hazırlanmış MÖHUK metinlerini gözden geçirmekte yarar görmekteyiz.

¹⁹ Cemal ŞANLI, a.g.e., s. 75.

YABANCI HAKEM KARARLARININ TENFİZİ VE TANINMASI

YABANCI HAKEM KARARI

MÖHUK, hangi hakem kararının yabancı hakem kararı olduğu konusunda açıklık getirmemektedir. Bu konudaki boşluk, doktrin ve içtihatlarla doldurulmaktadır. Bu konuda Yargıtay'ın uyguladığı son kriter, kararın hangi kanunun otoritesi altında verildiğidir. Bu belirlemeye göre yabancı hakem kararı, “yabancı bir kanunun otoritesi altında verilen hakem kararı”dır. Burada otoritesi altında karar verilen kanun, ya tarafların aralarında anlaşarak belirledikleri kanun, ya da böyle bir belirleme yoksa hakem kararının verildiği yer kanunudur.

Milletlerarası ticarî tahkimde verilen kararlar Türkiye açısından yabancı hakem kararı sayılmaktadır. Yabancı hakemlerin verdikleri kararların Türkiye’de icra kabiliyeti kazanabilmesi, bu kararların Türk Mahkemelerince tenfizi ile mümkündür.

TENFİZİ

Türk hukuk mevzuatına, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler, 2 Mayıs 1982 tarihinde kabul edilerek yayımından altı ay sonra 23 Kasım 1982 de yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun(MÖHUK)la girmiştir. MÖHUK yürürlüğe girmezden önce Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yabancı hakem kararlarının tenfizine dair bir hüküm yoktu. Kanunun yürürlüğe girmesine kadar, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin kurallar ve uygulama Yargıtay tarafından yapılan içtihatlarla belirlenmekteydi.

Evvelce de ifade ettiğimiz gibi yabancı hakem kararlarının tenfizi konusunda Yargıtay'ın değişik kararları ve uygulamaları olmuştur. Yargıtay'ın 1991 yılına kadar yabancı hakem kararlarının Türkiye’de icrası için uyguladığı kriter, “**yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararları gibi tenfize tabi tutulacağı**” şeklindedir. Yargı-

tay bu kararları ile tahkimi bir özel hukuk kurumu olmaktan ziyade, usul hukuku alanına giren bir kurum olarak değerlendirmiştir.²⁰

Nihayet Milletlerarası camiada tahkimle ilgili yaşanan gelişmeler Türk Hukuk Sistemine de tesir etmiş olmalı ki, 23.11.1982 tarihinde MÖHUK yürürlüğe girmiştir. MÖHUK'un yürürlüğe girmesindeki etkenler New York ve Cenevre Sözleşmeleridir. 1958 ve 1961 yıllarında diğer üye devletler gibi Türkiye'nin de imzaladığı bu Sözleşmeler kanunla onaylanmamasına rağmen MÖHUK söz konusu Sözleşmeler esas alınarak hazırlanmıştır.

Birbirini tamamlayan New York ve Cenevre Sözleşmelerinin 1991'de yürürlüğe girmesi ve bu sözleşmelerin Anayasanın 90/son maddesi ile iç hukukumuzun bir parçası olarak kabul edilmiş olması ile birlikte, yabancı hakem kararlarının tenfizi, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinden ayrılmış, bağımsız hale getirilmiştir.

Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.7.1991 tarih ve 1991/2383-3667 sayılı ve 1.10.1991 tarih ve 1991/1736-4425 sayılı kararlarında, tahkimin tabi olduğu prosedür için tarafların tahkim şartında uygulanmasını kabul ettikleri Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğü hükümlerinin, Türk kamu düzenini ihlal etmediği içtihat edilmiştir.

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, 26.1.1996 tarihli kararında, New York Sözleşmesinin, Türkiye tarafından yürürlüğe konulmasından önce verilmiş yabancı hakem kararlarının tenfizi için ikame edilen davalara uygulanmasını usul ve yasaya uygun bulmuştur.²¹

Türk Hukukunda yabancı hakem kararlarının tenfize ilişkin düzenleme MÖHUK'un İkinci Bölümünün 43, 44 ve 45. Maddelerinde yapılmıştır.

Şimdi öncelikle MÖHUK'un Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınmasında esas aldığı New York Sözleşmesi, sonra da MÖHUK'un metinlerini aktarıp, kısa açıklamalarda bulunacağız.

²⁰ Mahmut T. BİRSEL, a.g.e., s. 24.

²¹ Mahmut T. BİRSEL, a.g.e., s. 29.

NEW YORK SÖZLEŞMESİ

10 Haziran 1958²²

Madde-1.(*) 1. İş bu Sözleşme gerçek veya tüzel kişiler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde uygulanır. Sözleşme, aynı zamanda tanınması ve icrası istenen devlette milli sayılmayan hakem kararları hakkında da uygulanır.

2. “Hakem Kararı” terimi ile sadece münferid meselelerin halli için tayin olunan hakemlerin değil, aynı zamanda tarafların başvurdukları daimi hakemlik organlarının da verdikleri kararlar adlandırılır.

3. Her devlet işbu Sözleşmeyi imza veya tasdik, buna iltihak veya Sözleşme hükümlerini 10. Maddenin belirttiği yerlere teşmil ihbarı sırasında, sadece karşılıklılık esasına göre, bu Sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş hakem kararlarının tanınması ve icrası hakkında tatbik edileceğini beyan edebilir. Bunun gibi her devlet, Sözleşmenin, sadece akdî veya akit dışı hukukî münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağını açıklayabilir.

Madde-2. 1. Âkid Devletlerden her biri, tarafların, akde dayalı veya dayalı olmayan, muayyen bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, tahkim yolu ile halledilmesi

²² Türkiye, İş bu Sözleşmeyi 1958 yılında imzalamasına rağmen 8.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanunla onaylamış, Sözleşme 21.5.1991’de Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi, “Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşmenin 1. Maddesinin 3. Paragrafına uygun olarak Sözleşmeyi sadece karşılıklılık esasına göre bu Sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; ayrıca Sözleşmeyi yalnız akdî veya akit dışı hukukî münasebetlerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticari mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını beyan eder” şeklindeki beyanın yapılması suretiyle onaylamıştır.

(*) New York Sözleşmesi hükümleri, Erol ERTEKİN- İzzet KARATAŞ, “Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması” isimli kitaptan alınmış, fakat Sözleşme metninin tercümesinde kullanılan bazı kelimeler basitçe sadeleştirilmeye çalışılmış ve bazı noktalamalar ilave edilmiştir. Metnin orijinal tercümesi için adı geçen esere bakılabilir.

mümkün her meseleye taalluk eden ihtilâfların, tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere, birbirine karşı taahhüde girişmelerini içeren yazılı anlaşmalarını geçerli sayar.

2. “Yazılı Anlaşma” teriminden, karşılıklı olarak teati edilmiş mektup veya telgraflarda belirtilen veya taraflarca imzalanmış bir mukaveleye konmuş bir hakem şartı veya bir hakem sözleşmesi anlaşılır.

3. Bir Âkid Devlet mahkemesi, tarafların iş bu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilâfları önüne geldiğinde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.

Madde-3. Âkid Devletlerden her biri hakem kararının geçerliliğini tanıyacak ve kararın öne sürüldüğü memlekette geçerli usul kurallarına uygun olarak, aşağıdaki maddelerde yazılı şartlar dairesinde, bunun icrasına hüküm verecektir. İş bu Sözleşmenin kapsamı içine giren hakem kararlarının tanınması ve icrası için, milli hakem kararlarına nispetle oldukça daha ağır şartlar yüklenilmeyecek ve daha yüksek yargı harcı alınmayacaktır.

Madde-4. 1. Bundan evvelki maddede belirtilen tanıma ve icranın temini için, tanıma ve icra kararı verilmesini talep eden tarafın, bu konudaki talebi ile birlikte aşağıda yazılı belgeleri ibraz etmesi gerekir:

a) Hakem kararının aslının, usulüne göre vesikalandırılmış bir nüshasını yahut da aslına uygunluğunun geçerli bir şekilde açıklandığı bir suretini;

b) İkinci madde hükmünde belirtilen hakem anlaşmasının aslını veya aslına uygunluğu, geçerli bir şekilde açıklanan bir suretini,

2. Eğer söz konusu karar veya adı geçen hakem anlaşması, ileri sürüldüğü ülkenin resmi bir dilinde tanzim edilmemiş bulunursa, hükmün tanınması ve icrasını talep eden tarafın, söz konusu belgenin bu dile çevrilmiş tercümesini ibraz etmesi lazımdır. Tercümenin resmi veya yeminli bir tercüman yahut da bir diplomatik veya konsolosluk ajanı tarafından tasdik edilmesi şarttır.

Madde-5. Aleyhine hakem kararı ileri sürülen tarafın bir talebi olmaz ve bu taraf, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin selahiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz:

a) İkinci maddede belirtilen anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur, yahut da mezkur anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna ve bu konuda açıklık yoksa hakem kararının verildiği ülke kanuna göre hükümsüz bulunur ise; veya

b) Aleyhine hakem hükmü ileri sürülen taraf, hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulüne göre haberdar edilmemiş olur, yahut da diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etmek imkanını elde edememiş bulunur ise, veya

c) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya hakem şartında belirtilmeyen bir ihtilâfa ilişkin olur, yahut hakem sözleşmesi veya hakem şartının kapsamını aşan hükümleri ihtiva ederse; bununla beraber, hakem kararının hakemliğe tabi bulunan meseleler hakkındaki hükümleri bunun dışında kalan hükümlerinden ayrılabilir durumda ise, bunların tanınması ve icrası cihetine gidilebilir, yahut,

d) Hakem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü, tarafların sözleşmesine ve sözleşmede açıklık olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği yer kanunu hükümlerine uygun değilse; yahut,

e) Hakem kararı taraflar için henüz icra kabiliyeti kazanmamış olur veya bunun, verildiği ülke kanunu yahut tabi olduğu kanun bakımından selahiyetli bir makam tarafından iptal veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa.

2. Hakem kararının tanınması ve icrası istenen ülkenin selahiyetli makamı tarafından aşağıdaki hallerin mevcudiyeti tespit edilecek olursa, tanıma ve icra talebi bu halde reddolunabilir.

a) Tanıma ve icra talebinin öne sürüldüğü ülkenin kanununa göre, ihtilâf konusunun hakemlik yoluyla halle elverişli bulunmaması; veya,

b) Hakem kararının tanıma ve icrasının mezkur ülkenin kamu düzeni kurallarına aykırı olması.

Madde-6. 5. Maddenin 1-e bendinde belirtilen selahiyetli makamdan, hakem kararının iptali veya icrasının ertelenmesi talep edilmiş olması halinde, huzurunda hakem kararı ileri sürülen otorite, uygun görürse, bunun icrası hükmünün verilmesini ileriye bırakabilir ve bu halde, kararın icrasını isteyen tarafın talebi üzerine, karşı tarafı uygun bir teminatla yükümlü tutabilir.

Madde-7. 1. İş bu Sözleşme hükümleri Âkid Devletler arasında imzalanmış “hakem kararlarının tanınması veya icrasına dair” iki yahut çok taraflı anlaşmaların geçerliliğine hanel getirmez ve ilgili taraflardan hiçbirini bir hakem hükmünden, bunun ileri sürüldüğü ülkenin mevzuat ve anlaşma hükümleri dairesinde faydalanabilmek imkanını kullanma hakkından mahrum etmez.

2. Hakem şartlarına dair 1923 tarihli Cenevre Protokolü ile yabancı hakem kararlarının icrasına dair 1927 tarihli Cenevre Sözleşmesi, Âkid Devletler iş bu Anlaşma gereğince bir diğerine karşı bağlandıkları andan itibaren ve bağılıkları nispetinde yürürlükten kalırlar.

Madde-8. 1. İş bu Sözleşme 31 Aralık 1958 tarihine kadar, Birleşmiş Milletler üyesi bulunan yahut Birleşmiş Milletlerin bir veya birçok ihtisas kurumu üyesi unvanına sahip veya bu unvanı kazanacak olan, yahut Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünde yer alan, nihayet Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun davetine muhatap olacak olan bütün devletlerin imzasına açık bulundurulacaktır.

2. İş bu Sözleşme tasdik edilecek ve tasdik senetleri Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın Genel Sekreteri nezdine tevdi edilecektir.

Medde-14. İş bu Sözleşme hükümlerini her Âkid Devlet, diğer bir Âkid Devlete karşı, ancak kendisi tatbik etmekle mükellef olduğu nispette ileri sürebilir.²³

²³ Sözleşmenin diğer hükümleri, devletlerin Sözleşmeye katılma prosedürüne ilişkin olduğundan aktarılmamıştır.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN (MÖHUK)

Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi

Madde-43. Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki ikametgahı, yoksa sakin olduğu, bu da yoksa icraya konu olabilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Dilekçe ve İnceleme Usulü

Madde-44. Yabancı bir hakem kararının tenfizini isteyen taraf, dilekçesine aşağıda yazılı belgeleri karşı tarafın sayısı kadar örnekleriyle birlikte ekler.

Tahkim sözleşmesi veya şartının aslı yahut usulüne göre onanmış örneği,

Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı ve onanmış örneği,

(a) ve (b) bentlerinde sayılan belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örnekleri,

Mahkemece hakem kararlarının tenfizinde 38/a, 39, 40 ve 41. Madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.²⁴

Ret Sebepleri

Madde-45. Mahkeme:

Tahkim Sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,

Hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise,

Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değil ise,

Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,

²⁴ Bu maddeler, yabancı mahkeme kararlarının tenfiz şartları, tebliğ ve itiraz, karar, kararın yerine getirmesi ve temyiz yolu ile ilgili maddelerdir. Aşağıda bu maddelerle ilgili açıklama yapılmıştır.

Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkanından yoksun bırakılmış ise,

Tahkim Sözleşmesi veya Şartı taraflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre hükümsüz ise,

Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı ise,

Hakem kararı, Hakem Sözleşmesinde veya Şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise, (bu kısım hakkında)

Hakem kararı tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,

Yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

Yukarıdaki (d), (e), (f), (h) ve (i) bentlerinde yazılı hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir.

TENFİZ USULÜ

Yetkili Mahkeme

Yabancı hakem kararlarının tenfizinde yetkili mahkeme, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesidir. Taraflar arasında yetkili mahkeme konusunda bir anlaşma yoksa, MÖHUK'un 43/2. Maddesi uyarınca, aleyhine karar verilen tarafın ikametgahındaki asliye mahkemesi, ikametgahı yoksa sakin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer asliye mahkemesi yetkili olacaktır. Taraflar arasında yetkili mahkeme yönünden belirleme yapılmadığında bu sıra takip edilecektir.

Görevli Mahkeme

MÖHUK'un 43/2. Maddesi uyarınca, yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesinde görevli mahkeme Asliye Hukuk veya Asliye

Ticaret Mahkemesidir. Tarafların tacir olmaları veya uyuşmazlığı ticarî bir uyuşmazlık olması halinde, görev konusunun mahkemeler arasındaki iş bölümü niteliği nazara alınarak ticarî bir davada Asliye Ticaret Mahkemesi görevli olacaktır. Mahkemeler arasındaki görev, yetki gibi olmadığından re'sen nazara alınmaz. Tarafların iş bölümü itirazında bulunması gerekir. Davanın Asliyede açılmamış olması halinde ise mahkeme yetkisizliği nedeniyle re'sen görevsizlik kararı verip dosyayı yetkili mahkemeye gönderecektir.

Başvuru Şekli

Yabancı hakem kararının tenfizi için mahkemeye dilekçe ile yani yazılı olarak başvurulması icap etmektedir (Madde-44).

Mahkemeye tenfiz için yapılacak başvuruda öncelikle, taraflar arasında imzalanmış tahkim sözleşmesi veya şartının aslı veya usulüne göre onanmış bir örneği ile hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı veya onanmış örneğinin ibraz edilmesi gerekir (Madde-44/a). İbraz edilen tahkim şartı veya sözleşmesi ile hakem kararının usulen onanmış tercümesi yapılmış olmalıdır. (Madde-44/c).

Bu hükümlere göre hakem kararı hangi ülkede verilmişse, o ülke kanunlarına göre kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olmalıdır. Yabancı hakem kararı bu şekilde kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmamışsa tenfizi mümkün değildir.

Yine hakem kararı ve karara dayanak belgelerin tercümelerinin Noterlikçe onanmış olması zorunluluktur. Tercüme edilmiş olma şartı, mahkeme tarafından incelenmesinde kolaylık ve tenfiz koşullarının bulunup bulunmadığının tespiti içindir.

Başvurunun İncelenmesi

Tenfiz başvurusu üzerine mahkeme 44. Maddenin son fıkrası uyarınca MÖHUK'un 38/a, 39, 40 ve 41. Madde hükümlerini kıyasen uygulayacaktır.

MÖHUK'un 38/a maddesi, "Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk Mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini müm-

kün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması” şartını içermektedir. Bu hükme göre tenfiz istenen mahkeme, ilamın verildiği devlet ile Türkiye Cumhuriyeti arasında karşılıklılık esasına dayalı bir anlaşmanın varlığını veya o devletin kanunlarında Türk mahkemelerinden verilen bir ilamın tenfizine ilişkin hüküm veya fiilî bir uygulama olup olmadığını araştıracaktır. Böyle bir anlaşma veya kanun veyahut uygulama yoksa kararı tenfiz etmeyecektir.

MÖHUK’un 39. Maddesi tenfiz isteminin karşı tarafa tebliği, karşı tarafın tenfiz şartlarının bulunmadığı, ilamın kısmen veya tamamen yerine getirilmesinde engel bir sebep ortaya çıktığı itirazlarının yapılabileceğine ve basit yargılama usulünün uygulanacağına ilişkindir.

MÖHUK’un 40. Maddesi de, Mahkemenin yabancı hakem kararının kısmen veya tamamen tenfizine karar verebileceği ve mahkeme kararının, yabancı hakem kararının altına yazılıp imzalanacağı ve mühürleneceğine ilişkindir.

41. Madde ise, tenfizine karar verilen ilamların Türk mahkemelerinden verilen ilamlar gibi icra edileceğine, tenfiz isteminin kabul veya reddine ilişkin kararların temyizinin genel hükümlere tabi olduğuna ve temyiz icrayı durduracağına ilişkindir.

Tenfiz Talebinin Reddi Sebepleri

MÖHUK’un 45. Maddesi hükümlerine göre tenfiz talebinin aşağıda sayılan hallerde reddi gerekmektedir.

1. Tahkim Sözleşmesi veya Tahkim Şartının Yokluğu

Yabancı hakem kararının tenfizinin ilk şartı, taraflar arasında çıkacak uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümleneceği hususunda anlaşmış ve bu anlaşmalarını yazılı olarak bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı şeklinde yapmış olmalarıdır. Tarafların tahkim yoluna gidecekleri hususu mutlak surette bir tahkim sözleşmesi şeklinde olması şart değildir. Esas sözleşmeye tahkim şartı koymaları da yeterlidir. Taraflar arasındaki tahkim şartı mahkeme tarafından re’sen dikkate alınır.

2. Genel Ahlak ve Kamu Düzenine Aykırılık

Buradaki genel ahlak ve kamu düzeni, tenfizi istenilen ülkenin kamu düzeni ve genel ahlak ilkeleridir. Tenfiz ile ilgili bu red sebebi de mahkemece re'sen dikkate alınır.

3. Uyuşmazlığın Tahkim Yoluyla Çözömlenebilir Olması

Yabancı hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkime konu olamayacak bir konuda olması tenfiz talebinin reddini gerektirir. Bu hükme göre uyuşmazlık konusunun iki tarafın arzularına tabi olabilen konulardan olması gerekir. Bu konu ile ilgili olarak evvelki sayfalarda HUMK'un 518. Maddesi için yeterli açıklamalar yapılmıştır.

4. Taraf teşkili Olmaması

Yabancı hakem kararının tenfizinde, hakemler önünde usulüne göre temsil edilmeyen ve aleyhine tenfiz istenen tarafın, tenfiz sırasında bu hususu ileri sürmesi ve temsil edilemediğini ve de sonradan yapılan işlemleri kabul etmediğini kanıtlaması gerekir. Bu husus mahkemece re'sen dikkate alınmaz.

5. Hakem Seçiminden Haberdar Edilmeme/Savunma Hakkından Mahrumiyet

Aleyhine tenfiz istenen taraf, hakem seçiminden haberdar edilmemiş ve savunma hakkından mahrum bırakılmışsa, tenfiz talebi mahkemece reddedilecektir. Bu husus da mahkemece re'sen dikkate alınmaz. Aleyhine tenfiz istenen tarafın hakem seçiminden haberdar edilmediğini ve savunma hakkından mahrum bırakıldığını ispat etmesi gerekir.

6. Tahkim Sözleşmesi veya Şartının Hükümsüzlüğü

Tahkim sözleşmesi veya şartı, tarafların tahkimi tabi kıldığı kanuna, aralarında bu konuda anlaşma yoksa hakem kararının verildiği ülke kanununa göre geçerli olmalıdır. Aksi halde tenfiz talebi mahkemece reddedilecektir. Bunun ispat külfeti yine aleyhine tenfiz istenen tarafa aittir. Mahkemece re'sen nazara alınmaz.

7. Tarafların Anlaşmasına veya Hukuka Aykırılık

Yabancı hakem kararlarının, hakemlerin seçiminde ve uygulanan usulde, taraflar arasındaki anlaşmaya, böyle bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna uygun olması icap eder. Bu konuda tarafların irade serbestisi önceliklidir. Taraflar aralarında hakem seçimi ve uygulanacak usulü belirlememişlerse hakem hükmünün verildiği yer hukukundaki usul esas alınacaktır.

8. Hakem Kararının Sözleşme veya Şartın Hükümlerini Aşması

Yabancı hakem kararı, tahkim sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyorsa, tenfiz talebi mahkemece reddedilir.

Hakem kararının tahkim sözleşmesi veya şartında yer almayan bir hususu içermesi durumunda tenfiz talebi tamamen reddedilir. Bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla halledilip edilemeyeceği konusundaki ihtilâf mahkemelerce re'sen dikkate alınır(HUMK Madde-519). Bu nedenle uyuşmazlığın tahkim sözleşmesinin kapsamında olup olmadığına hakemler değil, mahkemeler karar verebilir. Hakemler bu konuda kendilerini yetkili görüp tahkimi sonuçlandırmışlarsa karar tenfiz edilmeyecektir.

Yabancı hakem kararı tahkim sözleşmesi veya şartında belirlenen sınırları aşıyorsa, aşan kısım için tenfiz talebi reddedilecektir. Yani karar kısmen tenfiz edilecektir.

9. Hakem Kararının Kesinleşmemiş veya İptal Edilmiş Olması

Yabancı hakem kararı taraflarca kabul edilen kanuna veya böyle bir anlaşma yoksa verildiği yer kanununa uygun olarak kesinleştirilmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamışsa veya verildiği yer yetkili merciince iptal edilmişse, tenfiz talebi reddedilecektir. Bu hususta da mahkeme re'sen hareket etmez, aleyhine tenfiz istenen tarafça bu iddia ileri sürülüp ispatlanmalıdır.

Taraflar tahkim usulünü millî hukuk dışı kurallara tabi kılmışlar ise, taraflarca seçilmiş olan millî hukuk dışı kurallar gözetilmek suretiyle tenfizi istenen hakem kararının kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış olup olmadığı belirlenecektir.

Yabancı hakem kararı hakkında, kararın verildiği yer mahkemesinde iptal davası açılmışsa, tenfiz için bu iptal kararının sonucu bekleneyecektir. Böyle bir iptal kararı yok ve aleyhine tenfiz istenen taraf iptal istemi ileri sürdüğünde, mahkemece bu talep ciddi görülürse iptal istemini ileri süren tarafa iptal davası açması için uygun süre verilebilir kanaatindeyiz.

Tenfiz Kararına Karşı Kanun Yolu

Yabancı hakem kararlarının tenfizine dair karar aleyhine temyize başvurulabilir. Bu kararların temyizi genel hükümlere tabidir. Temyiz talebi, kararın icrasını durdurur.

Yargıtay'ın vereceği onama veya bozma kararına karşı karar düzeltme yoluna gidilebilir.

**MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC)
(INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE)**

GENEL BİLGİ

Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), ticaret, yatırım, mal ve hizmetler için açık piyasa koşullarını ve sermayenin serbest dolaşımını geliştirerek dünya iş alemine hizmet etmek amacıyla 1919 da kurulmuştur. Merkezi Paris'tedir. (*) Üye devletlerin millî komiteleri, kendi ülkelerinde hükümetlere MTO'nun görüşlerini bildirir ve Paris'teki merkezini, ulusal ticari konularda haberdar eder.

MTO, sanayileşmiş ve gelişmekte olan ülkelerde iş dünyasının görüşlerini savunduğu Birleşmiş Milletler teşkilatında en üst düzeyde danışmanlık konumuna sahiptir. Aynı zamanda Dünya Ticaret Örgütü (WTO), Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD), Avrupa Birliği ve öteki hükümetler arası ve hükümetler dışı kuruluşlarla işbirliği içindedir.

MTO'nun birçok teknik komisyonunun yanı sıra ihtisas birimleri de bulunmaktadır. Bu ihtisas birimlerinden biri de konumuz gereği uluslararası ticarî uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü hedefleyen MTO Tahkim Divanıdır.

(*) ICC'nin adresi: 38, Cours Albert 1 er - 75008 PARIS/FRANSA

MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC) TAHKİMİ

1923 yılında kurulan Milletlerarası Tahkim Divanı, bu tarihten bu güne kadar baktığı on binin üzerinde uluslararası tahkim davasından kazandığı deneyimlerle gelişmiş ve halen 100 ülkeden değişik hukukî, ekonomik, kültürel ve dili kapsayan, taraflar ve hakemleri ile çalışan bir kurum olmuştur.²⁵

Uzun bir zaman sürecinde sürekli gelişerek yenilenen ICC Tahkim Kuralları nihayet, 1 Ocak 1998’de yürürlüğe giren son değişiklikle, bir takım gecikmeleri ve belirsizlikleri önleme yoluna gitmiştir.

Her ICC Tahkim davası, davayı inceleyerek nihai karar verme sorumluluğu taşıyan bir hakem heyeti tarafından yürütülmektedir. ICC Tahkimi, yılda ortalama 40 değişik ülkeden çok çeşitli dillerde ve yaklaşık 60 değişik milliyetten hakemler tarafından yürütülmektedir. ICC Milletlerarası Tahkim Divanı, hakem heyetlerinin çalışmalarını her ay üç veya dört kez toplanarak takip etmektedir. Divanda halen 55 ülkeden 65 üye vardır. Divanın görevi, ICC Tahkim Kurallarına uygun olarak tahkimleri organize etmek ve çalışmalarını izlemektir. Divan, kanunlardaki değişiklikleri ve uluslararası tahkim uygulamalarını takip ederek, çalışma metotlarını tarafların ve hakemlerin ihtiyaçlarına adapte eder. Çeşitli davaların günlük yönetimi, ICC’nin Paris Merkezindeki Divan Sekreteryası tarafından yürütülür.²⁶

Her ne kadar ICC tahkim kuralları uluslararası mahiyette hazırlanmış olsalar da uluslararası olmayan davalar için de kullanılabilirler.²⁷

ICC, Sözleşmelerinde ICC Tahkimine yer vermek isteyen bütün taraflara aşağıdaki örnek tahkim şartını tavsiye eder.

“İşbu Sözleşmeden doğacak veya bu Sözleşmeyle ilgili bütün anlaşmazlıklar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uygulanarak, bu kurallar dairesinde tayin edilen bir veya birden fazla hakem tarafından kesin olarak karara bağlanacaktır.”

Taraflar dilediklerinde tahkim şartında Sözleşmeye uygulanacak hukuku, hakemlerin sayısını, tahkim yerini ve dilini yazabilirler.²⁸

²⁵ “ICC Tahkim Kuralları, ICC Uzlaştırma Kuralları”, Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi Yayını, Çevirenler: Av. Orhan AZİZOĞLU, Av. Cavit YILDIZ, Ankara: Kasım 1998.

²⁶ A.g.e., Önsöz.

²⁷ A.g.e., Önsöz.

²⁸ A.g.e., s. 7.

**MİLLETLERARASI TİCARET ODASI (ICC)
TAHKİM KURALLARI²⁹**

BAŞLANGIÇ HÜKÜMLERİ

Madde-1.

Milletlerarası Tahkim Divanı

1. Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı ("Divan"), Milletlerarası Ticaret Odası'na bağlı tahkim kuruluşudur. Divan'ın statüsü Ek-1'de belirtilmiştir. Bu Divan'ın üyeleri ICC Konseyi tarafından tayin edilir. Divan'ın görevi milletlerarası mahiyette ticari ihtilâfları bu kurallara uygun olarak tahkim yoluyla çözmektir. Bir tahkim anlaşmasıyla yetki verildiği takdirde, Divan, milletlerarası nitelikte olmayan ticari ihtilâfların da bu kurallar ile çözülmesini sağlayacaktır.
2. Divan'ın kendisi ihtilâfları çözmez. Bu kuralların uygulanmasını temin fonksiyonunu görür. Kendi İç Tüzük'ünü yapar. (EK-II)
3. Tahkim Divanı'nın Başkanı veya Başkanın yokluğunda veya onun isteği üzerine, Başkan Yardımcıları'ndan biri, Divan'ın müteakip toplantısında bilgi vermek kaydıyla, Divan adına acil kararlar almak yetkisini haizdir.
4. Divan, İç Tüzük'de öngörüldüğü üzere, üyelerinden müteşekkil bir veya daha fazla komitesine bir sonraki oturumda bilgi vermek kaydıyla bazı kararları almak yetkisi tanıyabilir.
5. Divan'ın Sekreteryası ("Sekreteryası"), Genel Sekreter'in ("Genel Sekreter") yönetiminde ICC bürolarında faaliyet gösterecektir.

Madde-2.

Tanımlar

Bu Kurallar'da:

- 1) "Hakem Mahkemesi", bir veya daha fazla hakemi içerecektir.
- 2) "Davacı" bir veya birden fazla davacıyı içerecektir ve "Davalı" bir veya birden fazla davalıyı içerecektir.
- 3) "Karar" duruma göre, bir ara kararını veya kısmi karar veya nihai kararı içerecektir.

²⁹ A.g.e., s. 7.

Madde-3.

Yazılı Tebligat ve Yazışmalar; Süreler

1. Tarafların sundukları bütün layihalar, diğer yazılar ve ekleri, taraflardan her biri için birer adet verilmesinden başka her hakem için bir adet ve bir adet de Sekreteryaya verilmesini sağlayacak sayıda nüsha halinde olmalıdır. Hakem Mahkemesi tarafından taraflara gönderilen herhangi bir yazının bir kopyası Sekreteryaya gönderilecektir.

2. Sekreteryaya ve Hakem mahkemesi tarafından yapılacak tüm tebligat ve yazışmalar tarafın veya temsilcinin kendisi veya diğer tarafça bildirilen en son bilinen adresine gönderilecektir. Böyle tebligat ve yazışmalar alındı mukabili elden teslim, taahhütlü posta, kurye servisi, faks, teleks veya gönderildiğine dair bir kayıt verebilen diğer haberleşme araçları vasıtaları ile yapılabilir.

3. Tebligat ve yazışma alındığı tarihte, ya da yukarıdaki hükümlere göre gönderilmişse, ilgili taraf veya temsilcisi tarafından alınmış olması gereken tarihte yapılmış sayılır.

4. Bu kurallarda belirlenen veya tespit edilen süreler tebligatın yapıldığı veya yukarıdaki paragrafta göre tebligatın yapılmış adedildiği günü takibeden günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Tebligatın veya yazışmanın yapıldığı ülkede, tebligat gününü takibeden gün, bir resmi tatilse veya işgünü değilse, süre bunları takibeden ilk işgününde işlemeye başlar. Sürelerin hesabında resmi tatil günleri ile işgünü olmayan günler hesaba katılır. Tanınmış olan sürenin son günü tebligatın veya yazışmanın yapıldığı ülkede resmi tatile veya işgünü olmayan bir güne rastlarsa, süre bunları takibeden ilk işgünü akşamı sona erer.

Madde-4.

Tahkim Talebi

1. Bu kurallar altında tahkime müracaat etmek isteyen taraf Tahkim talebini ("Talep") Sekreteryaya tevdi edecek, Sekreteryaya da Talep'in alındığını ve alınış tarihini Davacı ve Davalıya tebliğ edecektir.

2. Talebin Sekreteryaya tevdi tarihi, her türlü halde, tahkim prosedürünün başlangıç tarihi sayılacaktır.

3. Talep, diğerleri meyanında aşağıdaki bilgileri kapsayacaktır.
- a) Tarafların tam adı, sıfat ve adresleri;
 - b) Davadaki iddiaların ortaya çıkmasına sebep olan ihtilâfın mahiyet ve özelliklerinin tanımı;
 - c) Mümkün olduğunca talep edilen meblağlar da dahil olmak üzere netice-i talep;
 - d) İlgili sözleşmeler, özellikle tahkim sözleşmesi;
 - e) 8, 9 ve 10. Maddelerde belirtilen hükümler uyarınca hakemlerin sayısı ve seçimi ile ilgili her türlü gerekli bilgi ve atanması istenen hakemin önerilmesi; ve
 - f) Tahkim yeri, uygulanacak hukuk ve tahkim dili hakkında beyanlar;
4. Davacı talep ile birlikte, Madde-3(1)'de belirtilen sayıda nüshayı tevdi edecek ve Talebin sunulduğu tarihte yürürlükte olan tarife üzerinden masraflar avansını yatıracaktır.(*).
5. Sekreteryaya yeterli sayıda nüshayı ve gerekli avans ödemesini aldığı anda Talebin bir nüshasını ve ona ekli dokümanları Talebe cevap vermesi için Davacıya gönderecektir.
6. Taraflardan biri, aynı taraflar arasında bu kurallara tabi olarak tahkim yargılaması devam etmekte olan bir hukukî ilişkiye bağlı bir talep sunarsa, Divan, bir tarafın talebi üzerine, Görev Belgesi'nin imzalanmamış veya Divan tarafından onaylanmamış olması kaydıyla Talepte bulunan iddiaları devam etmekte olan yargılamaya dahil edebilir. Görev belgesi imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan sonra, iddiaların devam eden yargılamaya dahil edilmesi ancak Madde-19 hükümlerine bağlı olarak yapılabilir.

(*) Davacı bu şartlardan herhangi birini yerine getirmediği takdirde, Sekreteryaya Davacıya bunları tamamlaması için bir mehil verebilir, tamamlamadığı takdirde Davacının aynı taleplerini daha sonraki bir tarihte başka bir Talep ile sunması hakkına hâle gelmeksizin dosya kapatılır.

Madde-5

Cevap Layihası, Karşı Dava

1. Davalı, Sekreterya'dan talebi almasından itibaren 30 gün içinde, diğerleri meyanında aşağıdaki bilgileri kapsayan bir cevap layihası ("Cevap") verecektir.

- a) Tam adı, sıfat ve adresi;
- b) Davaya sebep olan ihtilâfın mahiyet ve özelliklerine ilişkin beyanlar;
- c) Netice-i talebe ilişkin beyanlar;
- d) Davacı'nın önerisi ışığında ve Madde-8, 9 ve 10 uyarınca hakemlerin sayısı ve seçimi ile ilgili beyanları ve atanması istenen hakemlerin önerilmesi; ve
- e) Tahkim yeri, uygulanacak hukuk ve tahkim dili hakkında beyanlar,

2. Sekreterya, Cevap verilmesi için Davalıya süre uzatımı verebilir. Ancak böyle bir süre uzatımı için yapılacak başvurunun Davalının hakemlerin sayısı ve seçimine ilişkin beyanlarını ve Madde-8, 9 ve 10 uyarınca gerekiyorsa bir hakem tayini önerisini içermesi gerekir. Davalı bunu yapmazsa, Divan bu Kurallar uyarınca yargılamaya devam edecektir.

3. Sekreterya'ya sunulacak olan Cevap Madde-3(1)'de belirtilen sayıda olacaktır.

4. Cevabın ve ona ekli evrakın bir kopyası Sekreterya tarafından Davacı'ya tebliğ edilecektir.

5. Davalı tarafından yapılacak tüm karşı talepler Cevap ile birlikte yapılacak ve aşağıdakileri içerecektir:

- a) Karşı taleplere sebep olan ihtilâfın mahiyet ve özelliklerinin açıklanması; ve
- b) Mümkün olduğunda, karşı talep olarak ileri sürülen meblağ da dahil olmak üzere netice-i talep,

6. Davacı, Sekreterya tarafından tebliğ edilen herhangi karşı talebe tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde bir replik verecektir. Sekreterya Replik için Davacıya ek süre verebilir.

Madde-6.

Tahkim Sözleşmesinin Hükümleri

1. Taraflar, ICC Tahkim Kuralları uyarınca tahkime müracaat etmek üzere anlaşmışlarsa, tahkim sözleşmesi tarihinde yürürlükte olan kurallara tabi olma şartı konmamışsa, fiilen, tahkim yargılamasının başladığı tarihte yürürlükte olan kuralların hükümlerine uyacakları anlamına gelir.

2. Davalı 5. Madde uyarınca Cevap vermediği, veya taraflardan herhangi biri, tahkim şartının mevcudiyeti, geçerliliği veya kapsamına ilişkin bir veya daha fazla itiraz ileri sürdüğü takdirde Divan, itiraz veya itirazların kabul edilebilir olup olmadığına ve davanın esasına tesir etmemek üzere, kurallar dahilinde bir tahkim sözleşmesinin varlığının kabul edilir olabileceği ön kanısına ulaşır ise tahkimin devamına karar verebilir. Bu halde kendi yetkisi hakkında karar vermek Hakem Mahkemesi'ne aittir. Divan bu yönde karar getirmese, tahkimin devam edemeyeceği taraflara tebliğ edilecektir. Böyle bir durumda, taraflardan her birinin bağlayıcı bir tahkim şartının olup olmadığına dair yetkili herhangi bir mahkemeye başvurma hakları saklıdır.

3. Taraflardan herhangi biri tahkimi reddeder veya tahkime katılmaz veya herhangi bir aşamasına katılmazsa, tahkim bu red veya katılamamaya rağmen yürütülür.

4. Aksi kararlaştırılmamış olmadıkça, Hakem Mahkemesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğine karar vermiş olması kaydıyla, sözleşmenin geçersiz olduğuna veya yokluğuna dair bir iddia Hakem Mahkemesinin yetkisini ortadan kaldırmayacaktır. Esas sözleşme yokluk veya geçersizlik ile sakat olsa bile, Hakem Mahkemesinin tarafların karşılıklı hukukunu tayin ve iddia ve savunmaları hakkında karar vermek hususundaki yetkileri devam edecektir.

HAKEM MAHKEMESİ

Madde-7.

Genel Hükümler

1. Hakemlerin her biri tahkime katılan taraflardan bağımsız olmalı ve öyle kalmalıdır.

2. Hakem aday; Divanın tasdiki veya tayininden evvel, tarafların gözünde hakemin tarafsızlığına hanel getirebilecek şartları bir bağımsızlık belgesi imzalayarak Sekreteryaya'ya açıklayacaktır. Bu bilgiyi alan Sekreteryaya, keyfiyeti taraflara yazılı olarak bildirecek ve görüşlerini açıklamak üzere bir süre verecektir.
3. Bir hakem; tahkim esnasında aynı mahiyette ortaya çıkabilecek her türlü durum ve şartı derhal Sekreteryaya ve taraflara bildirmek zorundadır.
4. Divan'ın, hakemlerin tayin, tasdik, red ve değiştirilmeleriyle ilgili kararları kesindir ve bu kararların sebepleri açıklanmayacaktır.
5. Hizmet etmeyi kabul etmekle her hakem sorumluluklarını bu kurallar uyarınca yerine getirmeyi taahhüt eder.
6. Taraflar aksine hükümler koymadığı sürece, Hakem Mahkemesi Madde-8'den 10'a kadar olan hükümlere göre teşkil edecektir.

Madde-8

Hakemlerin Sayısı

1. Uyuşmazlıklar hakkında karar tek veya üç hakem tarafından verilecektir.
2. Taraflar, hakemlerin sayısı hakkında mutabakata varmamışlar ise, Divan, tek bir hakem tayin eder. Şu kadar ki, Divan, anlaşmazlığı üç hakem tayinini gerektirecek nitelikte telaki edebilir. Bu durumda Davacı, Divanın kararını tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde bir hakem önerecektir. Ve Davalı da Davacı tarafından yapılan tayinin tebliğinden itibaren 15 gün içerisinde bir hakem önerecektir.
3. Taraflar, ihtilâfın tek hakem ile çözüme kavuşturulması hususunda karara vardıklarında, tek hakemi beraberce seçip Divan'ın onayına sunabilirler. Davacı'nın Tahkim talebinin diğer tarafa tebliğinden itibaren 30 gün ya da Sekreteryaya tarafından verilen ilave süre içinde taraflar aralarında tek hakemin önerilmesinde bir anlaşmaya varamazlarsa, tek hakemi Divan tayin edecektir.
4. İhtilâfın hallinin üç hakeme tevdi edileceği hallerde, taraflardan her biri Tahkim Talebinde ve cevapta birer hakem önererek Divan'ın tasdikine sunacaktır. Şayet taraflardan herhangi biri hakemini önermeyecek olursa, bu tayin divan tarafından yapılacaktır.

Eğer taraflar, önerdikleri hakemlerin belli bir süre içinde üçüncü hakemi seçmelerini öngörmemişler ise, Hakem Mahkemesine başkanlık edecek üçüncü hakemi Divan tayin eder, tarafların seçmesi halinde tayin Madde-9 uyarınca tasdike tabidir. Eğer taraflarca tespit edilen veya Divan tarafından verilen süre içinde seçim sonuçlanmazsa, üçüncü hakemi Divan tayin eder.

Madde-9.

Hakemlerin Tayini ve Tasdiki

1. Divan hakemlerin tasdik veya tayinini yaparken, önerilen hakemin milliyetini, ikametgahını, tarafların veya diğer hakemlerin milliyet ve ülkeleriyle olan diğer ilgilerini ve önerilen hakemin bu tahkimi kurallara uygun olarak yürütülebilmesi için hazır olabilmemesini ve kabiliyetini dikkate alır. Madde-9(2) uyarınca hakemlerin Genel Sekreter tarafından tasdiki halinde de aynı kural geçerlidir.

2. Genel Sekreter tarafların ortaklaşa veya özel anlaşmalarına uygun olarak önerdikleri üye hakemleri, tek hakemleri veya Hakem Mahkemeleri Başkanlarını onaylar. Şu kadar ki; bu şahısların kayıtsız şartsız bağımsızlıklarını beyan etmeleri veya sınırlı bağımsızlık beyanlarına itiraz gelmemiş olması gerekir. Bu türlü onay, Divan'ın bir sonraki toplantısında takdim edilir. Şayet Genel Sekreter bi üye hakem, tek hakem veya Hakem Mahkemesi Başkanının onaylanmamasını düşünüyorsa, bu husus Divan'a bildirilecektir.

3. Tek Hakem veya Hakem Mahkemesi Başkanının seçiminin Divan'a ait olduğu hallerde, Divan, uygun olduğunu düşündüğü ICC Milli Komitesine(*) başvurarak onun teklifini aldıktan sonra gerekli tayini yapar. Şayet Divan yapılan teklifi kabul etmez veya ilgili Milli Komite, Divan tarafından tespit edilen müddet içinde teklif yapmazsa, Divan talebini tekrarlayabileceği gibi başka uygun bir Milli Komite'den de teklif isteyebilir.

4. Şartların böyle gerektirdiğine kani olduğu hallerde Divan, tek hakemi veya Hakem Mahkemesi Başkanını, taraflardan herhangi biri, Divan tarafından tespit edilen müddet içinde itiraz etmediği takdirde, Milli Komite'nin olmadığı bir ülkeden seçebilir.

(*) Türkiye Milli Komitesi'nin Adresi: Atatürk Bulvarı, 149, BAKANLIKLAR-ANKARA, Tel: 0312 417 77 00

5. Tek Hakem veya Hakem Mahkemesi Başkanı, tarafların uyruğunda oldukları ülkelerin dışında bir ülkeden seçilecektir. Ancak şartlar gerektirir ve taraflardan hiçbiri Divan tarafından tespit edilen müddet içinde karşı çıkmazsa, Tek Hakem veya Hakem Mahkemesi Başkanı, tarafların ülkelerinin herhangi birinden seçilebilir.

6. Divan, hakemini seçmemiş olan tarafın yerine bir hakem tayin etmek durumunda kalırsa, bu tayini, o tarafın ülkesinin Milli Komitesinden bir teklif aldıktan sonra yapacaktır. Şayet Divan yapılan teklifi kabul etmez veya adı geçen Milli Komite Divan tarafından tespit edilen müddet içinde aday göstermezse veya o tarafın mensup olduğu ülkede bir Milli Komite yoksa, Divan uygun gördüğü herhangi bir şahsı tayin etmekte serbest olacaktır. Sekreteryaya, varsa bu kişinin uyruklüğünde olduğu ülkenin Milli Komitesi'ne bu seçimi bildirecektir.

Madde-10.

Tarafların Birden Fazla Olması

1. Gerek Davacı gerekse Davalı olarak tarafların birden fazla olması söz konusuysa ve uyuşmazlık üç hakeme havale edilecekse, Davacı Grup müştereken ve Davalı Grup da müştereken Madde-9 uyarınca tasdik edilmesi için bir hakem adayı göstereceklerdir.

2. Böyle müşterek bir aday yoksa ve tarafların tümü Hakem Mahkemesi'nin teşkili için bir usulde anlaşamıyorlarsa, Divan, Hakem Mahkemesinin bütün üyelerini tayin eder ve bunların birini başkan olarak hareket etmesi için seçer. Böyle bir durumda Divan, uygun olduğunu düşündüğünde Madde-9'u uygulayarak uygun gördüğü bir kişiyi hakem seçmekte serbest olacaktır.

Madde-11

Hakemlerin Reddi

1. Tarafsız olmadığı iddiası veya başka bir sebeple bir hakemin reddedilmesi Sekreteryaya'ya, reddin dayanağı olan hal ve sebepleri izah eden yazılı bir beyan ile yapılır.

2. Red talebinin dinlenebilmesi için, taraflardan birinin hakemin Divan tarafından atanması veya onaylanmasının ilgili tarafa tebliğinden itibaren 30 gün içinde veya red talebinde bulunan taraf red talebinin dayanağı olan olgu ve olayları yukarıda belirtilen tebliğ

tarihinden sonra öğrenmişse, öğrenmesinden sonra 30 gün içinde dermeyan edilmesi gerekir.

3. Divan, Sekreteryâ'nın, ilgili hakem, diğer taraf veya taraflar ve Hakem Mahkemesinin diğer üyelerinin (uygun bir müddet içinde) yazılı görüşlerini almasından sonra red sebeplerinin dinlenebilmesi konusunda ve aynı zamanda gerekiyorsa esasa da girerek, bir karar verir. Bu görüşler taraflara ve hakemlere iletilecektir.

Madde-12.

Hakemlerin Değiştirilmesi

1. Hakemin ölümü, Divanın hakemin istifasını kabul etmesi, red sebebinin Divan tarafından kabulü veya tüm tarafların talebi hallerinde hakem değiştirilecektir.

2. Divan, bir hakemin görevini, fiilen ve hukuken ifa etmesinin mümkün olamaması veya görevini işbu Kurallara göre veya zamanında ifa edememesi hallerinde de hakemin yerine bir yenisini re"en tayin edecektir.

3. Divan: Kendisine ulaşan bilgiye dayanarak Madde-12(2) hükmünü tatbik etmeyi düşünürse, konu hakkındaki kararını, ilgili hakem, taraflar ve Hakem Mahkemesi'nin diğer üyelerinin uygun bir müddet içinde görüşlerini yazılı olarak bildirme imkanına sahip olmalarından sonra verecektir. Bu görüşler taraflara ve hakemlere iletilecektir.

4. Bir hakem değiştirileceğinde, Divancın orijinal tayin usullerini uygulayıp uygulamama serbestliği vardır. Hakem Mahkemesi yeniden teşekkül edip, tarafların görüşünü aydıktan sonra, evvelce yapılmış olan yargılamanın yenilenip yenilenmeyeceğine, yenilenecekse ne ölçüde yenileneceğine karar verir.

5. Yargılamanın tamamlanmasından sonra, ölen ya da Madde-12(1) ve 12(2) uyarınca çıkarılan bir hakemin yerine Divan, uygun olduğunu düşünürse, geri kalan hakemlerin tahkime devam etmesine karar verebilir. Böyle bir tespit yaparken, kalan hakemler ve tarafların görüşlerini ve durumun gerektirdiği diğer hususları dikkate alır.

TAHKİM YARGILAMASI

Madde-13.

Dosyanın Hakem Mahkemesi'ne Havalesi

Sekreteryaya, dosyayı kurulduktan hemen sonra Hakem Mahkemesi'ne havale edecektir, ancak Sekreteryaya tarafından bu aşamada istenen masraf avansının ödenmiş olması gerekir.

Madde-14.

Tahkim Yeri

1. Taraflarca karşılaştırılmamışsa tahkim yeri Divan tarafından belirlenecektir.
2. Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmaması kaydıyla, Hakem Mahkemesi, taraflara danıştıktan sonra, duruşmaları ve toplantıları uygun olduğunu düşündüğü herhangi bir yerde yapabilir.
3. Hakem Mahkemesi hükmünü uygun olduğunu düşündüğü herhangi bir yerde verebilir.

Madde-15.

Usul Kuralları

1. Hakem Mahkemesinin takip edeceği usul bu Kurallar'ın hükümlerine tabidir. Burada hüküm mevcut değilse, taraflarca tayin edilmiş bulunan, tayin edilmemişse Hakem Mahkemesi tarafından belirlenen hükümler uygulanır. Burada tahkim için bir milli usul hukukuna atıf yapılmış olup olmamasının önemi yoktur.
2. Bütün hallerde, Hakem mahkemesi adil ve tarafsız hareket edecek her bir tarafa davasını sunmada yeterli imkanı verecektir.

Madde-16

Tahkim Dili

Taraflarca varılmış bir anlaşma yoksa, Hakem Mahkemesi, esas sözleşmenin dili de dahil olmak üzere ilgili tüm hususları göz önüne alarak, tahkimin dil veya dillerini belirleyecektir.

Madde-17

Uygulanacak Maddi Hukuk

1. Taraflar Hakem Mahkemesi tarafından uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddi hukuku belirlemede serbest olacaklardır. Bu

hususla bir anlaşma yoksa, Hakem Mahkemesi uygun olduğuna karar verdiği hukuku tatbik edecektir.

2. Bütün hallerde, Hakem Mahkemesi esas sözleşme hükümlerini ve ilgili ticari örf ve âdetleri göz önünde bulunduracaktır.

3. Hakem Mahkemesi, ancak taraflar yetki vermişse, bir amiable compositeur (muslih hakem)(*) yetkisine sahip olacak veya hak ve nesafet esasları dairesinde karar verebilecektir.

Madde-18

Görev Belgesi: İş Programı

1. Dosyayı Sekreteryâ'dan alır almaz, Hakem Mahkemesi, belgele-re dayanarak veya tarafların huzurunda ve en son beyanlarını da göz önünde tutarak, görevini belirten bir belge hazırlar. Bu Görev belgesinde aşağıdaki hususlar bulunmalıdır:

- a) Tarafların adları, sıfatları,
- b) Tahkim süresi içinde kendileri ile yazışma yapmak veya tebli-gatta bulunmak için tarafların adresleri,
- c) Tarafların iddialarının özet olarak açıklanması ve talep veya karşı talep olarak ileri sürülen meblağları mümkün olduğunca be-lirtmek suretiyle her bir tarafın netice-i talebi,
- d) Hakem Mahkemesi uygun olmadığı düşüncesinde değilse, ka-rara bağlanacak hususların listesi,
- e) Hakemlerin adı, soyadı, unvanı ve adresi,
- f) Tahkim yeri; ve
- g) Uygulanacak usul kuralları ve varitse, Hakem Heyeti'ne amiable compositeur (muslih hakem) olarak hareket edebileceğine dair verilen yetkinin özellikleri,

2. Görev Belgesi taraflar ve Hakem Mahkemesi tarafından imzala-nacaktır. Kendisine dosyanın tevdiinden itibaren geçen iki ay için-de, Hakem Mahkemesi, tarafların ve kendisinin imzaladığı Görev Belgesi'ni Divan'a iletacaktır. Divan, Hakem Mahkemesi'nin ge-

(*) Amiable Compositeur (Muslih Hakem): İhtilâfı maddi hukuk hükümlerine bağlı olmaksızın hak ve nisfetle çözen hakem.

rekçeli talebi üzerine veya gerekli görüyorsa re'sen bu süreyi uzatabilir.

3. Taraflardan herhangi biri Görev Belgesi'nin düzenlenmesine katılmaz veya imzalamayı reddederse, bu husus onay için Divan'a sunulacaktır. Görev Belgesi Madde-18(2) uyarınca imzalandıktan sonra tahkim devam edecektir.

4. Hakem Mahkemesi, Görev Belgesi'nin düzenlenmesi sırasında veya bundan sonra mümkün olan en kısa sürede, taraflara da danıştıktan sonra, tahkimin yürütülmesini takip etmek maksadıyla ayrı bir doküman olarak bir geçici iş programı yapacak ve bunu Divan ve taraflara iletilecektir. Geçici iş programında daha sonra yapılacak her türlü değişiklik Divan ve taraflara iletilecektir.

Madde-19

Yeni Talepler

Görev Belgesi imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan sonra, tarafların hiçbiri Görev Belgesi'nin sınırlarının dışında kalan yeni taleplerde veya karşı taleplerde bulunamayacaktır. Meğer ki böyle yeni talep veya karşı taleplerin mahiyetini, tahkimin bulunduğu aşamayı ve diğer ilgili hususları göz önüne alacak olan Hakem Mahkemesi tarafından bunun için izin verilmiş olsun.

Madde-20

Davanın Vakıalarının Tespiti

1. Hakem mahkemesi mümkün olan en kısa süre içerisinde uygun bulduğu tüm yöntemleri kullanarak davanın vakıalarını tespitine girişecektir.

2. Tarafların yazılı sunuşları ve tevdi edilen evrakın incelenmesinden sonra, taraflardan herhangi biri bunu isterse, Hakem Mahkemesi, tarafları kendilerinin huzurunda hep birlikte dinler, eğer böyle bir talep yoksa onları dinlemeye re'sen de karar verebilir.

3. Hakem Mahkemesi ayrıca tarafların huzurunda veya usulü dairesinde davet edilmiş olmak kaydıyla, giyaplarında şahitleri, taraflarca tayin edilmiş uzmanları veya başka herhangi bir kimseyi dinleyebilir.

4. Hakem Mahkemesi, taraflara da danıştıktan sonra, bir veya birkaç bilirkişi tayin edebilir, onların görevlerini saptar, raporlarını alır. Taraflardan birinin isteği üzerine, taraflara, Hakem Mahkemesi tarafından tayin edilen böyle herhangi bir bilirkişiyi duruşmaların birinde sorgulama imkanı verecektir.
5. Yargılamanın her aşamasında, Hakem Mahkemesi taraflardan herhangi birinden ilave delil sunmasını isteyebilir.
6. Taraflardan herhangi biri duruşma istememişse, Hakem Mahkemesi sadece taraflara sunulan evrak üzerinden karar verebilir.
7. Hakem Mahkemesi ticari sırların ve gizli belgelerin korunması için önlemler alabilir.

Madde-21

Duruşmalar

1. Duruşma yapılacağı zaman, Hakem Mahkemesi, makul bir süre tanıyarak, tarafların kendisi tarafından saptanmış gün ve yerde huzuruna çıkmalarını isteyebilir.
2. Uygun şekilde celbedilmiş olmalarına rağmen taraflardan herhangi biri duruşmaya makul mazereti olmadan gelmezse, Hakem mahkemesi duruşmayı yürütme yetkisine sahip olacaktır.
3. Tarafların tümü duruşmada bulunma hakkına sahip olacaklar; duruşmalarda tüm yetki Hakem mahkemesinde olacaktır. Hakem Mahkemesi ve tarafların onayının dışında, dava ile ilgisiz kişilerin duruşmada hazır bulunmasına izin verilmeyecektir.
4. Taraflar şahsen veya usulü dairesinde yetki verilmiş temsilcileri vasıtasıyla katılabilir; ayrıca müşavirlerini bulundurabilirler.

Madde-22

Yargılamanın Sona Ermesi

1. Tarafların davalarını takdim etmek için makul imkana sahip olduklarına kanaat getirdikten sonra Hakem mahkemesi yargılamanın bittiğini beyan edecektir. Bundan sonra Hakem mahkemesi tarafından istenmesi ya da izin verilmesi halleri hariç, hiçbir takdim yapılamayacak veya delil ibraz edilemeyecektir.

2. Hakem mahkemesi yargılamının bittiğini beyan ettikten sonra, Sekreteryaya, Madde-27 uyarınca onay için Divan'a sunulacak olan karar taslağının hazır olacağı yaklaşık bir tarih verecektir. Bu tarihle ilgili herhangi bir erteleme Hakem Mahkemesi tarafından Sekreteryaya iletilecektir.

Madde-23

İhtiyati Tedbirler

1. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, hakem mahkemesi, dosya kendisine havale edilir edilmez, taraflardan birinin isteği üzerine, uygun gördüğü geçici veya muhafaza amaçlı ihtiyati tedbir kararını verebilir. Hakem Mahkemesi böyle bir karar için talep eden tarafın uygun bir teminat vermesini şart koşabilir. Bu türlü herhangi bir tedbir, gerekçe de belirtilmek suretiyle, bir talimat veya bir karar şeklinde olabilir, bunun takdir hakkı Hakem mahkemesine aittir.

2. Dosyanın Hakem mahkemesine havalesinden önce ve uygun hallerde havalesinden sonra dahi, taraflar ihtiyati tedbir kararları için yetkili herhangi bir yargı organına başvurmakta serbesttirler. Taraflardan birinin böyle tedbirler için veya Hakem mahkemesi tarafından emredilen böyle tedbirlerin icrası için bir yargı organına başvurması tahkim şartının ihlali veya feragat veya hakeme mahsus yetkilere tecavüz sayılmayacaktır ve Hakem Mahkemesine mahsus hakları etkilenmeyecektir. Böyle bir başvuru ve yargı organı tarafından alınan tedbirler, derhal Sekreteryaya bildirilmek zorundadır. Sekreteryaya da bu hususu Hakem Mahkemesine bildirecektir.

KARARLAR

Madde-24

Karar İçin Süre

1. Hakem mahkemesinin karar vermesi için tanınan süre altı aydır. Bu süre, Hakem Mahkemesinin veya tarafların Görev Belgesini son imza tarihinden veya Madde-18(3)'ün uygulanması halinde Görev Belgesinin Divan tarafından onaylandığının Sekreteryaya tarafından Hakem Mahkemesine tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır.

2. Divan, Hakem mahkemesinin gerekçeli yazılı talebi üzerine veya gerekli olduğuna karar verdiği hallerde re'sen bu süreyi uzatabilir.

Madde-25

Kararın Verilmesi

1. Hakem mahkemesi birden fazla hakemden teşkil edildiği zaman, karar çoğunlukla verilir. Çoğunluk oluşmazsa, karar Hakem mahkemesi Başkanı tarafından tek başına verilir.
2. Kararda dayanılan gerekçeler belirtilecektir.
3. Karar, tahkim yerinde ve kararda belirtilen tarihte verilmiş sayılacaktır.

Madde-26

Kararın Sulh Yoluyla Verilmesi

Taraflar dosyanın Madde-13 uyarınca Hakem Mahkemesine havalesinden sonra sulh olurlarsa, taraflar ister ve Hakem Mahkemesi de kabul ederse, bu durum tarafların anlaşmasını belirleyen bir karar olarak kaleme alınacaktır.

Madde-27

Kararın Divan Tarafından İncelenmesi

Hakem mahkemesi, kararı imzalanmadan önce taslak olarak Divan'a sunar. Divan, şekil değişiklikleri tavsiye edebilir ve Hakem Mahkemesi'nin karar özgürlüğünü etkilemeyecek şekilde dikkatini, anlaşmazlığın esasını ilgilendiren noktalara çekebilir. Hakem mahkemesi, Divan şekil yönünden kararı onaylamadan Hakem Kararı verilmeyecektir.

Madde-28

Kararın tebliği, Tevdii ve İcra Edilebilirliği

1. Karar alındıktan sonra, Sekreteryaya, hakem Mahkemesinin imzaladığı metni, tahkim masraflarının tamamen taraflar veya taraflardan birince Milletlerarası Ticaret Odası'na ödenmiş olması kaydıyla taraflara tebliğ eder.
2. Genel sekreterin resmen onayladığı ek suretler, herhangi bir zamanda isteyen taraflara verilir, ancak başka hiç kimseye verilmez.
3. Bu Maddenin 1. Fıkrası gereğince yapılan tebligat, tarafların başka bir şekilde tebligat yapılmasını istemekten veya Hakem

Mahkemesi tarafından kararın başka bir surette tevdi edilmesinden vazgeçildiği sonucunu doğurur.

4. Bu kurallara uygun olarak verilmiş olan her kararın aslı Sekreteryaya tevdi edilir.

5. Hakem mahkemesi ve Sekreteryaya gerekli diğer bütün formalitelere uyulması için taraflara yardım ederler.

6. Her karar tarafları için bağlayıcı olacaktır. İhtilâfı bu Kurallar altında tahkime sunmakla taraflar, verilecek kararı derhal icra etmeyi kabul ederler ve yapılması geçerli olduğu ölçüde temyiz yoluna başvurmaktan feragat etmiş sayılacaklardır.

Madde-29

Kararın Düzeltilmesi ve Tavzih

1. Hakem mahkemesi Kararda bulunan bir idari, hesap ve yazım hatasını veya bu mahiyetteki başka hataları re'sen düzeltebilir. Ancak böyle bir düzeltmenin karar tarihinden itibaren 30 gün içinde onay için Divan'a sunulmuş olması gerekir.

2. Taraflardan birinin Madde-29(1)'de belirtilenlerin benzeri bir hatanın düzeltilmesi veya kararın tavzihi için herhangi başvurusu kararın ilgili tarafça alınmasından itibaren 30 gün içinde Sekreteryaya yapılmalıdır. Böyle bir başvurunun suretleri Madde-3(1) uyarınca Hakem mahkemesi ve diğer taraflara iletilecektir. Hakem mahkemesi, diğer tarafa görüşlerini sunabilmesi için başvurunun ilgili tarafça alınmasından itibaren normalde 30 günü geçmeyen kısa bir süre verecektir. Hakem mahkemesi kararı düzeltmeye veya tavzihe karar verirse, diğer tarafa görüşlerini bildirmesi için verilen sürenin dolmasını müteakiben nihayet 30 gün veya Divan tarafından tanınan süre içerisinde tavzih kararını taslak halinde Divan'a sunacaktır.

3. Kararın düzeltilmesi veya tavzihi kararı bir zeylname formunda olacak ve kararın bir parçasını oluşturacaktır. Madde-25, 27 ve 28 hükümleri kıyas yolu ile uygulanacaktır.

MASRAFLAR

Madde-30

Tahkim Giderleri İçin Avans

1. Talep'i aldıktan sonra, Genel Sekreter Davacıdan, Görev belgesi Düzenlenene kadar olan masrafları karşılayabilecek bir meblağı avans olarak ödemesini isteyebilir.

2. Divan, mümkün olan en kısa sürede, kendisine taraflarca iletilen talep ve karşı talepler için hakem ücret ve masraflarını ve ICC idari masraflarını karşılayacak miktarda bir masraf avansı belirleyecektir. Bu miktar tahkim süresince herhangi bir zamanda yeniden ayarlanabilir. Taleplerden başka bir veya birkaç mukabil dava açıldığı takdirde, Divan bunların her biri için ödenecek avansı ayrı ayrı tespit edebilir.

3. Divan tarafından belirlenen masraf avansı Davacı ve Davalı tarafından eşit miktarda ödenir. Madde-30(1) uyarınca ödenen herhangi avans kısmi ödeme sayılacaktır. Bununla beraber, diğer tarafın ödemeyi yapmaması halinde, taraflardan her biri esas talep veya karşı taleple ilgili masraf avansının tümünü ödemekte serbest olacaktır. Divan, Madde-30(2) uyarınca ayrı avans miktarları tespit etmişse, taraflardan her biri kendi taleplerine tekabül eden masraf avanslarını ödeyecektir.

4. Masraf avansı ile ilgili bir talep karşılanmadığında, Genel sekreter hakem mahkemesine danıştıktan sonra, Hakem mahkemesine çalışmalarını tatil etmesi talimatını verebilir. Ve 15 günden az olmamak kaydıyla, hitamında talep veya karşı taleplerden vazgeçilmiş sayılacağı bir mehil belirleyebilir. İlgili taraf bu yönetime itiraz etmek istiyorsa konunun Divan tarafından karara bağlanması için yukarıda belirtilen süre içerisinde bir talepte bulunmalıdır. Böyle bir vazgeçmiş sayılma durumu gerekçe gösterilerek söz konusu tarafın aynı talepler veya karşı talepleri daha sonraki bir tarihte başka bir davada ileri sürmesine engel olunamayacaktır.

5. Taraflardan biri gerek talepler gerekse karşı talepler ile ilgili olarak bir takas iddiasında bulunursa, bu ayrı bir talep gibi, hakem Mahkemesinin ilave hususları dikkate almasını gerektirdiği ölçüde, tahkim masraflarını karşılayacak avansın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Madde-31

Tahkim Masraflarına Ait Hüküm

1. Tahkim masraflarına; tahkim yargılamasının başladığı tarihte yürürlükte olan barem cetveline göre hakemlerin ücreti ve harcamaları ve Divan tarafından belirlenen ICC idari masrafları ve aynı zamanda Hakem Mahkemesi tarafından tayin olunan bilirkişilerin ücreti ve giderleri ile tarafların tahkim için yapmış olduğu makul dava ve diğer masraflar dahildir.
2. Dava istisnai haller gerektirirse, Divan, duruma göre hakemlerin ücretini barem cetvelinde gösterilenden daha fazla veya daha az bir biçimde belirleyebilir. Divan tarafından belirlenenler haricindeki masraflar hakkındaki kararlar Hakem mahkemesi tarafından yargılama esnasında herhangi bir anda alınabilir.
3. Nihai karar; tahkim masraflarını belirleyecek ve tarafların hangisinin üstleneceğine veya taraflarca hangi oranlarda paylaşılacağı hüküm altına alınacaktır.

ÇEŞİTLİ HÜKÜMLER

Madde-32

Sürelerin Değiştirilmesi

1. Taraflar bu Kurallarda öngörülen çeşitli süreleri kısaltmak için anlaşabilirler. Hakem Mahkemesinin teşkilinden sonra yapılabilecek bu türlü herhangi bir anlaşma ancak Hakem Mahkemesinin onayı ile yürürlüğe girecektir.
2. Divan; Hakem mahkemesi veya Divancın sorumluluklarını bu Kurallar'a uygun olarak yerine getirebilmeleri için gerekli olduğuna karar verirse, Madde-32(1) uyarınca değiştirilmiş herhangi süreyi re'sen uzatabilir.

Madde-33

Feragat

Bu Kurallar'ın herhangi hükmüne veya yargılamanın tabi olduğu kuralların herhangi birine uyulmaması haline, Hakem Mahkemesi tarafından verilen herhangi talimata veya Hakem Mahkemesinin teşkili için tahkim sözleşmesinde yer alan herhangi şarta veya yar-

gılamanın yönetilmesine itiraz etmeden tahkime devam eden taraf, itiraz etmek hakkından feragat etmiş sayılacaktır.

Madde-34

Sorumluluğun Bertaraf Edilmesi

Hakemler, Divan ve üyeleri, ICC ve çalışanları, ICC Milli Komiteleri tahkimle ilgili herhangi bir eylem veya ihmalleri sebebiyle herhangi bir kişiye karşı mesul olmayacaklardır.

Madde-35

Genel Kural

Bu Kurallar'da açıkça öngörülmemiş her hususta, Divan ve Hakem Mahkemesi bu Kurallar'ın ruhuna göre hareket eder ve kararın hukuken icra edilebilmesini temin için her türlü gayreti sarf edeceklerdir.

ICC MİLLETLERARASI TAHKİM DİVANI'NIN STATÜSÜ³⁰

Madde-1

Fonksiyon

1. Milletlerarası Ticaret Odası Milletlerarası Tahkim Divanı'nın fonksiyonu Milletlerarası Ticaret Odası'nın Tahkim Kuralları'nın uygulanmasını temin etmek olup, bu amaç için gerekli yetkiye sahiptir.
2. Otonom bir varlık olarak, bu fonksiyonlarını ICC ve onun organlarından tam bağımsız olarak yürütür.
3. Üyeleri ICC Milli Komiteleri'nden bağımsızdır.

Madde-2

Divanın Yapısı

Divan bir Başkan, Başkan Yardımcıları, üyeler ve yedek üyelerden (topluca atanmış üyelerden) oluşacaktır. İşlerinde Sekreteryaya (Divan Sekreteryası) kendisine yardım eder.

Madde-3

Atanma

1. Başkan ICC İcra Komitesi'nin teklifi ile ICC Konseyi tarafından seçilir.
2. ICC Konseyi Divan üyeleri arasından veya başka yerden Divan Başkan Yardımcılarını atar.
3. Üyeleri, her bir Komite için bir üye olmak üzere, Milli Komitelerin teklifi ile ICC Konseyi tarafından atanır.
4. Divan Başkanının teklifi üzerine Konsey yedek üyeler atayabilir.
5. Üyelik süresi üç yıldır. Eğer bir üye görevini yapamayacak hale gelmişse, Konsey tarafından onun yerine kalan süre için bir atama yapılır.

Madde-4

Divan'ın Karar Oturumları

Divan'ın karar oturumlarına Başkan, onun yokluğunda kendisi tarafından belirlenmiş Başkan Yardımcıları'ndan biri başkanlık eder.

³⁰ A.g.e., s. 29.

Karar yeter sayısı için en az altı üye gereklidir. Kararlar çoğunluk oyu ile alınır, eşitlik halinde Başkan'ın oyu çift sayılır.

Madde-5

Komiteler

Divan bir veya daha fazla Komite kurabilir ve bu Komitelerin fonksiyon ve organizasyonlarını belirler.

Madde-6

Gizlilik

Divan'ın yaptığı işler gizlidir ve bu işe katılanlar sıfatları ne olursa olsun buna riayet etmek zorundadırlar. Divan, Divan'ın ve Komiteleri'nin toplantılarına katılabilecek kişiler ile ilgili kurulları ve Divan ve Sekreteryası'na sunulan materyale kimlerin erişebileceğini belirler.

Madde-7

Tahkim Kurallarının Değiştirilmesi

Divan'ın Kurallar'ın değiştirilmesi yönünde yapacağı herhangi bir teklif onay için ICC'nin İcra Komitesi ve Konsey'e sunulmadan önce Milletlerarası Tahkim Komisyonu'na gönderilir.

ICC TAHKİM DİVANI İÇ TŪZŪĖŪ³¹

Madde-1

Tahkim Divanı alışmalarının Gizlilik Karakteri

1. Tahkim Divanı toplantıları ister tam kurul halinde, isterse Komite toplantısı şeklinde olsun, sadece Divan ūyeleriyle, Divan Sekreteryası'na açıktır.
2. Bununla beraber, Tahkim Divanı Bařkanı bařka řahısları da toplantıya davet edebilir. Bu tūrlū řahısların, Divan'ın faaliyetlerine hâkim olan gizlilik prensibine saygı gūstermesi zorunludur.
3. Tahkim Divanına sunulan belgeler veya muhakeme esnasında Divan tarafından tanzim edilen belgeler sadece Divan ūyelerine, Sekreteryaya'ya ve Divan toplantısına katılması hususunda Başkanın yetkili kıldığı şahıslara tevdi edilir.
4. Ancak Divan Bařkanı veya Genel Sekreteri; tahkim prosedūrū çerçevesinde taraflara sunulmuř belge, beyan ve notlar hariç, hakem kararları ve genel mahiyette belgeler ūzerinde bilgi edinmek amacıyla, Milletlerarası Ticaret Hukuku alanında ilmi nitelikte çalıřma yapan arařtırmacılara izin verebilir.
5. Būyle bir izin; arařtırmacı, belgelerin gizliliđine dair prensibe saygı gūstermeyi ve Genel Sekreterin onayını almaksızın herhangi bir belgeyi yayınlamamayı taahhūt etmedikçe verilmez.
6. Sekreteryaya; Kurallara gūre Tahkime sunulmuř her dava ile ilgili Hakem kararlarının gūrev belgesi ve divan kararları ile Sekreteryaya ile yapılan muhaberatı Divan Arřivinde saklar.
7. Taraflarca veya hakemlerce verilen her tūrlū belge, muhaberat ve tebliđler, taraflardan biri veya bir hakem tarafından bu tūr belgelerin iadesi için Sekreteryaya tarafından tespit edilen mūddet içinde yazılı olarak geri istenmedikçe imha edilebilir. Bu tūrlū belgelerin iadesiyle ilgili her tūrlū ūcret ve masraf, iadeyi isteyen taraf veya Hakem tarafından ūdenecektir.

³¹ A.g.e., s. 31.

Madde-2

Milletlerarası Tahkim Divanı Üyelerinin ICC Tahkimine Katılması

1. Divan Başkanı, Üyeleri ve Sekreteryaya mensupları ICC tahkimine havale edilmiş davalara hakem veya müşavir olarak katılamazlar.
2. Divan; Başkan yardımcıları veya Divan Üyelerini hakem olarak tayin edemez. Bununla beraber Divan Üyeleri bu türlü görevler için Divan'ın onayına bağlı olarak taraflardan biri veya daha fazlası tarafından veya tarafların mutabakata varabilecekleri başka bir prosedüre göre teklif edilebilir.
3. Başkan, Başkan Yardımcılarından veya Divan Üyelerinden biri, Divan önünde görülmekte olan bir tahkim prosedüründe hangi sıfatla olursa olsun yer aldıklarında, bu türlü şahıslar durumdan haberdar olur olmaz, keyfiyeti Genel Sekretere bildirmek zorundadır.
4. Bu türlü şahıslar tahkim prosedürüyle ilgili karar ve müzakerelere katılamayacağı gibi, bu mesele görüşülürken toplantı salonunu terk etmek zorundadırlar.
5. Bu şahıslara, tahkim prosedürü boyunca, Tahkim Divanına sunulan bilgi ve belgeler verilmez.

Madde-3

ICC Milli Komiteleri ile Divan Üyeleri Arasındaki İlişkiler

1. Divan üyeleri, sıfatları dolayısıyla ICC Divanınca seçilmek üzere kendilerini aday göstermiş olan ICC Milli Komitelerinden bağımsızdırlar.
2. Ayrıca Divan Üyelerinin, Divan Üyesi sıfatıyla münferit davalarla ilgili herhangi bir bilgiyi kendi komitelerinden de gizli tutmaları zorunludur. Ancak Divan Başkanı veya Genel Sekreterlerinin Milli Komitelerin temsilcisi sıfatıyla böyle bir bilgiyi ulaştırmasını istemeleri halinde yukarıdaki kural uygulanmaz.

Madde-4

Divan Komitesi

1. ICC Tahkim Kurallarınının 1(4) ve Statü'nün (EK-1) 5. Maddesine uygun olarak Tahkim Divanı, aşağıdaki yetkilerle donatılmış ve aşağıdaki tarzda oluşan bir Divan Komitesi teşkil eder.

2. Divan Komitesi, bir Başkan ve en az iki üyeden oluşur. Tahkim Divanı Başkanı, Komite'nin de Başkanıdır. Yokluğunda bir Komite toplantısı esnasında Tahkim Divanı Başkanı kendi yerine bir Başkan Yardımcısı veya istisnai hallerde Divan'ın başka bir üyesini görevlendirebilir.

3. Komitenin diğer üyesi, Tahkim Divanı tarafından, Divan'ın Başkan yardımcıları veya diğer üyeleri arasından seçilebilir. Divan her toplantısında, bir sonraki Genel Kurul toplantısından evvel yapılacak olan Komite toplantısına iştirak edecek üyeleri belirler.

4. Komite, Başkanın çağrısı üzerine toplanır. Nisap iki üyenin katılımıyla oluşur.

5. (a) Komitenin alabileceği kararlar Divan tarafından tespit edilir.

(b) Komitenin kararları ittifakla alınır.

(c) Komite; bir karar veremediğinde veya karar vermemeyi uygun bulduğu meseleyi, gerekli tekliflerini de yaparak Divan'ın bir sonraki oturumuna bakar.

(d) Komitenin kararları, müteakip toplantısında Divan'ın bilgisine sunulur.

Madde-5

Divan Sekreteryası

1. Gıyap halinde Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve Genel Danışman'a Kuralların 9(2), 28(2) ve 30(1) maddelerinde işaret edildiği şekilde hakemlerin onanması, hakem kararının tasdiki ve geçici avansların ödenmesi talep yetkisi verebilir.

2. Sekreteryaya; Divan'ın izniyle, tarafların ve hakemlerin bilgisine sunulacak veya tahkim prosedürünün usulünce devamı için lüzumlu not ve belgeleri gönderebilir.

Madde-6

Kararın İncelenmesi

Divan, Kurallar'ın 27. Maddesine göre karar taslağını incelerken, uygulanabilir ölçüde kararın alındığı yerdeki zorunlu kanun hükümleri gereğinin yerine getirilmiş olup olmadığına da dikkat eder.

ICC TAHKİM MASRAFLARI VE ÜCRETLER³²

Madde-1

Masraf Avansı

1. Kurallar'a göre bir tahkimin başlatılması talebi ile birlikte idari masraflar için 2.500 \$ tutarında bir peşinat yatırılmalıdır. Bu meblağ iade edilmez ve Davacının ödemesi gereken masraf avansından düşülür.
2. Genel Sekreter tarafından Kurallar'ın 30(1) Maddesi uyarınca belirlenen geçici masraf avansı normal olarak idari masrafların, talebin tutarı baz alınarak hesaplanan (ekli cetvelde gösterilen) ücretlerin alt sınırı ve Görev belgesinin hazırlanması ile ilgili olarak Hakem Heyetinin cari harcamalarının toplanmasıyla elde edilen tutarı geçmeyecektir. Eğer böyle bir tutar belirlenemiyorsa, geçici avans Genel Sekreter tarafından re'sen belirlenecektir. Davacının yapmış olduğu ödeme Divan tarafından belirlenen masraf avansının kendisine düşen kısmından mahsup edilecektir.
3. Genel olarak, Görev belgesi imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan ve geçici iş programı çıkarıldıktan sonra, Hakem Heyeti, Kurallar'ın 30(4) Maddesi uyarınca, sadece masraf avansının ödendiği talepler ve karşı talepler ile ilgili olarak muhakemeyi yürütecektir.
4. Divan tarafından Kurallar'ın 30(2) Maddesi uyarınca belirlenen masraf avansı hakem veya hakemlerin ücretleri, hakemin tahkim ile ilgili herhangi masrafı ve idari masraflardan ibarettir.
5. Her bir taraf toplam masraf avansından kendi payına düşeni nakden ödeyecektir. Ancak kendisine düşen pay, Divan tarafından zaman zaman belirlenen bir miktarı aşarsa, o taraf söz konusu ilave tutar için bir banka teminatı gönderebilir.
6. Divan tarafından belirlenmiş masraf avansından kendisine düşen tarafı ödemiş olan taraf, Kurallar'ın 30(2) Maddesi uyarınca, bir banka teminatı göndererek temerrüt eden tarafın borçlu olduğu ödenmemiş kısmı ödeyebilir.

³² A.g.e., s. 35.

7. Kurallar'ın 30(2) Maddesi uyarınca Divan ayrı masraf belirlediğinde, Sekreteryaya her bir tarafı ilgili taleplerine tekabül eden avans tutarlarını ödemeye davet eder.

8. Aynı masraf avanslarının belirlenmesinin neticesinde, herhangi bir tarafın talebi için belirlenen ayrı avans (ayrı avansın konusu olan aynı talep ve karşı taleplerle ilgili olarak) daha önce belirlenmiş olan global avansın yarısını geçerse, böyle fazla tutarları karşılamak üzere bir banka teminatı gönderebilir. Neticede aynı avansın tutarı yükseltildiği takdirde, artışın en azından yarısı nakit olarak ödenecektir.

9. Sekreteryaya, tarafların yukarıdaki hükümlere göre gönderebilecekleri tüm banka garantileri ile ilgili kuralları belirleyecektir.

10. Kurallar'ın 30(2) Maddesinde belirlendiği üzere, özellikle de uyuşmazlık konusu tutardaki değişmezler, hakemin tahmini harcamalarındaki değişiklikler veya tahkim muhakemesinin zorlaşması veya karmaşık hale gelmesi göz önünde tutularak, masraf avansı tahkim süresinin herhangi bir anında yeniden belirlenebilir.

11. Hakem Heyeti tarafından hükmedilen bir bilirkişi incelemesinin başlatılabilmesinden önce, taraflar veya onlardan biri, bilirkişinin hakem heyeti tarafından belirlenen tahmini ücret ve harcamalarını karşılamaya yetecek tutarda, hakem heyeti tarafından belirlenecek bir masraf avansı ödeyecektir. Hakem heyeti böyle bir ücret ve harcamaların taraflarca ödenmesinin temininden sorumlu olacaktır.

Madde-2

Masraf ve Ücretler

1. Kurallar'ın 31(2). Maddesi uyarınca, Divan, hakemin ücretini, burada verilmiş olan cetvele uygun olarak veya uyuşmazlık konusu tutarın belirtilmediği hallerde takdiren belirleyecektir.

2. Hakemin ücretini tespit ederken belirlenen sınırlar içinde bir rakama veya istisnai durumlarda (Kurallar'ın 31(2). Maddesi) bu sınırlardan daha aşağı veya daha yukarı bir rakama varmak için, Divan, hakemin dikkatini, sarf edilen zamanı, muhakemenin hızını ve uyuşmazlığın karmaşıklığını göz önüne alacaktır.

3. Bir dava birden fazla hakeme tevdi edildiğinde, Divan, re'sen, toplam ücretleri normalde bir hakemin ücretinin üç katını aşamayacak şekilde artırmaya hakkı olacaktır.
4. Kurallar'da öngörüldüğü üzere hakem ücretleri ve harcamaları münhasıran Divan tarafından belirlenecektir. Taraflar ve hakem arasında ayrı ücret anlaşmaları Kurallar'a aykırıdır.
5. Divan her bir tahkimin idari masraflarını burada verilmiş olan cetvele uygun olarak veya uyuşmazlık konusu tutarın belirtilmediği hallerde takdirene belirleyecektir. İstisnai durumlarda söz konusu masrafların cetvelde belirtilen azami tutarı geçmemesi kaydıyla, Divan, idari masrafları cetvelin tatbik edilmesi suretiyle bulunacak tutardan daha az veya daha çok olarak belirleyebilir. Ayrıca Divan, tarafların veya diğerinin zımni kabulü ile tarafların birinin talebi ile tahkimin tarafların yokluğunda yürütülmesinin koşulu olarak idari masraflar cetvelinde gösterilenlere ilave idari masrafların ödenmesini isteyebilir.
6. Tahkim nihai kararın verilmesinden önce sona ererse, Divan tahkim muhakemesinde varılan aşamayı ve diğer ilgili hususları dikkate alarak tahkim masraflarını kendi takdirine göre belirleyecektir.
7. Kurallar'ın 29(2). Maddesi uyarınca bir başvuru olması halinde, Divan Hakem Heyetinin ilave ücret ve harcamalarını karşılamak üzere bir masraf avansı belirleyebilir ve bu başvurunun hakem heyetine havalesini ilgili avansın nakden ve defaten ICC'ye ödenmesi şartına bağlayabilir. Divan, hakem heyetinin kararını onarken, takdir hakkı kendinde olmak üzere olası hakem ücretlerini belirleyecektir.
8. Tahkimin teşebbüs edilen bir uzlaşma neticesinde düşmesi halinde, söz konusu uzlaşma için ödenen idari masrafların yarısı tahkim masraflarından mahsup edilecektir.
9. Hakeme ödenen tutarlara herhangi olası katma değer vergisi veya diğer vergi veya resim ve hakem ücretlerine uygulanan tevkifatlar dahil değildir. Böyle vergi ve resmi tarafların karşılanması gerekmektedir, ancak böyle herhangi resim ve verginin geri alınması tamamen hakem ve taraflar arasında bir meseledir.

Madde-3**Hakemlerin Atanması**

1. Kurallar'a tabi olarak yürütülmeyen herhangi tahkim için bir hakem atanmasını teminen ICC'ye yapılan her bir talepte bulunan tarafın normalde 2500 USD'yi geçemeyecek bir kayıt harcı ödemesi gerekmektedir. Bir hakemin tayini için yapılacak hiçbir başvuru söz konusu harç yatırılmadan değerlendirilmeyecek olup harç iade edilmez ve ICC'ye irat kaydedilir.

2. Söz konusu harç bir hakemin reddi hususunda verilen kararlar ve bir yedek hakemin atanması gibi atama ile ilgili ICC tarafından verilen ilave hizmetleri karşılayacaktır.

Madde-4**İdari Masraflar ve Hakem Ücretleri Cetvelleri**

1. Aşağıda çıkarılan idari masraflar ve Hakem Ücretleri Cetvelleri, tahkimin tabi olduğu kurallar'ın versiyonuna bakılmaksızın, 1 Ocak 1998 itibariyle, bu tarihte ve daha sonra başlanan tüm tahkimler için geçerli olacaktır.

2. İdari masrafların ve hakem ücretlerinin hesaplanması için, uyuşmazlık konusu tutarın ardışık her bir dilimi için hesaplanan tutar 80 milyon USD'yi aştığı zaman idari masraflar cem'an 75.800 USD olacaktır.

İDARİ MASRAFLAR

<u>İhtilâflı Miktar (ABD Doları)</u>	<u>İdari Masraflar</u>
50.000' e kadar	2.500 \$
50.001 - 100.000	3.50 %
100.001 - 500.000	1.70 %
500.001 - 1.000.000	1.15 %
1.000.001 - 2.000.000	0.60 %
2.000.001 - 5.000.000	0.20 %
5.000.001 - 10.000.000	0.10 %
10.000.001 - 50.000.000	0.06 %
50.000.001 - 80.000.000	0.06 %
80.000.000'un üzerindeki	\$ 75.800

İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE TAHKİM

B. HAKEM ÜCRETİ

<u>İhtilâflı Miktar (ABD Doları)</u>	<u>Ücretler</u>	
	<u>Asgari</u>	<u>Azami</u>
50.000'e kadar	\$ 2.500	17.00 %
50.001 - 100.000	2.00 %	11.00 %
100.001 - 500.000	1.00 %	5.50 %
500.001 - 1.000.000	0.75 %	3.50 %
1.000.001 - 2.000.000	0.50 %	2.50 %
2.000.001 - 5.000.000	0.25 %	1.00 %
5.000.001 - 10.000.000	0.10 %	0.55 %
10.000.001 - 50.000.000	0.05 %	0.17 %
50.000.001 - 80.000.000	0.03 %	0.12 %
80.000.001 - 100.000.000	0.02 %	0.10 %
100.000.000'un üzerindikiler	0.01 %	0.05 %

ICC İHTİYARÎ UZLAŞMA KURALLARI VE EKİ³³

Giriş

Milletlerarası mahiyette bir iş ihtilâfında uzlaşma, arzu edilen bir hal tarzıdır.

Bu sebeple Milletlerarası Ticaret Odası bu mahiyetteki ihtilâfların sulh yoluyla halli hususunda bu İhtiyarî Uzlaşma Kurallarını tanzim etmiştir.

Madde-1. Milletlerarası mahiyette her türlü iş ihtilâfının Milletlerarası Ticaret Odası'nın tayin edeceği tek uzlaştırıcıya tevdi mümkündür.

Madde-2. Uzlaşma isteyen taraf, Milletlerarası Ticaret Odası'nın Milletlerarası Tahkim Divanı Sekreteryası'na başvurarak, kısa ve açık şekilde talebin amacını açıklayarak, Ek'te belirtilen ücretleri öder.

Madde-3. Milletlerarası Tahkim Divanı, mümkün olduğu kadar süratle, karşı tarafı uzlaşma talebinden haberdar eder. Uzlaşma teşebbüsünü kabul edip etmediğini Sekreteryaya bildirmesi için karşı tarafa 15 günlük bir süre verilecektir.

Şayet karşı taraf uzlaşma teşebbüsünü kabul ederse, bu süre içinde Sekreteryayı haberdar edecektir.

Verilen süre içinde hiçbir cevap verilmemesi veya menfi cevap verilmesi halinde uzlaşma teşebbüsü reddedilmiş sayılır. Sekreteryaya durumdan uzlaşma isteyen tarafı derhal haberdar edecektir.

Madde-4. Uzlaşma teşebbüsünün kabulüne dair bir cevabın alınması üzerine, Milletlerarası Tahkim Divanı Genel Sekreteri, mümkün olan en kısa zamanda bir Uzlaştırıcı tayin eder. Uzlaştırıcı tarafları kendisinin tayininden haberdar ederek, iddialarını açıklamak üzere bir süre tespit eder.

Madde-5. Uzlaştırıcı, uzlaşma usulünü tarafsızlık, hakkaniyet ve adalet kurallarını göz önünde bulundurarak kendi uygun göreceği şekilde yürütür.

³³ A.g.e., s. 41.

Tarafların muvafakatiyle, Uzlaştırıcı, uzlaşma yerini kendisi tayin eder.

Uzlaştırıcı, uzlaşma prosedürünün devamı sırasında taraflardan, kendisine, lüzumlu göreceği ek bilgileri vermelerini isteyebilir.

Taraflar arzu ederlerse, kendi seçecekleri avukatları yanlarında bulundurabilirler.

Madde-6. Hangi sıfatla olursa olsun uzlaşma prosedürüne katılan herkes uzlaşmanın gizliliği prensibine riayetle mükelleftir.

Madde-7. Uzlaşma Prosedürü aşağıdaki hallerde sona ermiş sayılır:

(a) Tarafların bir anlaşma imzalamaları. Taraflar böyle bir anlaşmayla bağlı olacaklardır. İcrası veya tatbikatı açıklanmasını gerektirmediği takdirde, bu anlaşma gizli kalacaktır.

(b) Uzlaştırıcının, uzlaşma teşebbüsünün akamete uğradığına dair olan bir rapor vermesi. Böyle bir raporda herhangi bir sebep zikredilmeyecektir.

(c) Taraflardan biri veya birkaçının uzlaşma prosedürünün herhangi bir safhasında Uzlaştırıcıya, uzlaşma prosedürüne devam etme arzusunda olmadığını bildirmesi.

Madde-8. Uzlaşmanın sona ermesi üzerine Uzlaştırıcı; Milletlerarası Tahkim Divanı Sekreteryası'na, taraflarca imzalanan uzlaşma anlaşmasını veya teşebbüsün akamete uğradığına dair kendi raporunu veya taraflardan herhangi birinin uzlaşmayı devam ettirmek istemediklerine dair tebliğin verecektir.

Madde-9. Dosyanın açılması üzerine, milletlerarası Tahkim Divanı Sekreteryası ihtilâfın mahiyeti ve önemini göz önünde bulundurarak prosedürün devam ettirilmesi için lüzumlu ücreti tespit edecektir. Bu miktar taraflarca eşit miktarda ödenecektir.

Bu miktar, EK'te gösterilen uzlaştırıcının muhtemel ücretini, uzlaşma masraflarını ve idari masrafları karşılayacaktır.

Uzlaşma prosedürünün devamı sırasında Divan Sekreteryası, başlangıçta ödenen miktarın, uzlaşmanın muhtemel masraflarını kar-

şılamaya yetmediğine karar verdiği hallerde, tarafların eşit miktarda karşılayacağı ek bir paranın ödenmesini isteyecektir.

Uzlaşmanın sona ermesi üzerine, Sekreteryaya masrafların nihai hesabını yaparak taraflara bildirecektir.

Uzlaşma anlaşması aksini kararlaştırmadıkça, yukarıdaki bütün masrafları taraflar eşit şekilde karşılayacaklardır.

Herhangi bir tarafın bunların dışındaki sair masrafı kendisine ait olacaktır.

Madde-10. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, bir Uzlaştırıcı, uzlaşma prosedürüne dahil herhangi bir ihtilâfla ilgili olarak herhangi bir yargı veya tahkim prosedüründe hakem, temsilci veya taraflardan birinin vekili olarak vazife almayacaktır.

Aksi aralarında kararlaştırılmadıkça, taraflar karşılıklı olarak Uzlaştırıcıyı bu türlü hallerde bir şahit olarak çağırmayacaklarını da taahhüt ederler.

Madde-11. Taraflar aşağıdaki hususları her ne şekilde olursa olsun herhangi bir yargı veya tahkim prosedüründe delil olarak kullanmayacaklarında mutabıktırlar:

- (a) İhtilâfın muhtemel halli zımında herhangi bir tarafça ifade edilen bir görüş veya teklif,
- (b) Uzlaştırıcının yaptığı herhangi bir teklif,
- (c) Taraflardan birinin, Uzlaştırıcının uzlaştırma maksadıyla ortaya attığı tekliflerden herhangi birini kabule hazır olduğunu ifade etmesi.

UZLAŞMA MASRAFLARI TARİFESİ

- (a) ICC İhtiyarî Uzlaşma Kuralları'na göre uzlaşmaya havale edilen ihtilâfın her iki tarafı, idari masraflar için 500 ABD Doları tutarında bir avans ödemek zorundadır. Bedeli usulünce ödenmemiş olan hiçbir uzlaşma başvurusu kabul edilemez. Bu ücret iade edilmeyerek ICC'nın mülkiyetinde kalır. Taraflardan birinin yaptığı bu türlü ödeme, o tarafın uzlaşma payından mahsup edilir.
- (b) Bu uzlaşma prosedürünün idari masrafları aşağıdaki ICC Tahkim Kuralları'nın III numaralı ekine göre hesap edilen miktarın dörtte biri olarak tespit edilir. Uzlaşma prosedürüne tabi olacak ihtilâfta bir rakam zikredilmemişse, idari masraf miktarını Divan Genel Sekreteri tespit eder.
- (c) Tarafların uzlaştırmacıya ödeyecekleri ücret Divan Genel Sekreteri tarafından tespit edilir. Bu ücret, harcanan zamanı, ihtilâfın karmaşıklığı ve sair hususları göz önünde bulundurarak makul bir seviyede olacaktır.
- (d) Uzlaştırmacıya ödenen meblağlara herhangi bir muhtemel Katma Değer Vergisi (KDV) veya uzlaştırmacı ücretinin tabi olacağı sair vergi ve resimler dahil değildir. Tarafların bu türlü vergi ve resimleri de ödemesi beklenir. Ancak bu türlü vergi ve resimlerin iadesi hususu doğrudan doğruya taraflar ile uzlaştırmacı arasında halledilir.

EK-1

TAHKİM SÖZLEŞMESİ ÖRNEĞİ

1- TARAFLAR

Tarafların unvan ve adresleri, varsa vekilleri.

2- KONU

Taraflar arasında tarihinde akdedilen başlık ve tarihli Sözleşmeye¹ ek Tahkim Sözleşmesidir.

3- UYGULANACAK HUKUK

Taraflar, Tarihli ve başlıklı Sözleşmenin yorum ve uygulamasından çıkabilecek her türlü ihtilâfın çözümünde Hake-min/hakemlerin:

- (a) Türk Maddi Hukuk Kurallarına, veya
- (b) Adalet ve Nesafet Kurallarına,² veya
- (c) Tahkim kurumunca uygulanan kurallara,³

uyulmasını, adresinde bir araya gelerek kararlaştırmışlardır.

4- USUL KURALLARI

Taraflar, tahkim yargılamasında uygulanacak usulü şu şekilde kararlaştırmışlardır.

¹ Taraflar arasında birden fazla Sözleşme varsa ve bu Sözleşmelerden çıkabilecek ihtilâfların tahkim yoluyla çözümünü öngörüyorlarsa, her bir Sözleşme için ayrı bir Tahkim Sözleşmesi yapmaları gerekir.

² Tahkimde taraflar herhangi bir maddi hukuk kuralına bağlı kalmadan, sadece Adalet ve Nesafet Kuralları dairesinde tahkimin yürütülmesini kararlaştırabilirler.

³ Taraflar, ihtilâfın çözümü için kurumsal tahkimi öngörebilirler ve Tahkim Kurumu oluşturmuş bir kurumun (İTO veya TOBB gibi) hakemliğini ve bu kurumun oluşturduğu kurallara göre tahkimin yürütülmesini kararlaştırabilirler.

- (a) Hakem/hakemler, HUMK'un kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, kendilerinin belirleyecekleri usul kuralları dairesinde tahkimi yürütecekler⁴ ve karar vereceklerdir, veya
- (b) Hakem/hakemler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uyarınca hareket edeceklerdir, veya
- (c) Hakem/hakemler, tahkim kurumunun usul kuralları dairesinde hareket edeceklerdir.

5- HAKEM SAYISI

- a) İşbu Sözleşmeden çıkacak ihtilâf tek hakeme tevdi edilecektir, veya
- b) İşbu Sözleşmeden çıkacak ihtilâf adet⁵ hakeme tevdi edilecektir.

6- HAKEM TAYİNİ VE GÖREV BELGESİ TANZİMİ

(Taraflar hakem tayininde aşağıdaki şekillerden birini tercih edebilirler)

- (a) Çıkacak ihtilâfın çözümüne Sn. hakem tayin edilmiştir, veya
- (b) Çıkacak ihtilâfın çözümüne Hukukçu, İktisatçı, Tüccar hakem heyeti olarak tayin edilmiştir, veyahut,
- (c) İhtilâf çıktığında taraflar hakemlerini birer kişi olarak seçecekler ve seçilen hakemler üçüncü hakemi seçeceklerdir. Hakemler aralarında anlaşamadıklarında üçüncü hakemi mahkeme seçecektir.
- (d) Hakem/Hakemler, ihtilâfın çözümünün tevdi edildiği Kurum'un, tahkimi yönetecek yetkili kurulu⁶ tarafından seçilecektir.

⁴ Taraflar ihtilâfın çözümünde uygulanacak usul kurallarını kendileri belirleyebilir veya hakemin/hakemlerin usul kurallarını belirleyebileceklerini kararlaştırabilirler. Ancak bu kuralların kamu düzenli usul kurallarına aykırı olmaması gerekir. Zira tahkim sonucunda verilecek hakem kararının tasdiki ve icra kabiliyeti kazanabilmesi, tahkimin kamu düzenli usul kurallarına aykırı olmamak şartıyla sonuçlandırılmasına bağlıdır.

⁵ Hakem sayısı, 3, 5, 7 gibi tek sayılı olmalıdır.

Taraflar, hakem/hakem Heyeti'nin daveti üzerine hakem/hakemler huzurunda tanzim edilecek görev belgesini imzalamayı, bundan kaçınmaları halinde dahi tahkim prosedürünün kesin-tisiz olarak süreceğini ve hüküm ifade edeceğini, görev belgesini imzalamadan kaçınmanın, hakem kararının geçerliliğini etkilemeyeceğini kabul ederler.

7- HAKEM ÜCRETİ VE MASRAFLAR

Tahkimde görev alacak hakem/hakemlere ücret verilecektir. Hakem ücreti tahkime başlamadan önce hakem/hakemlerle birlikte kararlaştırılarak, karşılıklı 1/2 oranında peşin olarak ödenecektir.

Tahkim sonucunda tahkim yargılaması giderlerini ödemek zorunda kalan tarafın hakem ücretini de ödemesi gerektiği taraflarca kabul ve taahhüt edilmiştir.⁷

8- TAHKİM YERİ

- a) Taraflar, tahkimin, adresinde, veya
- b) Hakemin/hakemlerin tayin edeceği adreste yapılmasını kararlaştırmışlardır.

9- TAHKİMİN DİLİ

Taraflar tahkimde kullanılacak ve kararın yazılacağı dilin Türkçe olacağını kararlaştırmışlardır.

10- HAKEM KARARINDA OYBİRLİĞİ

Hakemler kararlarını oybirliği ile alacaklardır.⁸

⁶ Tahkim, Tahkim Kurumu bulunan bir kuruma tevdi edilmişse, hakemler, bu kurumda Tahkimi yönetmek ve sekreteryaya hizmeti vermek için Tahkim Divanı ve benzeri isimle kurulmuş bulunan kurul tarafından ellerindeki listeden seçileceklerdir.

⁷ Kurumsal tahkimde, tahkimi yürüten kurumun hakem ücret tarifesindeki miktarlar ve ödeme şekilleri esas alınacaktır.

⁸ Birden fazla hakem tayin edildiği ve tarafların ayrı ayrı hakem tayin ettiği hallerde, taraf hakemleri ve taraflı tahkim oluşacağından, çoğu zaman tahkimden beklenen yarar sağlanamamaktadır. Bu sakıncanın giderilebilmesi, tarafların hakemlerini ortaklaşa seçmeleri ve hakem kararlarının oybirliği ile alınmasını şart koşmaları ile mümkün olabilir.

11- HAKEM KARARININ MAHKEMEYE İBRAZİ

Taraflar, hakem kararının, kararın imzalandığı günden itibaren 10 gün içinde hakemlerce Mahkemeye tevdiini kararlaştırmışlardır. Hakem Kararının temyiz edilmeyeceğine dair tarafların beyanı, bu gereksinimi ortadan kaldırmayacaktır.

12. BAĞLAYICILIK

Taraflar, hakem kararına tüm sonuçları ile birlikte uyacaklarını ve hakem kararını temyiz etmeyeceklerini şimdiden kabul ederler.⁹

TARAFLAR

Yetkili İmza ve Kaşeler.

(Sözleşmeye, tarafların temsil ve imza yetkisini haiz olduklarını belgeleyen imza sirkülerinin eklenmesi gerekir).

⁹ Tahkimin başında hakem kararlarına tüm müeyyideleri ile birlikte uyulacağına dair bir hüküm, temyizden feragat anlamına geleceğinden, HUMK'un kamu düzenli hükümlerine aykırıdır. Ancak tahkimin aynı zamanda vicdani sorumluluk yükleyen yönü dolayısıyla, bu şekilde bir hüküm, tarafların tahkimden beklenen yararı elde etmelerini umabilecekleri nedeniyle şart olarak konulabilir. Nitekim TOBB Tahkim Şartnamesinin 48. Maddesi, tarafların TOBB Tahkim Divanına başvurmakla, verilecek hakem kararını derhal uygulamayı ve HUMK'un 533. Maddesinde öngörülen şartlar dışında temyiz yoluna başvurmamayı kabul etmiş olduklarını belirlemektedir. 533. Madde, tahkim yargılamasında kamu düzenli hükümleri ihtiva etmektedir. 533. Maddedeki şartlar dışında kalan hususlarda temyizden feragat geçerli sayılır.

HAKEM HEYETİ İLK TOPLANTI TUTANAĞI

I- Dayanak

..... tarihli ve başlıklı Ana Sözleşmenin tarafları olan 1- ile 2-, aralarındaki Ana Sözleşmenin Maddesindeki Tahkim Şartı uyarınca, işbu Ana Sözleşmede yer alan hususlarda aralarında meydana gelecek uyuşmazlığın çözümü için Tahkim Usulünü öngörmüşler ve söz konusu uyuşmazlığın giderilmesinde, yine aralarında tanzim edilen tarihli Tahkim Sözleşmesi uyarınca, hakem heyeti olarak bizleri tayin etmiş olmakla, Heyetimize yapılan başvuru üzerine bizler, Hakem Heyeti olarak Tarih ve saat da, hakem heyeti üyesi'nin adresindeki bürosunda toplanmış bulunuyoruz.

II- Başvuru Konusu

a) Taraflardan'in tarihli dilekçesi ile, veya,

b) Taraflardan'in tarihinde bizzat hakemlerden'ya sözlü olarak

başvurarak, Ana Sözleşmenin ...Maddesinin yorumu (veya maddede öngörülen üretim veya satış şartlarına uyulmaması vs nedeniyle)nda meydana gelen uyuşmazlığın, tahkim usulü çerçevesinde çözümlenmesini talep etmiş ve bu hususta Tahkim Sözleşmesinde tayin edilen diğer hakemler olarak -ın/-ların hakem seçildiğini, Tahkim Sözleşmesi ve ekindeki belgeleri ile birlikte ibraz etmiştir.

III- Tahkim Sözleşmesi Hükümleri

1. Esasa Dair Hükümler

Tahkim SözleşmesininMaddesinde, tahkimde esasa uygulanacak hukuk kuralları olarak,

- a) Türk Maddi Hukuk Kuralları öngörülmüştür.
- b) Adalet ve Nesafet Kuralları öngörülmüştür.
- c) Hiçbir belirleme yapılmamıştır.

2. Usule Dair Hükümler

Tahkim SözleşmesininMaddesinde, tahkimde uygulanacak usul hükümleri olarak,

- a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümleri öngörülmüştür.
- b) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamak üzere, Hakem Heyetinin belirleyeceği usul hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.
- c) İTO (veya bir başka Kurumun) Tahkim Kurallarının uygulanması öngörülmüştür,
- d) ICC (veya bir başka Milletlerarası Tahkim Kurumunun) Kurallarının uygulanması öngörülmüştür.
- e) Usul hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir belirleme yapılmamış, bu husus hakemlerin tercihinin bırakılmıştır.

IV- Tarafların Tebligat Adresleri

V- Tarafların Vekilleri veya Temsilcileri

Unvanları, Tebligat adres ve telefonları

VI- Tahkim Yeri ve Dili

- a) Taraflar, tahkim yeri olarak, hakem heyetinden Sn.'in deki adresini belirlemişlerdir.
- b) Taraflar, tahkim yerini belirlememişlerdir.

VII- Tahkim'in Müddeti

a) Taraflar, Tahkim Sözleşmesinde tahkim müddetini kararlaştırmamışlardır.

b) Taraflar, Tahkim Sözleşmesinde tahkim müddetini 4 ay (veya farklı bir süre) olarak kararlaştırmışlardır.

VIII- Karar

Yukarıda belirlenen hususlar çerçevesinde yürütülecek Tahkim Yargılamasında, Heyetimiz, aşağıda usul ve esasa dair kural ve prosedürü kararlaştırmıştır:

1- Tahkim yeri olarak, Heyet üyesi Hakem 'nın adresi olan' de Tahkimin yürütülmesine,

2- Tahkim'in, Türkçe (veya başka bir dil) olarak yürütülmesine ve kararın Türkçe (veya başka bir dil) olarak yazılmasına,

3- Tahkim yargılamasında uyumsuzluğun esasına,

a) Maddi Hukuk Kurallarının uygulanmasına,

b) Adalet ve Nesafet Kurallarının uygulanmasına,

4- Tahkim prosedürü ve usul kuralları olarak:

a) İTO (veya bir başka Kurumsal Tahkim Kurumu)nun tahkime ilişkin Kurallarının uygulanmasına,

b) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu usul hükümlerinin uygulanmasına,

c) ICC (veya bir başka Milletlerarası Kurumsal Tahkim Kurumunun) Tahkim Kurallarının uygulanmasına,

d) HUMK'un kamu düzenli hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, tahkim prosedürü ve usul kurallarının Heyetimiz tarafından belirlenmesine,

e) Tahkim'de hakem heyetinin usul ve prosedürü belirleyeceği öngörülmesi halinde:

1. Taraflara (yapılacak ise) duruşma günün, yer ve saat belirtilerek bildirilmesine,

2. Tahkim'in taraf iradeleri uyarınca 4 ay (veya süre) içinde bitirilmesine,
3. Tahkimin, işbu toplantı tutanağının tanzim günü olan Tarih itibariyle başlamış sayılacağına,
4. Davacı tarafa dava dilekçesini vermesi için 10 gün süre verilmesine,
5. Davalıya, dava dilekçesinin kendisine tebliğini müteakip 10 günlük cevap süresinin verilmesine,
6. Taraflara gönderilecek tebligatta, dava ve cevap dilekçelerine, varsa uyuşmazlık ile ilgili delillerini ibraz veya eklemeleri gerektiğine,
7. Tarafların, davada ileri sürebilecekleri her türlü def'i ve itirazlarını dava ve cevap dilekçeleri ile birlikte ve bunlar için belirlenmiş sürede bildirmelerine, bu gerekliliğe uymadıklarında bu haklarını kullanamayacaklarına,
8. Hakem Heyetinin Tahkim yargılaması sırasında usul hakkında değişiklik yapabileceğine,
9. Davasını ıslah etmek isteyen tarafın, bu hakkını ancak bir defaya mahsus olmak, karşı tarafa tebliğ etmek ve karşı tarafın kabulü ile birlikte ıslah nedeniyle ortaya çıkması muhtemel zarar ziyanını karşılayacak geçerli bir teminat vermek suretiyle kullanabileceğine,
10. Tarafların Takas ve mahsup taleplerini, ancak karşı dava şeklinde ve cevap layihası ile birlikte veya cevaba cevap layihası ile birlikte ileri sürebileceklerine,
11. Hakem Heyeti Başkanlığına, en yaşlı üye olması bakımından,' nin seçilmesine,
12. Taraflara, aralarında **delil mukavelesi** var ise, Heyete bildirmeleri için cevap süresinin sonuna kadar mehil verilmesine,
13. Taraflar Tahkim Sözleşmesinde, hakemlerin karar nisabını belirlemediklerinden, kararın oybirliği ile alınmasına,

- 14.Hakem Kararının, yazılması ve imzalanmasını müteakip, imza tarihinden sonra, en geç 10 gün içinde, Hakem Kararının verileceği mahallin (yukarıda yazılı adresin bağlı bulunduğu) Asliye Hukuk (veya Asliye Ticaret) Mahkemesine tasdik edilmek üzere tevdiine,
- 15.Kararın her hangi bir nedenle tartzihi gerektiğinde, tarafların tartzih taleplerini ancak tahkim süresinin bitimine kadar yapabilmelerine,
- 16.Yukarıda alınan kararların taraflara tebliğine, tebligatın, işbu toplantı tutanağının tebliği (elden veya PTT ile) suretiyle yapılmasına,

Oybirliğı ile, tarihinde karar verilip, iş bu **İlk Toplantı Tutanağı** imza altına alındı.

Tarih ve Hakemlerin İmzaları

BDT, ORTA VE DOĞU AVRUPA ÜLKELERİ FİRMALARI İLE İMZALANAN TİCARİ SÖZLEŞMELERİN DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN NOT¹

Bilindiği üzere, 80'li yılların sonunda önce Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde, siyasî rejimlerle birlikte ekonomik sistemler de değişmiş, serbest piyasa ekonomisine geçiő çalışmaları başlatılmış, 90'lı yılların başından itibaren de SSCB'nin dağılması sonucu kurulan yeni bağımsız devletler, ekonomik sistem olarak serbest piyasa ekonomisini tercih ederek çalışmalarını bu yönde sürdürmüşlerdir.

Serbest piyasa ekonomisine geçiő süreci paralelinde bu ülkeler, gerek yatırım potansiyeli ve gerek ticaret açısından, ABD, Avrupa ve Uzak Doğu Ülkeleri için olduğu gibi Türkiye açısından da çok önemli bir pazar haline gelmişlerdir. Bu çerçevede adı geçen ülkelerle ticarî ve ekonomik ilişkilerde bulunmak diğer ülkelerin işadamları için olduğu kadar, Türk İş Adamları ve yatırımcılarına da cazip gelmektedir.

Bununla birlikte, halen serbest piyasa ekonomisine geçiő sürecinde bulunan söz konusu ülkelerle iş yapan firmalarımızın akdettikleri ticarî sözleşmelerde yer alan şartların karşı tarafça yerine getirilmediği ve alacaklarının ödenmediği hususlarında Müsteşarlığımıza şikayetler ulaşmaktadır.

Ticarî sözleşmelerle ilgili herhangi bir ihtilâf söz konusu olduğunda, ülke mevzuatlarına göre firmalarımızca hangi mercilere, nasıl başvuruda bulunulacağına dair bilgiler ile, benzeri durumlarla karşılaşılmaması için, yapılacak ticarî sözleşmelerde ne tür ibarelerin yer alması gerektiğinin bilinmesi büyük yarar sağlayacaktır.

¹ Bu not, T.C. Başbakanlık Hazine Ve Dış Ticaret Müsteşarlığı Anlaşmalar Genel Müdürlüğü'nden, Dış İlişkiler Kurulu'na 1.11.1994 tarihinde gönderilmiştir.

Bu amaca hizmet etmek üzere, anılan ülkelerdeki Ekonomi ve Ticaret Müşavirliklerimiz kanalıyla bir çalışma başlatılmış ve halihazırda tarafımıza ulaşan Rusya Federasyonu, Ukrayna, Belarus ve Romanya ile ilgili araştırma sonuçları bir araya getirilerek ilişikte sunulmuştur.

Bilgileri ve söz konusu değerlendirmelerin üyelerinize dağıtımının sağlanması rica olunur.

RUSYA FEDERASYONU

Rusya Federasyonu'nda hukukî yapının, ülkenin yeni ekonomik ve siyasî yapısına uyumlu hale getirilmesi yönündeki çalışmalar süratle devam etmektedir. Dış ticaret düzenlemeleri de dahil olmak üzere, tüm mevzuatta kısa aralıklarla değişiklikler yapılması ve etkin bir duyuru mekanizmasının (Resmi Gazete vs.) bulunmaması, uygulamacı Rus makamlarının dahi söz konusu değişiklikleri izlemekte güçlüklerle karşılaşmalarına neden olmaktadır. Diğer taraftan serbest piyasa ekonomisine geçişle birlikte hızla büyüyen Rus özel sektörünün ticarî ve malî işlemlerde yeterli tecrübeye sahip olmaması, bu ülke firma ve kuruluşları ile yapılan ticarî sözleşmelerde yer alan hususların yerine getirilmesinde zaman zaman sorunlar çıkarmaktadır.

Firmalarımızın Rus firmaları ile yapacakları ticarî sözleşmelerde, genel olarak bir sözleşmede bulunması gereken:

- Sözleşmenin konusu,
- Sözleşmenin tutarı,
- Satılacak mal ve/veya hizmetin spesifikasyonları,
- Mal ve/veya hizmetin teslim süresi ve şartları,
- Ödeme süresi ve koşulları,
- Tarafların sorumlulukları ve bu sorumlulukların yerine getirilmemesi halinde uygulanacak müeyyideler,
- Mücbir sebep halleri,
- Anlaşmazlıkların çözümlenmesi,

- Arbitraj (Tahkim)
- Kontratın iptali,
- Kontratın yürürlüğe giriş tarihi,

gibi hususlara açıkça yer verilmesi gerekmektedir.

Sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde arbitraj mahkemesine başvurulması mümkün bulunmaktadır. Tarafların, anlaşmazlık halinde hangi arbitraj mahkemesine başvuracaklarını ve başvuru prosedürünü sözleşmede açıkça belirtmelerinde büyük yarar görülmektedir. Arbitraj merciinin, Rusya'da, Türkiye'de veya üçüncü bir ülkede seçilmesinde yürürlükteki mevzuat açısından bir engel bulunmamaktadır. Arbitraj mercii olarak, Rusya Federasyonu Ticaret ve Sanayi Odası nezdindeki Arbitraj Mahkemesi veya Cenevre ve Stockholm Uluslararası Arbitraj Mahkemeleri, Rusya'da iş yapan yabancı firmalar tarafından en çok tercih edilenler arasındadır. Sözleşmede, arbitraj merciinin belirlenmemiş olması halinde, tarafların ortak kararı ile R.F Ticaret ve Sanayi Odası arbitraj konusunu ele alabilmektedir.

Sözleşmede arbitraj merciinin tayin edilmiş olması, firmaların yargı yoluna başvurma hakkından feragat ettikleri anlamına gelmemektedir.

Arbitraj prosedürü genellikle aşağıdaki gibidir:

Anlaşmazlığın arbitraj mahkemesine götürülmesini isteyen taraf, bu durumu iadeli taahhütlü bir mektupla karşı tarafa bildirmektedir. Mektupta, anlaşmazlık konusu, anlaşmazlığın kaynaklandığı sözleşmenin tarih ve sayısı ile seçilen arbitratorun (hakemin) isim ve adresinin belirtilmesi gerekmektedir. Diğer taraf, anılan mektubu kabul tarihinden itibaren belirli bir süre (genelde 30 gün) sonra, kendisinin tayin ettiği hakemin isim ve adresini iadeli taahhütlü bir mektupla karşı tarafa bildirmektedir. Taraflarca seçilen iki hakem, üçüncü bir hakem tayin etmektedirler. Taraflar, birden fazla hakem de seçebilmekte, böylece toplam hakem sayısı "tek sayı" olması kaydıyla üçten fazla da olabilmektedir. Söz konusu Hakem Kurulunun anlaşmazlık konusuyla ilgili olarak alacağı karar, nihaî karar niteliğinde olmakta ve tarafları bağlamaktadır.

UKRAYNA

Ukrayna'da gerek devlet ve gerekse özel firmalar ile iş yapan firmaların, ihtilâf halinde konuyu Ukrayna Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı'na intikal ettirmeleri gerekmektedir. Bu müracaatın Ekonomi ve Ticaret Müşavirliğimiz kanalıyla yapılması daha uygun olacaktır.

Diğer taraftan, Ukrayna'da yerleşik Türk firmalarının temsilcileri, yapılan sözleşmelere, ihtilâf halinde Uluslararası Uyuşmazlık Mahkemelerinin yetkili olacağına dair bir ibare konulmasının, ayrıca mümkünse banka garantisi istenmesinin, bozulabilir gıda maddeleri (yaş meyve ve sebze vb.) dışındaki ürünlerin konsinye olarak gönderilmemesinin, banka işlemlerinde Ukrayna dışındaki Avrupa bankalarından akreditif açılmasının, bu mümkün olmayacaksa üç Türk bankasının (Koçbank, İktisat Bankası, Yatırım ve Finans Bankası) muhabiri olarak çalışan İNKO BANK'ın tercih edilmesinin yerinde bir tedbir olacağını bildirmektedirler.

BELARUS

Belarus'ta ticarî sözleşmelerle ilgili ihtilâf söz konusu olduğunda, anlaşmazlığın çözümü için "Arbitration Court"a (Hakem Mahkemesi) başvurmak mümkündür. Mahkeme; bir başkan, sekreter ve üyelerden müteşekkildir. Üyeleri Rus, Belarus, Alman ve Polonyalıdır.

Mahkeme; özel ve tüzel kişiler arasındaki ihtilâflar, uluslararası kuruluşlarla düşülen anlaşmazlıklar ve anlaşmalarla kendilerine verilen görevlerle ilgili uyuşmazlıkları çözümlenmekle iştigal etmektedirler.

Söz konusu mahkeme ticarî sözleşmede arbitraj mercii olarak belirtilmesi halinde anlaşmazlıkları çözmektedir. Aksi takdirde normal ticarî mahkemelere müracaat etmek gerekmektedir.

Mahkemeye taraflardan birinin müracaat etmesi ile prosedür başlamakta ve on gün içinde karşı tarafın savunması istenmektedir.

Mahkemeye iddia ile ilgili evraklarla birlikte müracaat edilmesi gerekmektedir.

Söz konusu anlaşmazlıkların asgarî seviyeye indirilmesi için, ortağın iyi seçilmesi, yapılan sözleşmede uyuşmazlıkların ulusal veya üçüncü ülkelerdeki arbitrasyon mahkemelerinde çözümleneceğinin, ihtilâfın bu yolla çözümlenmemesi halinde ulusal veya uluslararası ticaret mahkemelerine başvurulacağına dercedilmesi ve sözleşme yapılmadan önce Ekonomi ve Ticaret Müşavirliğimiz ile görüşülmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

ROMANYA

Romanya ile yapılan ticarete çıkan anlaşmazlıklar büyük ölçüde tarafların, dış ticaret mevzuatını bilmemelerinden, mevzuattaki gelişmeleri izlememelerinden ve tüm riskleri göze alarak bir sözleşme yapmamalarından veya sözleşmelerin ayrıntılı olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır.

1989 Aralık Devrimine kadar, merkezî planlama döneminde, uzmanlaşmış kamu kuruluşları tarafından ve Ticaret Bakanlığı'nca kontrol edilen tip sözleşmeler (her madde için ayrı), bu tarihten sonra terkedilmiş ve dış ticaretin liberalizasyonu ile birlikte taraflar arasında serbestçe düzenlenmeye başlamıştır.

Halen yürürlükte olan Romen mevzuatına göre, dış ticaret işlemlerinde taraflar arasında yazılı sözleşme yapılması (Noter tasdikli olmasında yarar bulunmaktadır) gerekmektedir. Taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkların asgariye indirilmesi bakımından, uluslararası teamül doğrultusunda, sözleşmenin detaylı olarak düzenlenmesinde ve aşağıdaki hususların ayrıntılı belirtilmesinde yarar bulunmaktadır.

- 1- Malın cinsi, miktarı, birim fiyatı, teslim şekli ve teslim tarihi,
- 2- Malın diğer teknik özellikleri,
- 3- Ödeme şekli (Akreditif veya banka teminatı aranması),
- 4- Kalite kontrol (Romanya'da kalite kontrolü "LAREX" adlı analiz laboratuvarı ile Tüketiciyi Koruma Teşkilatı tarafından yapılmaktadır.)
- 5- İhtilâf halinde hangi ülke mahkemesine başvuruda bulunulacağı,

Romanya'da dış ticaret işlemlerine ilişkin ihtilâfların çözümlenmesi amacıyla; taraflar arasında yapılan yazılı sözleşme ve düzenlenen diğer belgelerle birlikte;

- a) Ticaret ve Sanayi Odaları nezdindeki Arbitraj Kuruluşlarına (Comisia Arbitraj),
- b) Ticaret Mahkemelerine,
- c) Alacağın icra yoluyla takibi için ise, Mahkeme veya Arbitraj kuruluşu kararı ile birlikte İcra Kurumuna (Organ Executoriu), başvuruda bulunulması gerekmektedir.

Öte yandan, Türk Mahkemesinde karar alınması halinde, 1958 tarihli New York Anlaşmasına göre, bu kararın Romen Mahkemesince de onaylanması suretiyle icra takibine geçilmesi imkan dahilindedir.

EK-4

KURUMSAL OLMAYAN HAKEM HEYETİ KARARI ÖRNEĞİ

Hakem Heyeti : Av. H.H.P., Av. M.B., Av. A.C.P.
Davacı : A.G.
Vekili : Av. H.T.
Davalı : M.S.K.
Vekili : Av. M.G.
Dava Tarihi : 28.05.1996
Karar tarihi : 24.08.1996

GEREKÇELİ KARAR

Davacı İddiaları

Davacı 22.03.1995 tarihli ve İst. Ticaret Mahkemesi Başkanlığına itirazın iptali ve icra inkâr tazminatına hükmedilmesi talebi ile açtığı davada; Davalının 1994 yılı hac farızası dolayısıyla Suudi Arabistan'da kurban kesiminde görev almak üzere 35 kişi ile sözleşme yaptığını, bu kişilerin kasaplık görevini ifa için davalının vize işlemleri, gidiş-dönüş vs. masrafları gibi mükellefiyetleri yerine getirmeyi kabul ettiğini, bu sebeple davalının 35 kişi için 16.200 ABD Dolarını emaneten aldığını, ayrıca davalının vasıta masraflarını da karşılaması gerekirken, Hatay Cilvegözü sınır kapısına kadar nakliye gideri olarak da 1200\$ karşılığı 52.000.000.-TL masraf yaptığını, sınır kapısında dört günlük bekleyişten sonra davacı ve 34 arkadaşını Suudi Arabistan'a götüremediğini, bunun üzerine davalının vize için alınan 16.200\$ dan kişi başına 150\$ olmak üzere toplam 5.250\$ keserek, bakiyesi 11.150\$'ın davacıya ödendiğini, vasıta için harcanan

52.000.000.-TL'nin ise bilahare ödeneceğini, davalı ile yapılan görüşmeler sonuç vermediğinden 5250\$ vize, 1200\$ nakliye bedeli olan cem'an 6450\$ İst. 12. İcra Müdürlüğünün 1995/1101 E. sayılı dosyası ile takibe konulduğunu, davalının da böyle bir borcu olmadığından bahisle itiraz ettiğini, takibin bu nedenle durduğunu, davalı itirazının haksız ve suiniyetli olduğundan icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep etmiştir.

Davalı Savunmasında

Davalı Vekili 02.05.1995 tarihli cevap dilekçesinde: Davalının 1990 yılından beri Suudi Arabistan'da mukim S.B. isimli firmanın vekili olarak muhtelif mesleklerdeki şahısların hac mevsiminde geçici işçi olarak götürdüğünü, 1994 yılı için 7950 kişiyi işçi olarak göndermeye vekil tayin edildiğini, 1994 yılı hac mevsiminde geçmiş yıllarda olduğu gibi temsilciler tayin edilerek 7950 işçi götürülmesi çalışmalarına başlanarak kayıtların yapıldığını, kayıtları yapılan tüm işçilerin Konsolosluklardan vizeleri alınmış ve Suudi Arabistan'da ikamet edecek yerleri ayarlanmış, müvekkilinin kendilerine düşen edimleri ifa ettiğini, davacının temsilci olarak tayin edilen kişilerden olduğunu, 1994 yılında Diyanet İşleri Başkanlığı geçici işçilerin Suudi Arabistan'a gitmek üzere Türkiye'den çıkış yapmalarının bilemedikleri ve değişik bahanelerle ertelendiğini, 19.05.1994 tarihli tebliğ ile Türkiye'den çıkış yapılmasının engellendiğini, davalının gerek Türkiye ve gerek Suudi Arabistan'da kendi üzerine düşen edimleri ifa ettiğini, buna rağmen işçilerin Suudi Arabistan'a gidemediğini, bu yüzden de gerek müvekkili gerekse vekili olduğu firmanın zarar ettiğini, müvekkilinin tazminat ödemek zorunda kaldığını, davacıdan masraf olarak 16.200\$ aldığını, yapılan harcamaların bir kısmına karşılık fert başı 145\$ kesinti yapılarak 11.100\$, 11.06.1994 keşide tarihli çek ile davacıya ödendiğini, davacı ile karşılıklı ibralaştığını, güvenden dolayı yazılı ibraname alınmadığını, vasıta masraflarının davacı tarafından yapıldığı iddialarının doğru olmadığını, tüm otobüslerin davalı tarafından tutulduğunu, ödemelerinin de davalı tarafından yapıldığını, Davalının bir hükmi şahsiyeti bulunmayıp Ltd. Şti. bünyesinde faaliyet gösterdiğini, bu nedenle acentalığı aleyhine açılan davanın hükmü şahsiyeti olmadığı gerekçesiyle reddi gerektiği, davacının davalıdan hiçbir alacağı bulunmadığını, haksız ve kötü

niyetli davanın reddi ile, kötü niyetli davacının %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesini talep ettiği anlaşılmıştır.

28.05.1996 tarihinde taraflar arasında yapılan yazılı Tahkim sözleşmesi gereği, Heyet olarak tayin edilmiş olduğumuz anlaşılmış olmakla, dosya tetkik edildi:

28.05.1996 günü yapılan ve taraf vekilleri ile davalı asilin hazır bulunduğu oturumda, davalı asil ile vekilleri şifahi olarak dinlendi. Taraflara iddia ve savunmaları ile ilgili delil ve belgelerini sunmaları için gerekli mehil verildi. Bu mehil içinde tarafların hakem heyetine hitaben davacı vekilinin 28.05.1996 tarihli, davacı vekilinin tarihsiz dilekçe verdikleri ve eklerinde İşçi İsim Listesi, Sözleşmeler örnekleri, işçilere yapılan iade ödeme listesi (tarihsiz), 25.10.1994 tarihli ve kişi başına 150\$ masraf kesintisini ve açılan dava sonucunda davalı lehine karar alınması halinde bu miktarın davacıya iade edileceğini havi belge, 13.5.1994 tarihli Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Tebliği, Ürdün Konsolosluğunun Vize Ücretlerini havi belge, 7950 kişinin yurt dışına gönderilmesine dair vekaletname ile davacı ve davalı arasında düzenlenmiş tarihsiz vekaletnamenin dosyaya ibraz edildiği görüldü.

28.05.1996 günlü oturumda davacı vekili, daha önce talep ettikleri yol gideri cümlesinden olan 52.000.000.-TL'lık taleplerinden feragat ettiklerini beyan ve kabul etmiştir.

Dosya incelendiğinde, davalı tarafından vize vs. masraflara karşılık kişi başına 150 \$ kesinti yapıldığı, bakiyenin 11.150 \$ olarak çek ile iade edildiği, ihtilâflı kısmın 5.250 \$ olduğu anlaşılmış ve her ne kadar konunun Ticaret Mahkemesinde itirazın iptali davası şeklinde çözülmesi istenmiş ise de, Heyetimizden olayın alacağın tahsili davası şeklinde hükme bağlanması taraflarca talep edilmiştir.

Gerekçe

Taraflar arasında yapılan tarihsiz "1414 Hicri 1994 Miladi Yılı Hac Mevsiminde Gönderilecek Geçici İşçilere Ait Sözleşme" gereğince, davalının gönderilecek işçilere ait vize işlemleri, gidiş-dönüş masraflarının davalıya ait olduğu ve bu Sözleşmenin davacının temsil ettiği 35 kişi ile ayrı ayrı imza ve tanzim edildiği anlaşılmaktadır.

Davacı ile davalı arasında akdedilen tarihsiz “Vekaletname” başlıklı Sözleşmede, davacıya belirlenen şartlara uygun işçi bulma ve onları temsil etme yetkisi verilmiştir.

25.10.1994 tarihli ve davalı imzasını havi ibranamede, kişi başına 150\$ masraf karşılığı kesinti yapıldığı, bu konuda davalı tarafından açılan dava sonucunda lehe karar alındığında mahkeme masrafları kesilerek geri kalanın iade edileceği davalı tarafça kabul edilmiştir.

Toplanan deliller ve beyanlar karşısında Heyetimiz:

Gerek Türk Ticaret Kanunu, gerekse ticari teamüller gereği, davalının 7950 kişilik bir işçi organizasyonunu gerçekleştirebilmesi için, basiretli bir tacir olarak hareket etmesi ve bu işçilerin Suudi Arabistan’a götürülmesi için gerekli tüm resmi hazırlık ve işlemleri yapması gereklidir. Bu işlemler her türlü yasal izin, vize işlemleri, İş ve İşçi Bulma Kurumu onayı gibi işlemleri kapsamalıdır. Olayımızda, davalının yasalar ve teamül gereği kendinden beklenen titizliği göstermediği, daha önceki yıllarda yurt dışına aynı şekilde işçi göndermiş olması sebebiyle çıkabilecek engelleri öngörmesi ve buna göre hazırlık yapması gerekirken bunu yapmadığı, bu engeller ile ilgili davacı tarafın veya temsil ettiği şahısların her ne kadar Hacı olmak düşüncesiyle hareket ederek müracaat ettikleri dikkate alınsa da, davalı tarafın bu faaliyet sonucunda cüz’i de olsa maddi yarar sağlama düşüncesinde olduğu, işçilerden kesilen 150 \$’lık masraf kesintilerinin sözleşme mucibince alınmaması gerektiği, davalı tarafından açıldığı iddia edilen fakat bununla ilgili hiçbir belgenin ibraz edilmediği dava sonucuna göre, ödenmesi gereken kişi başına 150\$ meblağın davanın kazanılması şartına bağlanamayacağı, davalının bu suretle sorumluluktan kurtulamayacağı aşikardır.

Hüküm

Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere, kişi başına kesinti yapılan 150 \$ ki, cem’an 5250 \$’ın, davalı tarafından, işçiler temsilcisi davacıya ödenmesine,

Ödemenin ABD doları karşılığı ödeme günündeki Merkez bankası Döviz satış Kuru üzerinden Türk lirası olarak yapılmasına,

Diğer talepler hususunda vaki feragat nedeniyle hükme gerek olmadığına, Bu güne kadar yapılan mahkeme masraflarının taraflar

üzerinde bırakılmasına, tarafların gıyabında 24.08.1996 tarihinde OY-BİRLİĞİ İLE KESİN OLARAK karar verildi.(*) 24.08.1996

Hakemler ve İmzalar

(*) Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde, tarafların, hakemlerin kararına müeyyideleri ile birlikte tabi olunacağı şeklindeki hüküm sebebiyle, kesin olarak karar verilmiştir. Tahkim yargılamasının başında temyizden feragat anlamına gelen bu şekildeki kabulleniş, Usul Kanununun kamu düzenli hükümlerine aykırı olmakla birlikte, tahkimde HUMK'un 533. Maddesinde öngörülen şartların dışında temyiz yoluna başvurulamayacağına kararlaştırılabileceğine ilişkin görüşümüz nedeniyle, bu şart konulmuş ve bu şarta taraflarca aynen uyulmuştur.

PORTRE I

RASİH YEĞENGİL^(*)

Konya-Hadim, Taşpınar Mahallesi'nde 1907'de doğdu. Orta Okul seviyesinde Rüşdiye ve bunun yanı sıra Medrese tahsili yaptı. Liseyi İstanbul Kabataş Lisesinde okudu. 1933'de (Darülfünun) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. Üniversite yıllarında geçimini sağlamak için Ermeni Okullarında Türkçe Öğretmenliği yaptı. Hukuk Fakültesi Mezuniyetten sonra Galatasaray Maliye Memurluğu, İstanbul 8. İcra Memurluğu, Şişli Cumhuriyet Savcılığı, Ankara Sulh Hâkimliği, Karabük Demir-Çelik Fabrikaları Hukuk Müşavirliği ve İktisat Vekâleti Hukuk Müşavirliği görevlerinde bulundu. 1946'da serbest Avukatlığa başladı. Ömrünün sonuna kadar da Avukatlık mesleğini sürdürdü. Osmanlıca ve Fransızca bilir.

En önemli eseri, bu çalışmamızda kaynak olarak kullandığımız ve bu çalışmaya bizi cesaretlendiren TAHKİM adlı kitabıdır. Bu eser, yayınlandığı 1974 yılından bu yana İç Tahkim konusunda temel eser olarak kabul edilmekte ve kaynak olarak kullanılmaktadır.

Kitapları

- 1- Hukuk Uğrunda Savaş: (V. Ihering) Çeviri, 1954 1. Baskı, 1964 2. Baskı
- 2- Beyyine: (H. Copitaut) Çeviri, 1936.
- 3- Şahitlik ve Şahidin Psikolojisi: (Kerdaniel) Çeviri, 1937
- 4- Cürüm ve Deha: (H. Roodes) Çeviri, 1944.

(*) Kendinden sonraki eserlere kaynak olan TAHKİM adlı eserin yazarı ve birçok hukukî konuda çeviri ve makaleleri olan gayretli ve örnek bir hukukçu olması bakımından Rasih YEĞENGİL'in biyografisini vermeyi bir vefa borcu bildik.

- 5- Kira Kanununda Uygulanacak Hükümler, 1964
- 6- Tahkim, 1974

Makaleleri

- 1- Alacakların Temlik ve Haczi - Adliye Ceridesi, 1939 No:1
- 2- Devletin, Hukuk'u Hususiye Sahasındaki Mesuliyeti - Adliye Ceridesi, 1938, No:6
- 3- Kaza-î Tefsir - Adliye Ceridesi, 1938, No:10 - 1939 - No:7
- 4- Hukuk'ta Pozitivizm veya Doguit'in Hukuk Telakkisi - Adliye Ceridesi, 1938, No:11
- 5- Hukuk'un Doğuş ve Tekâmülü - Adliye Ceridesi, 1939, No: 1
- 6- Kanunlar ve İctihatlar - Adliye Ceridesi, 1939, No: 3
- 7- 3437 sayılı Tütün Kanunu'nun Vazettiği Hükümler Karşısında Münakaşasına Lüzum Hasıl Olan Bir Tevhid'i İctihat Kararı - Adliye Ceridesi, 1939, No: 5
- 8- Dava ve Müdafaa Hakkı'nın Su'i İstimali ve Bundan Mütevellit Hukukî Mesuliyet - Adliye Ceridesi, 1944, No: 8
- 9- Hakem Kararlarının Bozma Sebepleri Dışında Kalan Kısımlarının Muhkem Kaziye Niteliği, İstanbul Baro Dergisi, 1969 Ocak-Şubat
- 10- Avukatlık Ücret Sözleşmelerine İlişkin Tahkim Sözleşmesi - İstanbul Baro Dergisi, 1974, 7,8

PORTRE II

AHMET CEVDET PAŞA

Ahmet Cevdet Paşa, eski bir Türk ailesinden olup, 1822 Bulgaristan-Lofça doğumludur. Babası Bulgaristan Lofça Kasabası İdare Kurulu yelerinden İsmail Ağa'dır. İlk tahsilini Lofça'da, Lofça Müftüsü Hafız Ömer Efendi'nin yanında yapmıştır. 1839'da 17 yaŐında İstanbul'a gelerek medrese öğrenimini Fatih arŐamba'da Papasoğlu Medresesinde yaptı. Fatih Camiinde devrin tanınmış hocalarından Vidinli Hoca, Antakyalı Said Efendi, Birgev Hoca gibi alimlerden dersler aldı. İlâhiyat, hikmet, Arap Edebiyatı, matematik, jeoloji, astronomi okudu. Edebiyata merak sardı. Kendisine Cevdet mahlasını veren Şair Süleyman Fehmi'nin konağına devam ederek Farsça'yı öğrendi. Eski tarz Őiirler yazdı. İcazet aldı. Murad Molla Tekkesinde devrin Şair ve bilginleri ile tanıştı. İlk Őiirlerini eskileri taklit ederek yazdı.

17 yaŐında İstanbul'a gelen Cevdet Efendi daha Lofça'da okurken mft msevvidliği yapmaktadır. Mft msevvidi fetva müsveddelerini hazırlayan kimsedir. Bilindiği gibi soru cevap Şeklinde hazırlanan fetva metinlerinde lüzumsuz kelime kullanmaktan kaçınmak, veciz bir ifade kullanmak zarureti vardır. 16-17 yaŐlarında bu zor vazifeyi üstlenen Cevdet Efendi, istikbalde üstleneceği kanunları yazma vazifesine daha Lofça'dan itibaren hazırlanıyor gibidir.

1846'da Mustafa Reşit Paşa'nın, yapacağı yeni düzenlemelerin Şer'i-hukuk yönü bakımından kendisine yardımcı olmak üzere Őeyhlislmlktan emin bir ilim adamı istemesi üzerine, devrin Őeyhlislm tarafından, Őeriatı iyi bilen açık fikirli bir alim olarak Mustafa Reşit Paşa'ya takdim edildi. Bu sırada henüz 24 yaŐındadır. İŞte Tanzimat döneminde Cevdet Paşa'nın imzasını taşıyan bütün büyük eserleri biz bu hadiseye borçluyuz. BatılılaŐma hareketinin öncüsü Mustafa Reşit Paşa'ya ve çevresine kısa zamanda kendisini kabul

ettiren Cevdet Paşa, bu çevre sayesinde Batı düşünce ve sistemi hakkında bilgi sahibi oldu. Klasik Osmanlı kültürü ve Batı kültürünün kendisinde güzel ve verimli bir sentezini meydana getirdi.¹ Mustafa Reşit Paşa'nın çocuklarına ders verdi, Paşa'nın müşaviri oldu. Bu tanışma Onun hayatının dönüm noktasıdır. Böylece tekke ve medreseden sonra devlet ricâli muhitine intisab etmiş oluyordu.

Reşit Paşa'nın ölümüne kadar yanında kaldı ve bu arada Âli ve Fuad Paşalarla tanıştı. Bu tanışma O'nun siyasi alandaki görgüsünü arttırdığı gibi ilmî çalışmalardan idari çalışmalara doğru yönelmesini sağladı. 1848'de Fuad Paşa ile birlikte Bükreş'e gitti. 1850'de yeni kurulan Dar'ül Muallimîn'e (Öğretmen Okulu) müdür ve Meclis-i Maarif'e aza oldu.

Fuad Paşa ile birlikte Bursa'ya yapmış oldukları bir gezi sırasında beraberce iki eser kaleme aldılar: Biri Boğaziçi Ahalisi için bir vapur şirketi kurulmasına dair (Şirket-i Hayriye) projesi, ikincisi Türkçe'nin daha iyi okunup yazılabilmesi için *Kavaid-i Lisan-i Osmanî* (Osmanlıca Gramer Kaideleri)'dir. (1855'de Almanca'ya tercüme edilmiştir.)

Encümen-i Daniş'in kurulmasına ilişkin gerekçeyi 1851'de yazdı. Meclis-i Maarif'in kararı ile kurulan Encümen'in ilk eseri olarak *Kavaid-i Lisan-i Osmâni*, Sultan Abdülmecid'e takdim edildi.

25 Mart 1852'de Fuad Paşa ile birlikte Mısır'a gitti. Dönüşte Encümen-i Daniş'in teklifi üzerine Küçük Kaynarca Anlaşmasından yeniçeriliğin ilgasına kadar (1774-1826) geçen zaman zarfındaki Osmanlı Tarihini kaleme almaya başladı. Tamamı 12 cilt tutan ve 30 yılda bitecek olan bu eser (Tarih)'in ilk üç cildini 1855'de Padişaha takdim edince, kendisine "vakanüvistlik" memuriyeti verildi ve Süleymaniye derecesine yükseldi.

Devrinin siyasî ve içtimaî olaylarını kaydederek "Tezâkir"i meydana getirdi.

Kırım Harbi sırasında Şeriat'ın ticaret ile ilgili kısımlarını toplayan Komisyon'un azası oldu. 1857'de Meclis-i Âli-i Tazminat Azası oldu. Bu dönemde, Ceza Kanunnamesi, Arazi Kanunnamesi, Tapu Nizamnamesi gibi "Kavânin ve Nizâmat Lâyihaları"nı hazırladı.

¹ Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 38.

1861'de Fevkalâde Komiser sıfatıyla İşkodra'ya, 1863'de Bosna-Hersek Müfettişi olarak Bosna'ya gönderildi. Bölgenin içişlerini düzenlemekle büyük başarı gösterdi. 1865'de Kozan'a Fevkalâde Komiser olarak gönderildi ve gerekli islahatı yaparak başarılı oldu.

1866'da İlmiye Rütbesi Vezârete çevrildi, vakanüvistlikten ve ilmiye mesleğinden ayrıldı. Bu arada Sahip Molla'nın başladığı "Mukaddime-i İbn-i Haldun"u tamamladı. Bir süre Halep Valiliğinde bulundu.

1868'de Divan-ı Ahkam-ı Adliyye reisliğine getirildi. Dış ülkeler ile artan ticaret ve muamelat için Şeriye Mahkemelerinin yanı sıra Nizamiye Mahkemelerinin tesisine çalıştı. Mahkemelerin ıslahı ve yeni adli kurumlar bu dönemde ele alındı. Bu arada Mecelle'yi hazırlayan Heyete başkanlık yaptı.

İslâmi esaslara dayanan Mecelle'nin hazırlanmasında kendisini Rüştü Paşa ve Fuad Paşa desteklemekteydi. Fakat Âli Paşa tam tersine Fransız Medenî Kanunu (Code Civil)'nun aynen iktibas edilmesini istiyordu. Mecelle'nin 4 kitabı bu arada hazırlanıp yayınlandı. Tarih'inin yedi ve sekizinci ciltlerini yazdı. Cevdet Paşa'sız hazırlanan Mecelle'nin altıncı cildi esaslı tenkitlere uğradığından 25 Ağustos 1871'de tekrar Mecelle Cemiyeti Başkanlığına ve aynı zamanda Devlet Şûrası Tanzimat Dairesi Reisliği'ne getirildi. Mecelle'nin altıncı kitabı yeniden yazıldı, diğerlerinin de tamamlanmasına çalışıldı. Mecelle böylece 1868'den 1877'ye kadar aralıklarla tamamlanmaya çalışılmış oldu.

Cevdet Paşanın, Nizamiye Mahkemelerinin ve bu günkü Yargıtay'ın temelini teşkil eden Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye'nin kuruluşunda önemli hizmetleri geçmiştir. Batı'nın istekleri doğrultusunda oluşturulan karma Ticaret Mahkemelerinden sonra 1281 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile vilayet, sancak ve kazalarda bidayet ve istinaf mahkemeleri kurulmaya başlanmıştı. Genel olarak "Nizamiye Mahkemeleri" adıyla anılan bu mahkemelerin temyiz mercii olarak 1868'de Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye kurulmuştur ki, bugünkü Yargıtay'ın temelini teşkil etmektedir. Önce Reis, sonra nâzır sıfatıyla bu divânın ba-

şında bulunan Cevdet Paşa'nın bugünkü Yargıtay'ın ilk teşekkülünde önemli hizmetleri olmuştur.²

Cevdet Paşa, İslâm Hukukunda da var olan yargının yürütmeden bağımsızlığı prensibinin, hâkimlerin azlinin önlenmesinde de uygulanabilmesi için Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesinin girişinde yürütme ile yargının ayrılığından açıkça bahsetmiş ve 8. Maddesinde de Divan üyelerinin azledilemeyecekleri esasını getirmiştir. Paşa, daha sonra Sadarete takdim ettiği bir layihada, gerek Şer'iyye, gerekse Nizamiye Mahkemelerindeki hâkimlerin de azledilememeleri gerektiğini ısrarla vurgulamıştır.³

Mithat Paşa 6 Ağustos 1872'de Cevdet Paşa'yı tekrar Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Üyeliğine getirtti. 16 Şubat 1873'te Evrak-ı Hümayun Nezaretine, 24 Nisan 1873'te Maarif-i Umumi Nezaretine tayin olundu. Sıbyan Okullarının düzenlenmesi, Rüşdiye İdâdilerde okutulacak derslerin tanzimi, bu derslere ait kitapların hazırlanması, Ahmet Cevdet Paşa'nın Nezareti zamanında oldu.

Cevdet Paşa bundan sonra sırasıyla, Devlet Şûrası Başkan Yardımcılığında, Yanya Valiliğinde, Maarif Nazırlığında ve Adliye Nazırlığında bulundu. Abdülaziz'i tahtından indiren Kabinede bulunduğu gibi, II. Abdülhamit'in ilk Kabinesinde de Adliye Nazırlığı yaptı(16 Ekim 1876). Ethem Paşa Kabinesinde Dahiliye Nazırlığı yaptı.

1877 Rus Savaşına muhalif olmasına rağmen harp kararını O'nun da içinde bulunduğu hükümet vermişti. Fakat duruma muhalefet eden Cevdet Paşa, önce Evkaf Nazırı, sonra da Suriye Valisi tayin edilerek İstanbul'dan uzaklaştırıldı. Bu görevler sırasında O'nun Mecelle Cemiyetinde çalışmaları devam etti.

26 Haziran 1880'de açtığı ilk Hukuk Mektebi'nde, Usul-i Muhakeme-i Hukukîyye ve Belagât-ı Osmaniyye ile Hitabet dersleri okuttu. Kanun-i Esasî'de muhalefet ettiği Mithat Paşa'nın yargılanması, O'nun bu devredeki Adliye Nazırlığı zamanına rastlar. Cevdet Paşa, Mithat Paşa yargılanmasında, Mithat Paşa'yı İzmir'den alıp İstanbul'a götürmek üzere gönderilen heyetin başında bulundu(16 Mayıs 1881) ve Mithat Paşa'nın eseri sayılan Meşrutiyet'e taraftar olmadı.

² Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 45.

³ Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 46.

Cevdet Paşa, Ahmet Vefik Paşa Başvekilliğe getirilince 30 Kasım 1882'de Adliye Nazırlığından ayrıldı ve kendisine birkaç sene görev verilmedi. Nihayet 8 Haziran 1886'da beşinci defa Adliye Nazırlığına getirildi. Padişahın hususi encümenlerine, maliye komisyonlarına ve Girit Meselesi ile ilgili siyasi müzakerelere katılmak suretiyle büyük bir faaliyet gösterdi.

Kâmil Paşa'nın Sadrazam olmasıyla, onunla anlaşamadığı için Adliye Nazırlığından ayrıldı. 13 Mayıs 1890'da II. Abdülhamit kendisini Meclis-i Âli'ye memur etti. Bundan sonra daha çok ilmi çalışmalarla ve çocuklarını yetiştirmekle vaktini geçirdi. Kısa bir rahatsızlıktan sonra Bebek'teki evinde 1895'de öldü.

Tanzimat Döneminin en büyük devlet adamı ve hukukçularından biri olan ve "Bir milletin temel kanunlarını değiştirmek, o milleti imha etmektir"⁴ diyen Ahmet Cevdet Paşa otuz cilde yakın eser vermiştir. Ayrıca yazdığı nizamnameler ve talimatnameler de ciltler dolusudur.⁵

"İpekböceği Nizamnamesi'nden, Askerî Ceza Kanunu'na, Divan-ı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesi'nden Meclis-ı Vala-yı Ahkâm-ı Adliyye Nizamnamesi'ne varıncaya kadar tam sayısını tespit etmemiz mümkün olmayan bir çok nizamname Cevdet Paşa'nın kaleminden çıkmıştır. Bütün bu mevzuatı bir araya toplamak zaruretini de hissedilen Cevdet Paşa, bunları DÜSTUR adıyla bir kitapta toplamıştır ki, bugün bu eser hala aynı isimle yayınlanmaya devam etmekte ve hukuk mevzuatını bir araya getirmekte büyük bir hizmeti ifa etmektedir."⁶

Günümüz insan hakları ve devlet ilişkisi üzerine Tarih'indeki ifade bugün için de çok önemlidir:

"Devlet-i Âliyye'nin ana vazifelerinden biri, 'İhkak-ı hukuk-u ibad'(Halkın haklarını korumak)tır."⁷

⁴ TEZÂKİR, Yay. Cavid BAYSUN, a.g.e., Cilt 1-2, s. 63.

⁵ MEYDAN LAROUSSE, Meydan Yayınevi, (İst: 1990)

⁶ Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 44.

⁷ Ümid MERİÇ, "Cevdet Paşa'nın Cemiyet ve Devlet Görüşü", (Ötüken Yayınevi, İst: 1975), s. 10.

Cevdet Paşa hakkında birkaç alıntı, O'nu daha iyi tanımak için iyi bir vesile olacaktır:

“Cevdet Paşa Osmanlı Devletinin buhranlı bir döneminde yaşamış büyük bir devlet adamıdır. İslâm ve Osmanlı'dır. Çağdaşı olan Tanzimat müelliflerine üstünlüğü belki bu vasfından –yani Avrupa-laşmamış olmasından- ileri gelmektedir.”⁸

“Cevdet Paşa Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukukuna büyük ölçüde damgasını vuran kişidir. Yukarıda saydığımız eserleri tek başına ortaya koymamıştır. Fakat belirttiğimiz gibi en büyük hisse O'nundur. Bütün bunları yaparken rahat ve huzurlu bir çalışma ortamı bulduğu hiçbir zaman söylenemez. Valilik , müfettişlik, nâzırlık, meclis üyelikleri gibi çok çeşitli işler arasında böyle köklü reformları gerçekleştirebilmesi, büyük eserlere imzasını atabilmesi izahı kolay bir hadise değildir. Tanzimattan sonra Osmanlı hukukuna bu ölçüde yön vermiş ve damga vurmuş bu dahi hukukçunun, bir iki risalesi dışında, hukuk kitabı yoktur. Bu O'nun hukukçu olarak değerini azaltmaz. Denebilir ki Cevdet Paşa, kanun ve nizamname yazmaktan hukuk kitabı yazmaya fırsat bulamamıştır.”⁹

“Cevdet Paşa'nın bütün içtimaî görüşlerine hâkim olan aynı endişedir: Tarih onun için bir kılavuzdur; asıl hedef tarihin ışığında, Osmanlı Devletini içine düştüğü buhranlardan kurtarmaktır. Yani Paşa, şuurlu bir alim olduğu kadar, yarını düşünen bir devlet adamıdır da...”

Onu bir teceddüt düşmanı olarak vasıflandırmak hatadır. Muhafazakârlığı mazinin tecrübe edilmiş değerlerine hürmetkâr olmaktan ibarettir. İstikbâle de açıktır, Avrupa'nın gerçek değerlerine de.”¹⁰

“Elmalılı A. Hamdi Efendi'den önce Fransızca'yı kendi gayreti ile söken bir medrese alimiydi. Genç alim Cevdet Efendi bu renkli ilimler yelpazesini bir araya getirebilmek için kış mevsimini yaza, ders yılını tatile, geceyi gündüzüne katarak çalışmış, o medreseden öbürüne, bu sırada Mesnevî metnini kavramak ve edebiyat bilgisi-

⁸ Ümid MERİÇ, a.g.e., s. 90.

⁹ Mehmet Âkif AYDIN, a.g.e., s. 57.

¹⁰ Ümid MERİÇ, a.g.e., s. 151.

ni geliştirmek için pek de hoşlanmadığı tekkelere devam etmiştir. Geleceği inşa edenlerden Cevdet Efendi adeta bir takım değerli unsurları ve azasını bir araya getirip teşkilatlanmamış bir maarifi; kendi gayretiyle, kendi ders programını gerçekleştirmek için teşkilatlandırma gayretindedir. Devrinin ilmiye gurubu içinde parlayan Süleymaniye Müderrisi ve genç Kazasker Cevdet Efendi; Tanzimat asrının kadrolaşma hareketi içinde yatay geçişle mülkî erkana geçer; bu defa imparatorluk coğrafyasının her köşesinde çıkartılan yangını söndürenlerin başında Cevdet Paşa gelir; engin hukuk bilgisiyle romanizasyon sürecine giren idarî-hukukî mevzuatımızı düzenlemektedir ve bu işi Cevdet Paşa ve grubunun yönetmesi Türk Devletinin ve toplumunun tarihi için bir talihtir. 1864 ve 1871 Vilayet Nizamnameleri tarih yorumlamamızda hep ihmal edilir; oysa Cevdet Paşa'nın bizim içtimaî, idarî binamıza koyduğu taşlar içinde cesamet ve ağırlıkça en azından "Mecelle" kadar önemlidir. Cevdet Paşa'nın yazdığı Tarih; Avrupa tarihçiliğinin yöntem ve üslubunu kavrayan, ama şark'ı ve İslâm tarihini herkesten iyi bilen bir mütebahhir münevverin eseridir. Memnuniyetle kaydetmelidir ki, bu gün 20. Asrın şarklı münevverleri Cevdet Paşa'ya layık hallefler olduklarını göstermeye başlamışlardır. Bu günkü nesiller Cevdet Paşa'ya karşı daha hürmetkâr ve sıcak duygularla eğilmeye başladılar.¹¹

Eserleri

- 1- Medhal-i Kavaid, (Kurallara Giriş, Rüştiyeler için),
- 2- Tarih-i Cevdet, 12 Cilt,
- 3- Beyan-ül Unvan,
- 4- Mukaddime-i İbn Haldun (İbn Haldun Önsözü), 1. Cildinin 6. Faslıının evirisi,
- 5- Takvim-ül Edvar (Devirlerin Takvimi),
- 6- Kavaid-i Türkî (Türkçe'nin Kuralları-Sıbyan Mektepleri için),

¹¹ İlber ORTAYLI, "Ahmed Cevdet Paşa ve Ebul'ulâ Mardin Hoca Hakkında" başlıklı takdiminden. Bkz.: "Ebul'ula MARDİN, "Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa", (Ankara: 1996, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları).

- 7- Kısas-ı Enbiyâ Aleyhim-üs-Selâm ve Tevârih-i Hülefa (Peygamberler Kıssaları ve Halifeler Tarihi),
- 8- Miyar-ı Sedad (Doğruluk Ölçüsü- İlkokullar için),
- 9- Talikat-i Ahmed Cevdet alâ Netayic-ül-Efkâr Şerh-ül Ezhar (Ezhar Çiçekleri Şerhinin Fikri Neticelerine Ahmed Cevdet'in Eklemleri),
- 10- Âdâb-ı Sedad mim İlm-ül Âdâb (Âdab İlminden Doğruluk Âdabı),
- 11- Belâgat-ı Osmaniye (Osmanlı Belâgatı-Hukuk Mektebi derslerinde takrir olunan derslerin özeti),
- 12- Süruri Mecmuası (Tarihçi Sururi'nin tarih mısralarını havi mecmua),
- 13- Kavaid-i Osmanî (Osmanlıca Kaideleri-Keçecizade M. Fuat Paşa ile birlikte), ayrıca tek başına Kavaid-i Osmaniye,
- 14- Hulâsat-ül Beyan fi Telif-il Kur'an (Kur'anın yazılması Hakkındaki Beyanın Özeti),
- 15- Kırım ve Kafkas Tarihçesi,
- 16- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye,
- 17- Eser-i Ahd-i Hamidî (İlkokullar İçin Dilbilgisi),
- 18- Malûmat-ı Nafia Risalesi (Faydalı Bilgiler Kitabı),
- 19- Tezakir (Tezkireler).
- 20- DÜSTUR, (Tüm kanuni mevzuatın toplandığı ve seri yayınlanan kitabı)
- 21- Cerîde-i Mehâkim, Mahkeme ilâmlarının usulüne uygun kalemle alınmasını sağlamak ve hâkimlere yardımcı olmak üzere çıkardığı mecmua)

KAYNAKÇA

Kitaplar

- ATAAY, AYTEKİN M.- SUNGURBEY, İSMET; "Açıklamalı Medenî Kanun İle Borçlar Kanunu, Tatbikat Manunu İle Birlikte", 3. Basım, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1968)
- ATEŞ, SÜLEYMAN; "Yüce Kur'an'ın Çağdaş Tefsiri", (İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat, 1988)
- AYDIN, MEHMET AKİF; "İslâm ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları", (İstanbul: İz Yay., 1996)
- BERKİ, ALİ HİMMET; "Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)", (İstanbul: Hikmet Yay., 1982)
- BOZKURT, GÜLNIHAL; "Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi- Osmanlı Devleti'nden Türkiye Cumhuriyeti'ne Resepsiyon Süreci", (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1996)
- DAYINLARLI, KEMAL; "HUMK'ta Düzenlenen İÇ TAHKİM", (Ankara: Dayınlarlı Yay., 1997)
- _____ ; "Millî-Milletlerarası KAMU DÜZENİ ve Tahkime Etkileri", (Ankara: Dayınlarlı Yay., 1994)
- ERTEKİN, EROL- KARATAŞ, İZZET; "Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması", (Ankara: Yetkin Yay., 1997)
- HALLÂF, ABDULVAHHÂB; "İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usulî'l Fıkh)", Çev.: Hüseyin ATAY, (Ankara: Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Yay., 1973)
- HASAN, H. İBRAHİM; "İslâm Tarihi", (İstanbul: Kayıhan Yay., 1987)
- ICC TAHKİM KURALLARI, ICC UZLAŞTIRMA KURALLARI; Çev.: Av. Orhan AZİZOĞLU- Av. Cavit YILDIZ, (Ankara: MTO Türkiye Millî Komitesi Yay., 1998)
- İBN-İ HİŞAM; "Hz. Muhammed'in Hayatı", (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1992)

İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE TAHKİM

- KARAMAN, Hayreddin; *"Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku"*, (İstanbul: Nesil Yay., 1992)
- _____ ; *"Mukayeseli İSLÂM HUKUKU"*, (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1974)
- _____ ; *"İslâm Hukukunda İctihad"*, (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yay., 1971)
- KURU, Baki- YILMAZ, Ejder- ARSLAN, Ramazan; *"Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu"*, (Ankara: Yetkin Yay., 1994)
- _____ ; *"Medenî Usul Hukuku Dersleri"*, (Ankara: "S" Yay., 1986)
- MARDİN, Ebu'l-ulâ; *"Medenî Hukuk Cephesinden AHMET CEVDET PAŞA"*, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 1996)
- MEVDUDÎ, Ebu'l A'la; *"Tefhîm'ül Kur'an"*, (İstanbul: İnsan Yay., 1986)
- MERİÇ, Ümid; *"Cevdet Paşa'nın Cemiyet ve Devlet Görüşü"*, (İstanbul: Ötügen Yay., 1975)
- MTO TAHKİM REHBERİ; (Ankara: MTO Türkiye Millî Komitesi Yay., 1987)
- MEYDAN LAROUSSE; (İstanbul: Meydan Yay., 1990)
- POSTACIOĞLU, İlhan; *"Medenî Hukuk Dersleri"*, (Ankara: Sulhi Garan Matbaası, 1975)
- ŞA'BAN, Zekiyyüddîn; *"İslâm Hukuk İlminin Esasları" (Usulu-l Fıkh)*, Çev.: İbrahim Kafi DÖNMEZ, (İstanbul: Diyanet Vakfı Yay., 1996)
- ŞANLI, Cemal; *"Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları"*, (İstanbul: İst. Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yay., 1996)
- _____ ; *"Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk"*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1986)
- ŞER'İYE SİCİLLERİ; (İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yay., 1989)
- TEZÂKİR, Cevdet Paşa; Yay.: Cavid BAYSUN, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yay., 1991)
- TİRMİZÎ TERCEMESİ; (İstanbul: Yunus Emre Yayınevi, Tarihsiz)
- TOBB TAHKİM ŞARTNAMESİ, İÇ YÖNETMELİĞİ ve MEVZUAT; (Ankara: TOBB Yay., 1987)
- TÜRK HUKUK LÜGATİ; 3. Baskı, (Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yay., 1991)
- TÜRKÖNE, Mümtaz'er; *"Siyasi İdeoloji Olarak İSLÂMCILIĞIN DOĞUŞU"*, (İstanbul: İletişim Yay., 1994)

- ÜSTÜNDAĞ, Saim; “Medenî Yargılama Hukukunda KANUN YOLLARI ve TAHKİM”, 2. Baskı, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası., 1971)
- ÜSTÜNDAĞ, Saim- ALANGOYA, Yavuz; “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu”, 3. Basım, (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996)
- _____; “Medenî Yargılama Hukuku”, (İstanbul: Yaylacık Matbaası, 1994)
- YEĞENGİL, Rasih; “TAHKİM”, (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1974)
- ZEHRA, Muhammed Ebu; “İslâm Hukuku Metodolojisi”, Çev.: Abdülkadir ŞENER, (Ankara: Fon Matbaası, 1979)
- ZUHAYLÎ, Vehbe; “İslâm Fıkhı Ansiklopedisi”, (İstanbul: Risale Yay., 1994)

Makaleler

- BİRSEL, Mahmut T; “Millî ve Milletlerarası Ticarî Tahkimin Bugünkü Durumu (1997 Yılı), (Ankara: TOBB Tahkim Şartnamesi İç Yönetmeliği ve Mevzuat, TOBB Yayını, 1998)
- İŞIKTAÇ, Yasemin; “Örf ve Âdet Hukukunun Tanımı ve Bu Tanımdan Çıkan Ayrırd Edici Özellik”, (İstanbul: Argumentum Dergisi, 1992)
- ORTAYLI, İlber; “Ahmet Cevdet Paşa ve Ebul’ulâ Mardin Hoca Hakkında”, başlıklı Takdimi, Ebul’ulâ Mardin: “Medenî Hukuk cephesinden Ahmet Cevdet Paşa”, (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı, 1996)

Seminer

- ULUSLARARASI TİCARÎ ANLAŞMAZLIKLARDA TAHKİM; (İstanbul Ticaret Odası, 20.2.1997)
- İKİNCİ TAHKİM HAFTASI; “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 25-26 Kasım 1983)

Tebliğ

- Av. M. Bülent DENİZ, “Medyada Kalite, Siyaset Hizmetinde Kalite Üzerine Bir Çalışma”, 21. Yüzyıl Eşiğinde Tüketici Açısından ‘KALİTE’ KAVRAMINDA YENİ PERSPEKTİFLER adlı panelde sunulu tebliğ, İstanbul, 25.1.1999.

DİZİN

A

Abdülaziz, 404
Ad Hoc, 107, 109, 313, 319, 321, 326, 327
Âdet Hukuku, 46, 47
Aebutia Kanunu, 43
AET, 157
Ahad-ı Nâs, 94
Ahkam-ı Şahsiye, 57
Ahmet Cevdet Paşa, 89, 99, 401, 405, 407,
Ahmet Vefik Paşa, 405
Aile Hukuku Kararnamesi, 95, 96
Âli Paşa, 99, 403
Amr İbn'ül As, 74
Anglo-Amerikan, 47
Antakyalı Said Efendi, 401
Ara Karar, 212
Arbitration Act, 48
Aristote, 42
Ashâb, 56
Avrupa Birliği, 154

B

Bâin, 67
Bekletici Mesele, 210
Belâgat, 42
Belagât-ı Osmaniyye, 404
Beni Kurayza, 73
Beraet-i Zimmet, 69
Beyn-El Hasmeyn, 94
Bilgi Edinme Hakkı, 295
Birgevî Hoca, 401
Birinci Hakem Listesi, 267
Bozma Kararı, 225
Buhârî, 73

C

Cenevre Protokolü, 310

Cenevre Yabancı Hakem Kararlarının
Tenfizi Konvansiyonu, 310
Code Sivil, 99, 403
COMECON, 157
Cübeyir Bin Mutam, 74

D

Dar'ül Muallimîn, 402
Davaya Müdahale, 192, 195, 196, 197
Davayı İhbar, 192
Dâvud, 79
Delil İkamesi, 202
Delil İstimat, 202
Delil Sözleşmesi, 30
Demosthene, 42
Derdesti Rüyet, 193
Divan-ı Ahkam-ı Adliyye, 403
Divan-ı Hümayun, 85
Dünya Ticaret Örgütü (WTO), 342
Düstur, 405

E

Ebu Hanife, 64
Ebu Musa El Eş'ari, 74
Ebu Sevr, 79
Ebu Ümeyye, 49
Edille-ı Şeriye, 53
Eğitilme Hakkı, 296
Ekonomik Çıkarlarının Korunması
Hakkı, 296
Ekonomik İşbirliği Ve Kalkınma Örgütü
(OECD), 342
El Emin, 49
Elmalılı A. Hamdi Efendi, 407
Encümen-i Daniş, 402
Ethem Paşa, 404
Evkaf Müfettişliği, 85

F

Fatih Sultan Mehmet, 85
Fehim, 93
FIDIC, 29
Filistin, 96
Fransız Medenî Kanunu, 47, 98, 99, 403
Fransız Ticaret Kanunu, 87
Fuad Paşa, 402

G

Girit, 39, 405
Güvenlik Hakkı, 295

H

Hacerü'l-Esved, 49
Hafız Ömer Efendi, 401
Hakem Bürosu, 267
Hakem-Bilirkşi, 28, 30, 31, 35, 105
Hakîm, 93
Halvet, 94
Hanefi Fakihleri, 65
Hanefi Mezhebi, 89, 96
Hîn-i Muhakeme, 94
Hollanda-Almanya Ticaret Odası, 328
Hukukullah, 90
Huzur Hakkı, 306
Hz. Ali, 50
Hz. Ebubekir, 63
Hz. İsa, 45
Hz. Muhammed, 49
Hz. Ömer, 58
Hz. Süleyman, 41

I

ICC, 310, 328, 342, 344, 348, 350, 360, 365,
366, 368, 370, 371, 373, 376, 382, 383
ICSID, 29
II. Abdülhamit, 404
II. Mahmut, 86
Islah, 192, 194
Islahat-ı Adliye, 98
Israr Kararı, 232
IV. Louis, 47
İade-i Muhakeme, 236, 237

İbadet, 57
İbâha-ı Asliye, 69
İbn-Âbidin, 66
İbni Hambel, 79
İbn-ı Hişam, 50
İcmâ-ı Ümmet, 54
İhkak-ı Hak, 39, 49
İhkak-ı Haktan İstinkâf, 145
İlk Toplantı Tutanağı, 381
İllet, 54
İmale-i Nazar, 94
İmam Ebu Yusuf, 75
İmam Muhammed, 75
İmam Şafiî, 61
İpekböceği Nizamnamesi, 405
İptidâi İtiraz, 192
İskandinav Ülkeleri Tahkim Odası, 328
İsmail Ağa, 401
İspat Külfeti, 202
İsticvap, 192, 195
İstihsân, 54, 64
İstinaf, 95
İstishâb, 54, 68, 69
İTO, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 260,
262, 264, 267, 268, 377, 382, 383

K

Kâbe, 49
Kâhin, 49
Kâmil Paşa, 405
Kanuna Karşı Hile, 150, 165
Kanun-i Esasî, 404
Kanunî Sultan Süleyman, 85
Kanunname-i Ticaret, 88
Karşı Dava, 192, 197, 198, 199, 384
Katade, 79
Kavaid-i Lisan-i Osmanî, 402
Kavanin-i Esasiyye, 99
Keykîzâde Vakfı, 27
Kıyas, 90
Kıta Avrupa Hukuku, 31
Kıyas, 54, 55, 61
Kitab-ı Kaza, 90
Kitab-ı Mukaddes, 41
Kitabü'l-Kaza, 85
Kloz, 29, 30, 33, 36, 313, 314
Kodifikasyon, 47

Kur'an-ı Kerim, 53, 54, 56, 72
Kureys, 49

L

Lofça, 401
Lonca, 85
Lozan, 100
Lübnan, 96

M

Ma'tuh, 93
Mahabet-i Meclis, 93
Mahâkim-i Nizamiyye, 99
Manisa, 39
Mâruf, 65
Mecelle Cemiyeti, 403
Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 89
Meclis-i Vala-yı Ahkâm-ı Adliye
Nizamnamesi, 405
Meclis-i Âli, 405
Meclis-i Âli-i Tazminat, 402
Meclis-i Valâ-yı Ahkam-ı Adliye, 86
Mefsedet, 67
Mekîn, 93
Mekke, 49
Mesail, 149
Mesail-i Fıkhiyye, 93
Mesâlih-i Mürsele, 54, 62, 63
Milletler Cemiyeti, 310
Milletlerarası Ham Madde İşleme
Bürosu, 328
Milletlerarası Tohumluk Ticareti
Federasyonu, 328
Milletlerarası Yünlü Tekstil Teşkilatı,
328
Mirî Kâtibi, 85
Mithat Paşa, 404
Mösyö Bouree, 99
MTO, 29, 31, 33, 34, 36, 307, 327, 328, 342
Muamelat, 57
Muaviye, 50
Muâz, 59
Muâz Hadisi, 59
Muaz İbni Cebel, 73
Muhakkem, 90
Muhakkim, 90

Mukaddime-i İbn-i Haldun, 403
Mulatafe, 93
Murad Molla Tekkesi, 401
Muslihun, 19, 27, 86
Mustafa Reşit Paşa, 401
Mustakîm, 93
Müçtehit, 60, 64
Müdafaalar, 42
Müftü Müsevvidliği, 401
Mühendise Müracaat, 118
Mükafat Vaadi, 121
Münker, 65
Müstahsen, 65
Mütehassemeyn, 94
Mütevâtir, 59, 60

N

Nakli Deliller, 55
Nass, 53, 57, 58, 61, 64, 66, 67
Nesafet, 163, 173, 214, 235, 242, 310, 354
Neuchatel Kanunu, 215
Nezaret Hilmi, 98
Nihaî Karar, 213

O

Oda Meclisi, 254, 265, 266, 267
Ombudsman, 297
Onama Kararı, 224
Osman İbn-i Affan, 74

Ö

Öç Alma, 48
Ön Hakem, 35, 36
Örf, 49, 54, 65, 66, 67

P

Papa, 46
Papasoğlu Medresesi, 401
Parlement, 48

R

Resepsiyon, 86, 98, 165
Risalet, 49
Romanya, 391

İHTİLÂFLARIN ÇÖZÜM YOLLARI VE TAHKİM

Rusya Federasyonu, 388
Rüştü Paşa, 403

S

Sagîr, 93
Sağlık Ve Güvenlik Hakkı, 295
Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı, 296
Sahabî Kavli, 54, 68
Sahip Molla, 403
Saint Paul, 45
Sakîf, 58
Savt-ı Kavî, 93
Seçme Hakkı, 295
Sedd-ı Zerâyi, 55, 67
Sesini Duyurabilme Hakkı, 296
Suriye, 96
Sübutu Kat'î, 55, 57, 59
Sübutu Zannî, 55, 60
Sünnet, 53, 54, 55, 58, 59, 61, 64, 73, 74, 82

S

Şair Süleyman Fehmi, 401
Şâri, 56
Şer'i Kaza, 73
Şer'i Mahkemeler, 85
Şer'îye Sicilleri, 27, 28
Şer'u Men Kablenâ, 54
Şeriat, 53, 57, 74, 80, 81, 85, 86, 402

T

Taberi, 74
Tabiîn, 56
Tacirler Listesi, 267
Tahkim Divanı, 250, 270, 275, 278, 282,
288, 292, 343, 363, 365, 373, 374, 379
Tahkim İtirazı, 193
Tahkim Komitesi, 270, 271, 272, 280
Tahkim Şartnamesi, 270
Tahkimname, 74
Tahtavi, 73
Takas Mahsup Talebi, 192, 198, 199
Talha Bin Abdullah, 74
Tanzimat, 85, 98, 401, 403, 405, 406, 407
Taraf Hakemi, 135
Taraflı Tahkim, 135

Teamül, 65, 66, 391, 396
Tebe-i Tabiîn, 56
Teknik Bilirkişi, 31
Temsil Edilme Hakkı, 295
Tertil, 56
Tevatür, 56
Tevcih'i Hitab, 94
Ticaret Usulü Muhakemesine Ait
Nizamname, 88
Ticaret-i Bahriye Kanunu, 88
TOBB, 219, 247, 250, 270, 272, 281, 282,
285, 289, 290, 291, 292, 311, 377, 380
Tüketici Hareketi, 295
Tüketici İhtiyaçlarının Karşlanması
Hakkı, 295
Tüketici Mahkemeleri, 297
Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri, 297

U

Ukrayna, 390
Un Kapanı Naibi, 85
UNCITRAL, 29, 327
Usul-i Muhakeme-i Hukukîye, 404
Uzlaştırıcı, 26, 35, 86, 255, 256, 264, 376
Uzmanlar Listesi, 267

V

Vakıf Senedi, 121
Vasi, 122
Vasiyetname, 121
Vilayet Nizamnamesi, 403

Y

Yağ Kapanı Naibi, 85
Yetki Belgesi, 313
Yetki İtirazı, 192

Z

Zannî, 53, 55, 58, 59
Zararların Giderilmesi Hakkı, 296
Zeyd İbni Eslem, 79
Zımmi, 77
Zikr, 59

