

T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞLETME (ULUSLARASI TİCARET VE FİNANS)
ANABİLİM DALI

KAMU İHALE KANUNU VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU
UYARINCA AKDEDİLEN SÖZLEŞMELERDE
"TAHKİM KAYDI"

Yüksek Lisans Tezi
Mehmet GEDİKBAŞ
Ankara – 2011

T.C.
UFUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İŞLETME (ULUSLARASI TİCARET VE FİNANS)
ANABİLİM DALI

KAMU İHALE KANUNU VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU
UYARINCA AKDEDİLEN SÖZLEŞMELERDE
"TAHKİM KAYDI"

Yüksek Lisans Tezi
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Şanal GÖRGÜN

KABUL VE ONAY

Mehmet Gedikbaş tarafından hazırlanan ‘‘Kamu İhale Kanunu Ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Akdedilen Sözleşmelerde Tahkim Kaydı’’ adlı bu tezin Yüksek Lisans Tezi olarak uygun olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. şanal GÖRGÜN

Tez Danışmanı

Bu çalışma 13/06/2011 tarihinde jürimiz tarafından oybirliği ile İşletme Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. şanal GÖRGÜN

Üye : Prof. Dr. Oya AKGÖNENÇ

Üye : Doç. Dr. Mehmet Emin HASPOLAT

Bu tez Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tez yayım kurallarına uygundur.

ÖZET.....	I
ANAHTAR SÖZCÜKLER	II
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR LİSTESİ.....	VII

ÖZET

Devletler, özellikle gelişmekte olan devletler, uluslararası rekabete dayanıklı ve rekabetin mümkün olduğu bir ekonomi oluşturmaya çalışırken, ülkelerindeki yatırımları nicelik ve nitelik olarak artırmak istemektedirler. Gelişmekte olan devletlerin sermaye ve teknoloji yönünden sahip olduğu eksiklikler onları, yabancı sermaye ve yatırıma yönelmeye zorlamaktadır. Yeterli sermaye ve teknolojik alt yapıya sahip devlet kaynaklı yatırımcılar da sahip oldukları bu potansiyeli az gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerde değerlendirme eğilimindedir ne var ki bunun için yatırımcı, sermaye ve teknoloji götürdüğü ülkede, başına gelebilecek bir hukuki uyuşmazlığın hızlı, etkin ve tarafsız bir biçimde çözümlenmesini arzulamaktadır. Bu sebeple yabancı yatırımcı, yatırımının hukuki açıdan güvence altına alındığı devletlere alt yapısını götürmek eğilimindedir. Bu durum devletleri o veya bu şekilde çeşitli tahkim sistemlerinin varlığını kabul etme ve müstakbel uyuşmazlıklarda uygulamaya peşinen rıza göstermeye teşvik etmektedir.

Türkiye’de de uluslararası tahkim müessesesi çok tartışılmış ve eleştirilmiştir. Devletin egemenlik masuniyetinden sıyrılarak, sözleşme akdettiği taraf ile eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olması neticesinde, özellikle yabancı yatırımların Türkiye’ye yönelmesi teşvik etmek yönünde çaba sarfedildiği ifade edilmelidir. Neticede; Sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak Türk İdareleri “Tahkim Şartı”nı Kabul veya Bir “Tahkim Sözleşmesi”ni Akdetme Yetkisine sahiptirler.

Bu kapsam ve çerçevede, İhaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilen, sözleşme uygulamaları ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre yürütülen mal, hizmet ve yapım işlerine ait sözleşmeler ve Tahkim arasındaki ilişkisi gerek idare hukuku ve gerekse özel hukuk merceği altında incelenmiş, tahkim müessesesine ilişkin ulusal ve uluslararası mevzuat ele alınmıştır.

Tahkim anlaşması ve kaydı (şartı), ihtiyarî tahkimin en temel gereği ve unsuru, yani mihenk taşı ve ayrıca hakemlerin yargılama yetkilerinin kaynağı olduğundan, dolayısıyla tahkimin temelini teşkil ettiğinden Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu Uyarınca Akdedilen Sözleşmelerdeki "Tahkim Kaydı" etraflıca incelenip değerlendirilmeye çalışılmıştır.

ANAHTAR SÖZCÜKLER

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri, Kamu Tüzel Kişilerinin Tahkim Yolunu Seçmeleri, İdari Sözleşmeler, Anahtar Teslim Götürü Bedel Sözleşme, Birim Fiyat Sözleşme, Karma Sözleşme, Münferit Sözleşme, Çerçeve Sözleşme, Tahkim Anlaşması, Tahkim Sözleşmesi, Tahkim Kaydı, Tahkim Şartı, Tahkim Şartı'nı Kabul veya Bir Tahkim Sözleşmesi'ni Akdetme Yetkisi, Tahkim Anlaşmasının Şekli, Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı, Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk, Tahkim Anlaşmasının İçeriği, Tahkim Kaydının Yazılışında Dikkate Alınacak Hususlar, Tahkim Yeri, Hakemlerin Nitelikleri, Hakem veya Hakem Kurulunun Seçimi, Maddi Hukukun Seçimi, Tahkim Usulünün Seçimi, Yabancı Avukatla Temsil, Tahkimde Kullanılacak Lisan, Temyiz ve İptal Yoluna Gidilemeyeceği, Tahkim Süresi, Tahkim Anlaşmasının İşlevleri ve Meydana Getirdiği Sonuçlar, Tahkim Anlaşmasının İcrası ve Tahkim İtirazı.

KAMU İHALE KANUNU VE KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ KANUNU
UYARINCA AKDEDİLEN SÖZLEŞMELERDE
"TAHKİM KAYDI"

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ VE TAHKİM İLİŞKİSİ

§ 1. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ VE TAHKİM İLİŞKİSİ

I. Kamu İhale Sözleşmeleri.....	1
A. Genel Olarak.....	1
B. Sözleşme Türleri.....	6
1. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme.....	6
2. Birim fiyat sözleşme.....	7
3. Karma Sözleşme.....	8
4. Münferit sözleşmedir.....	10
C. Sözleşme Metninde Bulunması Gereken Zorunlu Unsurlar.....	10
II. Kamu Tüzel Kişilerinin Tahkim Yolunu Seçmeleri.....	11
III. İç Hukukumuzda Yapılan Düzenlemeler.....	13
A. Anayasa Değişiklikleri.....	13
1. 1982 Anayasasının 125. Maddesine İlişkin Değişiklik.....	13
2. 1982 Anayasasının 155. Maddesine İlişkin Değişiklik.....	15
B. Kanunlardaki Düzenlemeler.....	18
1. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Yeni Usul Kanunu).....	18
2. 4051 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun.....	19
3. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu.....	20
4. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu.....	22
4.1. 23. Maddeye ilişkin Değişiklik.....	22
4.2. 24. Maddeye ilişkin Değişiklik.....	23
4.3. 42. Maddeye ilişkin Değişiklik.....	23

4.4. 46. Maddeye ilişkin Değişiklik.....	24
4.5. 48. Maddeye ilişkin Değişiklik.....	24
5. 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.....	25
6. 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun.....	25
7. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu.....	25
8. 3996 Sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu.....	26
9. 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu.....	28
10. 4586 Sayılı Petrolün Boru hatları ile Geçişine Dair Kanun.....	29
11. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu.....	30
12. 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu.....	32
IV. Milletlerarası Sözleşmeler.....	33
A. Moskova Sözleşmesi.....	33
B. Washington Sözleşmesi.....	35
C. Panama Sözleşmesi.....	37
D. Cenevre Sözleşmesi.....	37
E. New York Sözleşmesi.....	39
F. Uncitral Model Kanunu.....	41

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI VEYA TAHKİM ŞARTI

Ş 2. TAHKİM ANLAŞMASI VEYA TAHKİM ŞARTI

I. Genel Olarak.....	42
II. Tahkim Anlaşmasının İşlevleri.....	44
III. Tahkim Şartı'nı Kabul veya Bir Tahkim Sözleşmesi'ni Akdetme Yetkisi.....	44
IV. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği.....	51
A. Tahkim Anlaşmasının Şekli	51
B. Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliği.....	55
V. Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı ve Uygulanacak Hukuk	
A. Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı.....	59
B. Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk.....	64
1. Genel Olarak.....	64
2. Tahkim Anlaşmasının Şekli Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	67

3. Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	69
4. Tarafların Ehliyetine Uygulanacak Hukuk.....	72
VI. Tahkim Anlaşmasının İçeriği.....	80
VII. Tahkim Kaydının Yazılışında Dikkate Alınacak Hususlar.....	81
A. Tahkim Yerinin Seçimi.....	82
1. Tahkim Yerinin Belirlenmesi.....	88
2. Tahkim Yeri Dışında Toplanması.....	89
B. Hakemlerin Nitelikleri.....	91
C. Hakem veya Hakem Kurulunun Seçimi.....	92
1. Genel Olarak.....	92
2. Hakemin İsmine Tahkim Anlaşmasında Kararlaştırılması.....	93
3. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi.....	99
3.1. Hakemlerin Sayısı.....	100
3.2. Tek Hakem Seçimi.....	100
3.3. Birden Fazla Hakem Seçimi.....	101
3.4. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi.....	104
4. Hakem Seçiminin Bir Kurum veya Üçüncü Kişiye Bırakılması.....	105
5. Hakem Seçimine ve Sayısına İlişkin Bir Açıklık Bulunmaması.....	107
6. Hakem Seçimine İlişkin Mahkeme Kararı.....	107
7. Hakemlerin Görevini Yerine Getirmemesi Sebebiyle Yeni Hakem Seçim.....	110
8. Yeniden Hakem Seçimi.....	111
9. Hakem Seçimi Usulüne Riayetsizlik ve Sonuçları.....	113
D. Maddi Hukukun Seçimi.....	114
E. Tahkim Usulünün Seçimi.....	114
F. Tarafların Eşitliği.....	117
G. Yabancı Avukatla Temsil.....	118
H. Tahkimde Kullanılacak Lisan.....	120
İ. Temyiz ve İptal Yoluna Gidilemeyeceği.....	122
J. Egemenlik Masuniyetinden Feragat.....	122
K. Tahkim Süresi.....	123
1. Tahkim Süresinin Tayini.....	123
2. Tahkim Süresinin İşlemeye Başlayacağı Tarih.....	126
3. Tahkim Süresinin Uzatılması.....	127
4. Tahkim Süresinin Uzatılması Talebinin Reddi.....	130
VIII. Tahkim Anlaşmasının Akdedilmesinin Meydana Getireceği Sonuçlar.....	131

A. Tahkim Anlaşmasının Müspet Tesiri	132
B. Tahkim Anlaşmasının Menfi Tesiri	136
IX. Tahkim Anlaşmasının İcrası ve Tahkim İtirazı	137
SONUÇ	143
BİBLİYOGRAFYA	144

KISALTMALAR CETVELİ

A+D	: Amme İdaresi Dergisi
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi
AY	: Anayasa
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
BKK.	: Bakanlar Kurulu Kararı
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
c.	: Cümle
COMECON/CMEA	: Council For Mutual Economic Assistance
D.	: Daire
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EÜHFD	: Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FOSFA	: Federation of Oil Seeds and Fats Association
GAFTA	: Grain and Feed Trade Association
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICSID	: International Centre for the Commercial Arbitration
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İKÜHFD.	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: Madde

MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
OAS	: Organization of American States
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSCB	: Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
t.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TD	: Ticaret Dairesi
TMTD	: Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission for International Trade Law
vd.	: Ve Devamı
Y.	: Yargıtay
YİD	: Yap-İşlet-Devret
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YKKT	: Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ VE TAHKİM İLİŞKİSİ

§ 1. KAMU İHALE SÖZLEŞMELERİ VE TAHKİM İLİŞKİSİ

I. Kamu İhale Sözleşmeleri

A. Genel Olarak

Türkiye’de kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu ve sözleşmelerin akdedilmesinden sonra doğan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir.

5 Ocak 2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun bu sözleşmelerde tarafların “eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğunu” belirten 4. maddesi ve aynı Kanunun, “bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını” hüküm altına alan 36. maddesi bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu göstermektedir¹.

Uyuşmazlık Mahkemesi² ; “*Andırın ilçesinde, demir, çimento, inşaat malzemeleri satışını yapan ticarethane sahibi olan Davacı; Davalı Belediye Başkanlığının, 22.12.2003 ila 22.3.2004 tarihleri arasındaki 21 adet sipariş fişi ile toplam 2.919.00 YTL tutan çeşitli malzemeyi (elektrik, kanalizasyon, su arızası ve temizlik vs. işlerine ilişkin), görevlendirilen belediye görevlisine vermiştir.*

Davacı malzemelerin bedelinin ödenmesi için Belediye Başkanlığına başvurmasına karşın, kendisine ödeme yapılmamıştır.

Davacı taraf, söz konusu malzemelerin görevlilerce alınarak, belediye işlerinde kullanıldığı, fişlerdeki imzanın eski belediye başkanına ait olduğu ve belediyeyi bağlayacağı, kamu kurum ve kuruluşlarında devamlılığın esas olduğu, görevli değişse bile, kurum adına yaptığı borçlandırıcı işlemlerin kurumu bağlayacağı, sorumluluğunu kaldırmayacağı ve borcunu ödemekten kaçınmayacağı iddiasıyla ve malzeme bedeli toplamı 2.919.00YTL’nin olay tarihinden itibaren faizi ile tahsiline karar verilmesi istemiyle 10.1.2005 tarihinde adli yargı yerinde dava açmıştır.

¹ Eleştiriler için bkz. Gözler, K.: İdare Hukuku, C. II, Bursa 2009, s. 52 vd.

² Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 07.04.2008 tarih ve E: 2007/249, K: 2008/90 sayılı kararı.

*Andırın Sulh Hukuk Mahkemesi; 3.4.2006 gün ve E:2005/4, K:2006/75 sayı ile, davacının duruşmada tekrar ettiği 10.1.2005 havale tarihli dilekçesinde; 2004 yılı Ocak ayından itibaren Andırın Belediye Başkanlığına muhtelif tarihlerde sipariş fişi karşılığında çeşitli inşaat malzemesi verdiğini, 2004 yılı Mart ayında yapılan seçimlerde belediye başkanı değişikliği olduğunu, bu malzemelerin bedeli için Belediye Başkanlığına başvurduğunda ödemenin evrak eksikliği nedeniyle yapılmadığını, dava dilekçesi ekindeki sipariş fişlerine göre teslim ettiği malzemenin bedeli olan 2.919,00.-YTL alacağın faiz ve yargılama gideri ile birlikte davalı taraftan tahsiline karar verilmesini talep ettiği; davalı tarafın duruşmalara katılmadığı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın idari bir işlemde kaynaklanan tam yargı davası olduğu; Andırın Belediye Başkanlığının 10.6.2005 tarih ve 2005/1061 sayılı yazısında; dava konusu alacak dayanak olarak sunulan malzeme alınmasına dair sipariş fişleri ile ilgili yaptıkları araştırmada, 1.9.2003-1.4.2004 tarihleri arasında fen işleri yetkilisi olarak görev yürüten zabıta memuru Ahmet Sarıbyık'ın malzeme alınması ile ilgili hiçbir bilgisinin olmadığı, sipariş işlerindeki imzaların belediye eski başkanı Ahmet Rüzgar'a ait olduğu, malzemelerin kamu yararına kullanılıp kullanılmadığı hususunda tasarruf ve bilgi sahibinin bu kişi olduğunun anlaşıldığı; Andırın Belediye Başkanlığının 14.2.2006 tarih ve 2006/156 sayılı cevabi yazısından; 22.1.2002 tarihinden itibaren Belediyenin **mal ve hizmet alımının 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapıldığı**, davacı Yakup Özer'den Aralık 2003, Ocak-Şubat-Mart 2004 döneminde, bu yasaya göre mal ve hizmet alımının yapılmadığının anlaşıldığı; dava konusu alacak ile ilgili Andırın Belediye Başkanlığına ait Aralık 2003, Ocak-Şubat-Mart 2004 dönemlerine ait muhasebe kayıtları ve sarf evrakları üzerinde uzman bilirkişi marifetiyle yaptırılan inceleme neticesinde, dosyaya sunulan 1.3.2006 tarihli rapor içeriğinden, söz konusu muhasebe kayıtlarında ve sarf evrakı içeriğinde davacı Yakup Özer'den belirtilen dönemlerde mal-hizmet alımına ilişkin-davacının dosyaya ibraz ettiği sipariş fişlerine dair herhangi bir kayıt ve bilginin bulunmadığının anlaşılmış olduğu; her ne kadar davacı sipariş fişlerini dayanak yaparak Andırın Belediye Başkanlığı aleyhine alacak davası açmış ise de, somut olayda kamu kurumu niteliğinde olan davalıya husumet yöneltilerek kurumu belli doğrultuda alacağının ödenmesine ilişkin idari işlem tesis etmeye zorlayıcı hüküm kurulması amaçlandığına göre, talebin idari nitelik taşıdığı kabul edilmiş olduğu, bu tür bir uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesinin gerektiği; 2577 sayılı İYUK. gereğince <idari eylem ve işlemlerden*

dolayı hakları zarar görenler tarafından açılacak tam yargı davaları> nin idari dava olarak belirlenmiş olduğu, bu durumda davalı belediye başkanlığı hakkındaki dava, 2577 sayılı yasanın 2. maddesi uyarınca adalet mahkemelerinin görevi dışında kaldığından, yargı yolu bakımından dilekçenin reddine karar vermek gerektiği; ayrıca davalı tarafın kamu tüzel kişiliğinin olması itibariyle, **mal ve hizmet alımının 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda belirtilen yasal prosedüre göre yapılmasının gerektiği**, bu duruma göre eski belediye başkanının imzasını taşıyan sipariş fişlerinin, davalı idareyi borçlandırmaya yeterli olmayıp bağlayıcılığının da bulunmadığının açık olduğu ve iş bu davada Andırın Belediye Başkanlığına husumet tevcihinin de yanlış olduğunun tespit edildiği; yukarıda açıklanan gerekçelerle; yargı yolu farklılığı nedeniyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine ve mahkemelerinin görevsizliğine; davacının görevli idari yargı mahkemelerinde açmakta muhtariyetine karar vermiş; bu karar, temyiz edilmeyerek kesinleşmiştir.

Bu kez davacı vekili, aynı istemle, idari yargı yerinde dava açmıştır.

Gaziantep 2. idare mahkemesi; 14.3.2007 gün ve E: 2006/1778 sayı ile, dava dosyasının incelenmesinden; davacı tarafından, 2004 yılı Ocak ayından itibaren Andırın Belediye Başkanlığı'na 22.12.2003 - 22.3.2004 tarihleri arasında 21 adet sipariş fişi ile çeşitli inşaat malzemesi verdiğinden bahisle, bu malzemelerin toplam tutarı olan 2.919,00YTL tutarındaki alacağının yasal faizi ile birlikte davalı taraftan tahsiline karar verilmesi istemiyle Andırın Sulh Hukuk Mahkemesinin E:2005/4 sayılı dosyası ile dava açıldığı, bu dava neticesinde anılan Mahkemenin 3.4.2006 tarih ve K.2006/75 sayılı kararıyla her ne kadar davacının sipariş fişlerini dayanak yaparak Andırın Belediye Başkanlığı aleyhine alacak davası açmış ise de, somut olayda kamu kurumu niteliğinde olan davalıya husumet yöneltilerek kurumu belli doğrultuda alacağının ödenmesine ilişkin idari işlem tesis etmeye zorlayıcı hüküm kurulması amaçlandığına göre, talebin idari nitelik taşıdığı kabul edilmiş olup bu tür bir uyuşmazlığın idari yargı yerinde görülmesi gerektiği, 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu gereğince, "idari eylem ve işlemlerden dolayı hakları zarar görenler tarafından açılacak tam yargı davaların> idari davalar olarak belirlendiği, bu durumda davalı belediye başkanlığı hakkındaki davanın, 2577 Sayılı Yasanın 2. maddesi uyarınca Adalet Mahkemelerinin görevi dışında kaldığı gerekçesiyle görev yönünden reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı; idari yargı yetkisinin, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, yerindelik denetimi yapılamayacağı, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil

ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak tarzda kullanılmayacağı ve idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği hükmünün yer aldığı; incelenen uyuşmazlıkta davacı tarafından, 2004 yılı Ocak ayından itibaren Andırın Belediye Başkanlığı'na 22.12.2003 - 22.3.2004 tarihleri arasında 21 adet sipariş fişi ile çeşitli inşaat malzemesi verdiğiinden bahisle bu malzemelerin toplam tutarı olan 2.919,00YTL tutarındaki alacağının yasal faizi ile birlikte davalı taraftan tahsiline dair karar verilmesi istemiyle bakılan davanın açıldığı, tazmini istenen zararın özel hukuk sözleşmesinden doğduğu, ihtilafın Borçlar Hukuku hükümlerine tabi bulunduğu, bu nedenle görüm ve çözüm yerinin Adliye Mahkemeleri olduğu; bu durumda, Adliye Mahkemelerinin iş bu davanın görüm ve çözümünün genel idari yargı yerinin görevli olduğu yolundaki kararına Mahkemeleri Hâkimliğince iştirak edilmemiş olduğu, uyuşmazlık konusu olayda Mahkemelerinin görevsiz olduğu kanısına varıldığı; açıklanan nedenlerle; 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19. Maddesi uyarınca görevli yargının belirlenmesi için dosyanın Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine, bu konuda karar verilmeye kadar yargılamanın ertelenmesine, karar vermiştir.

İnceleme ve Gerekçe: Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün, Ahmet Akyalçın'ın Başkanlığında, Üyeler: Üyeler: Mahmut Bilgen, Erdoğan Buyurgan, Habibe Ünal, O.Cem Erbüük, Serdar Aksoy ve Coşkun Güngör'ün katılımlarıyla yapılan 07.04.2008 günlü toplantısında;

I- İlk İnceleme: Dosya üzerinde 2247 sayılı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yapılan incelemeye göre, İdare Mahkemesince, 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesinde öngörülen şekilde başvurulduğu ve usule ilişkin herhangi bir noksanlık bulunmadığı anlaşıldığından, adli ve idari yargı yerleri arasında doğan görev uyuşmazlığının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildi.

II- Esasın İncelenmesi: Raportör-Hakim Taşkın Çelik'in, davanın çözümünde adli yargının görevli olduğu yolundaki raporu ile dosyadaki belgeler okunduktan; ilgili Başsavcılarca görevlendirilen Yargıtay Cumhuriyet Savcısı Ahmet Beşinci ile Danıştay Savcısı Gülen Aydınoglu'nun davada adli yargının görevli olduğu yolundaki sözlü açıklamaları da dinlendikten sonra Gereği Görüşülüp Düşünüldü:

Dava, çeşitli inşaat vs. malzemesi satışı yapılan işyerinin sahibi olan davacının, Belediyeye ait sipariş fişleriyle verdiği malzemelere ait bedelin ödenmesi istemiyle açılmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu kurala bağlanmış; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

*Bakılan uyuşmazlıkta, **alacağın kaynağı olan olayın, davalı idarenin kendisine kanunla verilen kamu hizmetinin görülmesi hususuna ilişkin olmadığı, idarenin özel hukuk kişileri ile aynı statüde davacının işyerinden aldığı malzemelerin bedelini ödememesi nedeniyle gerçekleştiği, taraflar arasındaki ilişkinin, kamu otoritesine ve yetkisine dayalı, tek yanlı ve resen yapılan idari işlem ve eylemden kaynaklanmadığı anlaşılmıştır.***

*Bu durumda davanın, taraflar arasında doğan borç-alacak ilişkisi nedeniyle özel hukuk hükümlerine göre görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunduğundan, İdare Mahkemesinin başvurusunun kabulü ile Sulh Hukuk Mahkemesi'nce verilen **görevsizlik kararının kaldırılması** gerekmiştir.”*

ve

Yargıtay³; “...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan bakiye iş bedeli alacağı ve irat kaydedilen teminat mektubu bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece davanın yargı yolu yönünden reddine dair verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davalı iş sahibi İl Özel İdare Müdürlüğü Devlet İhale Kanunu'na tabi katma bütçeli idaredir.

Kural olarak, kamu ihalelerinde ihale kararı ve ekleri ile ilgili sözleşmenin imzalanmasından önceki aşamada doğan ihtilafların çözüm yeri idari yargı, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm yeri adli yargıdır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.03.2001 gün T.257-285 sayılı kararı, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 03.02.1997 gün 4/3 sayılı kararı, Dairemizin 04.02.1999 gün 1998/4598 Esas, 1999/292 Karar sayılı kararı ve benzer kararlar).

Somut olayda yanlar arasında sözleşme imzalanmış olup, fesih kesin hesabı ortaya çıkan alacağın karne katsayısı uygulanarak bulunan miktarı ve irat kaydedilen teminat mektubu bedelinin tahsili istendiğinden, sözleşmenin imzalanmasından sonra ortaya çıkan bu uyuşmazlıkla ilgili taleplerin

³ Yargıtay 15. HD.'nin 05.06.2001 tarih ve E: 2007/3235 K: 2007/3816 sayılı kararı

incelenmesinde adli yargı mercileri görevlidir. Davacı, davasını görevli mahkemede açtığından işin esasının incelenip sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

görüşündedir.

B. Sözleşme Türleri

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 6. maddesinde de hüküm altına alındığı üzere, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda yapım işlerinde düzenlenecek olan sözleşmeler;

- 1) Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,
- 2) Birim fiyat sözleşme,
- 3) Karma sözleşme,
- 4) Münferit sözleşmedir.

1. Anahtar teslimi götürü bedel sözleşme

Yapım işlerinde, ihale dokümanında yer alan uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için istekli tarafından teklif edilen toplam bedel üzerinden imzalanan sözleşmedir.

Yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde, yüklenicinin teklif ettiği toplam bedel esas alınır.

Anahtar teslimi götürü bedel sözleşmede, İhale dokümanını oluşturan belgeler ve aralarındaki öncelik sıralaması;

- 1)Yapım İşleri Genel Şartnamesi
- 2) İdari Şartname,
- 3) Sözleşme Tasarısı,
- 4) Uygulama Projesi,
- 5) Mahal Listesi,
- 6) Özel Teknik Şartname,
- 7) Genel Teknik Şartname,
- 8) Açıklamalar (varsa),
- 9) Diğer Ekler.

Şeklindedir.

Varsa, zeyilnameler ait oldukları dokümanın öncelik sırasına sahiptir.

Az yukarıda sözü edilen uygulama projesi, belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi yapım işlerinin ihalelerinin anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilebilmesi ve idare ile istekli arasında anahtar teslimi götürü bedel sözleşme imzalanabilmesi için yapım işlerinin uygulama projesinin bulunması zorunludur. Uygulama projesi olmadan yapım işlerinin anahtar teslimi götürü bedel teklif almak suretiyle ihale edilmesi ve idare ile istekli arasında anahtar teslimi götürü bedel sözleşme imzalanması mümkün değildir.

2. Birim fiyat sözleşme

İhale dokümanında yer alan ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine dayalı olarak, idarece hazırlanmış birim fiyat cetvelinde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için yüklenici tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan tutarların toplamı üzerinden imzalanan sözleşmedir.

Yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde, birim fiyat teklif cetvelinde yüklenicinin teklif ettiği ve sözleşme bedelinin tespitinde kullanılan birim fiyatlar ile varsa sonradan tespit edilen yeni birim fiyatlar esas alınır.

Birim fiyat sözleşmede, ihale dokümanını oluşturan belgeler ve aralarındaki öncelik sıralaması;

- 1) Yapım İşleri Genel Şartnamesi,
- 2) İdari Şartname,
- 3) Sözleşme Tasarısı,
- 4) Birim Fiyat Tarifleri,
- 5) Mahal Listesi,
- 6) Özel Teknik Şartname,
- 7) Genel Teknik Şartname,
- 8) Ön / Kesin Projeler,

9) Açıklamalar (varsa),

10) Diğer Ekler,

Şeklindedir.

Varsa, zeyilnameler ait oldukları dokümanın öncelik sırasına sahiptir.

Az yukarıda sözü edilen ön proje; belli bir yapının kesin ihtiyaç programına göre; gerekli arazi ve zemin araştırmaları yapılmadan, bilgilerin halihazır haritalardan alındığı, çevresel etki değerlendirme ve fizibilite raporları dahil elde edilen verilere dayanılarak hazırlanan plân, kesit, görünüş ve profillerin belirtildiği bir veya birkaç çözümü içeren projedir.

Kesin proje ise; belli bir yapının onaylanmış ön projesine göre; mümkün olan arazi ve zemin araştırmaları yapılmış olan, yapı elemanlarının ölçülendirilip boyutlandırıldığı, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özelliklerinin belirtildiği projedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olan yapım işlerinde;

İhale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir.

Doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden,

Her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir.

3. Karma Sözleşme

İhale dokümanında yer alan ön ve/veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine dayalı olarak, idarece hazırlanmış birim fiyat teklif cetvelinde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için yüklenici tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan tutarların

toplamı olan bedel ile ihale dokümanında yer alan uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin anahtar teslim götürü bedel kısmı için yüklenici tarafından teklif edilen bedel toplamı üzerinden imzalanan sözleşmedir.

Karma sözleşmelerde, yapılan işlerin bedellerinin ödenmesinde;

Birim fiyat teklif alınan iş kısımları için, birim fiyat teklif cetvelinde yüklenicinin teklif ettiği ve sözleşme bedelinin tespitinde kullanılan birim fiyatlar ile varsa sonradan tespit edilen yeni birim fiyatlar,

İşin anahtar teslim götürü bedel üzerinden teklif alınan kısımları için ise yüklenicinin teklif ettiği toplam bedel esas alınır.

Karma sözleşmelerde;

İşin, birim fiyat teklif alınan kısımları için ihale dokümanını oluşturan belgeler ve aralarındaki öncelik sıralaması;

- 1) Yapım İşleri Genel Şartnamesi,
 - 2) İdari Şartname,
 - 3) Sözleşme Tasarısı,
 - 4) Birim Fiyat Tarifleri,
 - 5) Mahal Listesi,
 - 6) Özel Teknik Şartname,
 - 7) Genel Teknik Şartname,
 - 8) Ön / Kesin Projeler,
 - 9) Açıklamalar (varsa),
 - 10) Diğer Ekler,
- Şeklindedir.

İşin, anahtar teslim götürü bedel teklif alınan kısımları için ihale dokümanını oluşturan belgeler ve aralarındaki öncelik sıralaması;

- 1- Yapım İşleri Genel Şartnamesi,
- 2- İdari Şartname,
- 3- Sözleşme Tasarısı,
- 4-Uygulama Projesi,
- 5- Mahal Listesi,
- 6- Özel Teknik Şartname,
- 7- Genel Teknik Şartname,

8- Açıklamalar (varsa),

Varsa, zeyilnameler ait oldukları dokümanın öncelik sırasına sahiptir.

4. Münferit Sözleşme

Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmedir.

C. Sözleşme Metninde Bulunması Gereken Zorunlu Unsurlar

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, bu sözleşmelerde aşağıdaki hususların belirtilmesi zorunlu olup, bunlar;

- a) İşin adı, niteliği, türü ve miktarı, hizmetlerde iş tanımı.
- b) İdarenin adı ve adresi.
- c) Yüklenicinin adı veya ticaret unvanı, tebligata esas adresi.
- d) Varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları.
- e) Sözleşmenin bedeli, türü ve süresi.
- f) Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı.
- g) Sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği.
- h) Ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dâhil olacağı.
- i) Vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği.
- j) Montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar.
- k) Kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar.
- l) Garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar.
- m) İşin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları.
- n) Gecikme halinde alınacak cezalar.
- o) Mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler.
- p) Denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar.
- r) Yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar.
- s) Sözleşmede değişiklik yapılma şartları.

- t) Sözleşmenin feshine ilişkin şartlar.
- u) Yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları.
- v) İhale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu.
- y) **Anlaşmazlıkların çözümü'dür.**

II. Kamu Tüzel Kişilerinin Tahkim Yolunu Seçmeleri

Kural olarak kamu tüzel kişileri (devlet, mahalli idareler ve kamu kurumları) tahkim yoluna gidemezler. Buna kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurma yasağı ilkesi (principe interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage)" denir⁴. Bu genel bir idare hukuku kuralıdır. Ancak; Anayasada aksini öngören açık bir hüküm bulunmadıkça bu kurala kanunla istisna getirilebilir⁵.

İdare Hukuku alanına giren konularda *idari uyuşmazlıkların* tahkim yoluyla çözülebileceğine işaret eden bir düzenleme yakın geçmişe kadar bulunmadığından, tahkim yoluna başvurulamamıştır⁶.

Özel hukuk alanına gelince, konumuz açısından özellikle incelenen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında akdedilen sözleşmelerden doğan ihtilaflarda tahkim yolunun seçilmesi hususu ayrı bir özellik arz etmektedir.

Hukukumuzda Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tahkim yoluna gitmesini açıkça yasaklayan bir hüküm bulunmaması nedeniyle, kamu kuruluşlarının 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine veya kendi ihale mevzuatlarına göre gerçekleştirdikleri sözleşmelerde tahkim şartına yer verdikleri görülmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu

⁴ Gözler, K.: İdare Hukuku, Bursa, 2009, C. II, s. 240.

⁵ Gözler, K.: age. s. 240.

⁶ "Yürütme ve idare Kanunilik ilkesi gereğince, Anayasa ve kanunlarda öngörülmemeyen hiçbir konuda kendiliğinden herhangi bir işlem ve eylemde bulunamayacağı gibi, kamusal etkinlikler de ancak yasal ve yönetsel düzenlemelerle belirlenmiş olan durum ve koşullarda, yetkili kılınmış organ, makam veya görevli tarafından, yine belirli şekil ve usullere uyulmak suretiyle yürütülebilir." Bkz. Duran, L.: "Yap-İşlet-Devret, AÜSBFD., C. XLVI, Ocak-Haziran 1991, S. 1-2, s.150-151.

İhale Sözleşmeleri Kanunu uyarınca yapılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁷.

Genel olarak 1999 Anayasa değişikliğinden⁸ önce, idari sözleşmelerde bulunan tahkim şartlarının, sözleşmenin yürürlüğe girmesi zorunlu ve kanunen bağlayıcı olan Danıştay idari incelemesi sonucu iptal edilerek uygulanamadıkları görülmektedir. Örneğin Danıştay Birinci Dairesi⁹, Gebze Dilovası Kombine Çevrim Doğalgaz Santralinin kurulması, işletilmesi ve üretilen elektrik enerjisinin Türkiye Elektrik Üretim İletim Anonim Şirketine satışı imtiyazının Ova Elektrik Anonim Şirketine verilmesi hakkındaki imtiyaz sözleşmesi tasarısını inceleyen kararında, "...sözleşmenin 27. maddesinde öngörülen 'uzlaşma komisyonu' ve onun kararlarına karşı itiraz halinde başvurulacak 'tahkim yolu' 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1/son fıkrası ve 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 1/c bendi uyarınca 'imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması nedeniyle" tasarının 27. maddesinde öngörülmüş bulunan bir özel hukuk kurumu olan tahkim ve tahkim öncesi ilgili düzenlemelerin metinden çıkartılmasına karar verildiği görülmektedir.

Yukarıdaki genel ilkenin yanında, Anayasanın 90. maddesi gereği, 1999 Anayasa değişikliğinden önce de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklı bazı uyuşmazlıklarda tahkime başvurulması mümkün kılınmıştır.

T.C. Anayasasının 90. maddesine göre : "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletler arası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması; Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Türk Kanunlarında değişiklik getiren her türlü anlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır" "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaz."

⁷ Tan, T.: İdare Hukuku ve Tahkim, Amme İdaresi Dergisi (A+D.), C. 32, S. 3, Eylül 1999, s. 9.

⁸ 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla yapılan değişiklik için bkz. 14.08.1999 tarih ve 23786 sayılı RG.

⁹ Danıştay 1. Daire Başkanlığının 10.04.1996 tarih ve E.1995/178, K.1996/78 sayılı kararı.

Sözü edildiği gibi, Türk Kamu Tüzel Kişileri'nin akdedecekleri milletlerarası sözleşmelerde milletlerarası tahkim maddesine yer verilebilecektir¹⁰.

Özetle, ülkemizde İdare Hukuku alanına giren konularda Anayasa değişikliğinden önce tahkim tamamen yasaktı demek de bizi yanılgıya düşürebilir¹¹. Süreç içinde, esasen idare Hukukunun alanında yer almalarına rağmen Anayasa değişikliği öncesinde tahkim yoluna gidilmesinin örnekleri vardır.

- 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi şeklinde nitelendirilerek, sözleşmenin tarafı olan kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurabilmeleriyle aslında Anayasa değişikliğinden önce de böyle bir yolun mevcut olduğu görülmektedir¹².

- Yine, 3096 sayılı “Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, 3465 sayılı “Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişime Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun”, 3996 sayılı “Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun” ve 4046 sayılı “Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” gibi yasal düzenlemelerle de Anayasa değişikliğinden önce tahkime gidilmesi mümkündür¹³.

III. İÇ HUKUKUMUZDA YAPILAN DÜZENLEMELER

A. Anayasa Değişiklikleri

1. 1982 Anayasasının 125. Maddesine İlişkin Değişiklik

¹⁰ Yeşin, E.: Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, Ankara, 1996, s. 440.

¹¹ Keskin, B.: Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü, Ankara, 2006, s. 166.

¹² Tan, T.: İdare Hukuku ve Tahkim, Amme İdaresi Dergisi (A+D.), C.32, S.3, Eylül 1999, s.9.

¹³ Polatkan, V.: Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara 2000, s. 563.

1982 Anayasası'nın 125. maddesi, idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yoluna başvurulması ve idari işlem ve eylemlerin yargı denetimine tâbi olmasını düzenlemektedir. Maddenin değişiklikten önceki şekli;

“İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır...” şeklindeydi.

Yani Anayasa değişikliğinden önce 125. maddede, uluslararası tahkime ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Uygulama ise ulusal tahkime ilişkin MÖHUK hükümleri ile uluslararası alanda imzalanan sözleşme ve ikili anlaşma hükümleri doğrultusunda yürütülmekteydi.

Globalleşen dünyada uluslararası ticari ilişkilerin yoğunlaşması neticesinde dış etkilerin giderek gücünü arttırmasıyla beraber; zaten var olan uygulamanın Anayasal temele kavuşturulmasını teminen Anayasa değişiklik paketi hazırlanmıştır. Bu paketin en önemli maddesi de 1982 Anayasasının 125. maddesine yapılan ilavedir. Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifinin tahkim ile doğrudan ilgili olan tek maddesi Anayasa'nın 125. maddesine bir ek cümle eklenmesini öngören 2. maddesidir. 4446 sayılı Kanunun 2. maddesiyle¹⁴ Anayasasının 125. maddesine imtiyaz sözleşmelerinde uluslararası tahkime olanak tanıyan hüküm Anayasa'da yer almıştır. Kanun Teklifinin ilk şekli şu şekildedir:

"Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir."

¹⁴ “Kanunun 2. maddesi ile Anayasa'nın 125. maddesine eklenen hükümlerle kamu hizmetleri ile imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan ihtilafların tahkim yoluyla çözümü kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi Kanun, sırf kamu hizmeti imtiyaz, şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda da tahkime gidebilme imkânını sağlamak üzere çıkarılmıştır.” Bkz. Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s. 218-219. “Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, Milletlerarası Tahkim Kararlarının (yabancı bir ülkede toplanarak o ülkenin milletlerarası tahkime uyguladığı usul kurallarının otoritesi altında bir hakem veya hakem kurulu tarafından verilen hakem kararı) geçerlilik ve bağlayıcılığı, -yabancı unsur taşıyan kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak –Türk Anayasal Düzeni tarafından kabul edilmiştir.” Bkz. Birsnel, M.T.: Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları, Prof. Dr. İrfan Baştuğ’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (DEÜHFD.), Cilt:7, Özel Sayı 2005, İzmir, 2005, s. 25

Teklifinin Genel Kurul'da görüşülmesi esnasında verilen ve kabul edilen bir önergeyle kanun teklifi; "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." halini almıştır.

Önergenin nedeni, değişiklik teklifinin ilk halinin hiçbir yabancı unsur taşımayan, hiçbir yabancıyı ilgilendirmeyen, taraflarından birinin Türk Devleti olduğu bütünüyle milli bir uyuşmazlığı uluslararası alanda yabancı hukuk kurallarına göre yabancı hakemler vasıtasıyla çözümlenmesini "milli egemenlik" kavramı ile bağdaşmayacağına ilişkin tereddütleri gidermektir. Önergede ve daha sonra Kanunlaşan metinde "yabancılık unsurunun" ne olduğuna ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Fakat yabancılık unsurunun ne olduğu ve hangi durumlarda uluslararası nitelik kazanacağı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda belirlenmiştir¹⁵.

2. 1982 Anayasasının 155. Maddesine İlişkin Değişiklik

Danıştay'a ilişkin 1982 Anayasası'nın 155. maddesindeki değişiklikle kamu hizmeti imtiyazı niteliği taşıyan sözleşmelerde uluslararası tahkim yolu dolaylı da olsa açılmıştır.

¹⁵ MTK'nun MTK'nun "Yabancılık Unsuru" başlıklı 2. Maddesinde : "Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

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

21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır." şeklinde hükme yer verilmiştir

Danıştay Anayasa tarafından kendisine verilen imtiyaz sözleşmelerini inceleme yetkisini kullanırken, tahkim kaydını içeren sözleşmelerden bu kaydı, "...sözleşmenin 27. maddesinde öngörülen 'uzlaşma komisyonu' ve onun kararlarına karşı itiraz halinde başvurulacak 'tahkim yolu' 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinin 1/son fıkrası ve 2577 sayılı İYUK'un 2. maddesinin 1/c bendi uyarınca 'imtiyaz sözleşmelerinden dolayı taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi görev ve yetkisinin idari yargıya ait bulunması" gerekçesi ile çıkarmıştır. Bu durum da imtiyaz sözleşmesi ile yabancı yatırımcılar tarafından yapılan yatırımların ya hiç gerçekleşmemesi ya da çok fazla gecikmesi sonucunu doğurmuştur. Karşılaşılan bu sorunun aşılabilmesi amacıyla Anayasa'nın Danıştay'a ilişkin 155. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir.

1982 Anayasasının 155. maddesi Danıştay'ı düzenleyen hükmü içermekte olup; maddedeki değişiklik 47. maddede yapılan değişikliğe bağlı olarak gerçekleştirilmiştir. Anayasa'nın 47. maddesine konulan hüküm ile Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerini özel hukuk hükümleri uygulanacağı hususunun kanunla belirlenebilmesine olanak verilmiştir. Böylece, kanunla belirlenecek olan ve özel hukuk sözleşmesi niteliğindeki yatırım ve kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmeler idari yargı alanından, dolayısıyla da Danıştay incelemesinden çıkarılmıştır.

Anayasa'nın 155. maddesinin değiştirilmeden önceki ikinci fıkrası; "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek, idari uyuşmazlıkları çözümlmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." şeklindedir.

İdare Hukuku rejimimizde idari yargı-adli yargı ayırımına paralel olarak bir tarafını Devletin oluşturduğu sözleşmelerde, idari yargı ilkelerine uygun olarak diğer tarafa karşı, tek taraflı emretme gibi bir üstünlüğü söz konusudur. Diğer bir ifadeyle idare hukuku alanında devletin imzalamış olduğu sözleşmelerde taraflar arasında "eşitlik" söz konusu değildir. Devlet ile yatırımcı arasında imzalanan sözleşmenin, o sözleşmeden kaynaklanan sorunların çözümü için başvurulacak mercii de belirlenmektedir. Devletin kamu hukuku tüzel kişisi olarak taraf olduğu

sözleşmelerde, Devletin taraf olduğu kamu hizmeti niteliğindeki imtiyaz sözleşmelerinin idari yargı kapsamına girdiği açıktır. 1999 yılına kadar imtiyaz sözleşmelerinin, idari yargı alanından çıkararak özel hukuk sözleşmesi niteliğine büründürme sorunu¹⁶, yasal düzenlemelerle aşılmaya çalışılmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 1994'teki iptal kararı ile bu tür sözleşmelerin kamu hukuku sözleşmeleri olarak değerlendirilmesine ve Danıştay tarafından incelenmesine devam edilmiştir. Kanuni düzenlemelerin iptal edilmesi, sorunun hükümet tarafından Anayasa düzeyinde çözümüne yönlendirmiştir. Anayasa değişiklik paketi içinde Danıştay'a ilişkin maddenin de yer alması hususu tartışılmıştır. Örneğin, 125. maddede yapılan değişiklik ile uluslararası tahkim hususunun anayasal bir zemine oturtulduğu, bu nedenle Danıştay'ın tahkim kaydını içeren imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini geçersiz sayması imkânının ortadan kaldırıldığı, dolayısıyla da 155. maddedeki değişikliğin gereksiz oluşu ve diğer değişikliklerle çelişki yarattığı öne sürülmüştür. Şöyle ki, "idari yargının kurulma nedeni, öncelikli olarak vatandaşı, vatandaşın haklarını korumaktır. İmtiyaz sözleşmelerinin Danıştay denetiminden çıkarılması, hizmetten yararlanan veya uygulama alanı ile mağdur olan her vatandaşın, hizmetle ilgili sözleşmelerin iptali için dava açma hakkının da ortadan kaldırılması demektir. Özel hukukta ise, dava açabilmek için 'hakkın ihlal edilmesi' gerekir ve bu durumda sadece "tazminat davası" açılabilir. Böyle bir süreçte ise, kamu yararı ile birey haklarının korunması tartışmalı hale gelecektir¹⁷."

4446 sayılı Kanunun 3. maddesiyle teklif edilen değişiklikle, 155. maddenin ikinci fıkrasının; "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları ve kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." şeklinde yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür. Getirilen değişiklik teklifi ile maddeye kamu hizmeti kavramı eklenerek Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve

¹⁶ Uluslararası rekabete dayanıklı ve rekabetin mümkün olduğu bir ekonomi oluşturmaya çalışırken, devletin egemenlik masuniyetinden sıyrılarak, sözleşme akdettiği taraf ile eşit hak ve yükümlülükler sahip olması neticesinde, özellikle yabancı yatırımların Türkiye'ye yönelmesi teşvik etmek yönünde çaba sarfedildiği ifade edilmelidir.

¹⁷ Hacaloğlu, A.: Uluslararası Tahkim ile ilgili Olarak Anayasanın 47., 125. ve 155. Maddelerinde Değişiklik Öngören Yasa Tasarısı Hakkında Bilgilendirme ve Tartışma Notu, 25 Temmuz 1999, s. 4.

sözleşmelerini incelemek görevi, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeler hakkında düşüncelerini bildirmek olarak değiştirilmiştir.

Teklif, Anayasa Komisyonu tarafından aynen kabul edilmiştir. Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilen teklifin ilk halinde, Danıştay'a verilen "düşüncesini bildirme" görevine ilişkin herhangi bir süre sınırı konulmamıştır. Ancak değişiklik teklifinin TBMM Genel Kurulu'nda görüşmeleri devam ederken verilen ve kabul edilen bir önergeyle iki aylık süre sınırı getirilmiştir.

Böylece, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin değişiklik teklifi; "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." olarak son halini almıştır.

Anayasa'nın 155. maddesinin değiştirilmesine paralel olarak, daha sonra 4492 sayılı "Danıştay Kanunu ve idari Yargılama Usulü Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"¹⁸ ile hem Danıştay Kanunu hem de idari Yargılama Usulü Kanununda, Anayasa değişikliğine uygun gerekli değişiklikler yapılmıştır.

B. Kanunlardaki Düzenlemeler

1. 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Yeni Usul Kanunu)

18.06.1927 tarihli ve 1068 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu"¹⁹ tahkimi düzenlemektedir. HUMK'un 516-536 maddelerinde tahkim kavramı düzenlenmektedir. HUMK'da tahkime elverişlilik, tahkim usulü, hakem kararının verilmesi, hakem kararlarının temyizi, hakemlerin seçimi gibi konular düzenlenmiştir. HUMK'da düzenlenen tahkim, iç (mahalli, *domestic*) tahkimdir. HUMK'un yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen 537-545. maddeleri, MÖHUK'un 46. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan başka, Milletlerarası

¹⁸ 21.12.1999 tarih ve 23913 sayılı RG.

¹⁹ 02.07.1927 tarih ve 622-623 sayılı RG.

Tahkim Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca, "bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz". Ancak, tahkim usulüne Türk Hukuku Uygulanan durumlarda, Milletlerarası Tahkim Kanununda boşluk bulunan durumlarda, HUMK hükümleri uygulama alanı bulabilir²⁰.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²¹nun 407-444 maddeleri de tahkimi düzenlemektedir. HMK'un "Uygulama Alanı" başlıklı 407. maddesinde : "Bu Kısımda yer alan hükümler, 21.06.2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılik unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır." hükmünü içerdiği görülmektedir.

2. 4051 Sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun

21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun"²² 4501 sayılı Kanun, imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim müessesesinin taraflarca kararlaştırıldığı durumlar için genel çerçeveyi belirleyen ana ilkeleri belirlemektedir. Bu ilkelere göre, taraflar, sözleşmeye koydukları bir tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi ile tahkim yoluna gitmeyi kabul edebilirler (md. 4/1).

İlgili Kanun'un 3. maddesinde "Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözümü" düzenlenmiştir.

Buna göre yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde bunlardan doğan uyuşmazlıkların;

-Türkiye'de toplanarak Türk Hukuku'na ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya,

²⁰ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 43

²¹ 04.02.2011 tarih ve sayılı 27836 sayılı RG.

²² 22.01.2000 tarih ve 23941 sayılı RG.

-Yabancı bir ülkede toplanarak Türk Hukuku'na ya da yabancı hukuka göre karar verecek hakem veya hakem kurulunda,

-Kendi tahkim usulü bulunan milletlerarası tahkim kuruluşunda, çözülmesi kabul edilebilir²³.

3. 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu

4686 sayılı ve 21 Haziran 2001 tarihli "Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK)"²⁴, esas itibariyle, milletlerarası tahkimin usul ve esaslarını düzenlemek üzere çıkarılmış olup (m.1/I) yedi bölümden meydana gelmektedir. İlk bölümde Kanunun amacı ve kapsamı ile tahkimde görevli ve yetkili mahkemeler, ikinci bölümde tahkim anlaşması, üçüncü bölümde hakemler, dördüncü bölümde yargılama usulü, beşinci bölümde hakem kararlarına karşı kanun yolu ve kararların icrası, altıncı bölümde tahkim giderleri ve son bölümde de kanunun yürürlüğü ve bu kanunla yürürlükten kaldırılan hükümler düzenlenmiştir²⁵.

Yabancı hakem kararları ile ilgili olarak MÖHUK ve New York Sözleşmesi'nde hükümler bulunmakla birlikte, bu düzenlemeler yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve Tenfizi ile ilgilidir. Bu sebeple, Milletlerarası Tahkim Kanunundan önce, yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye'deki bir tahkim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa (HUMK) tabi olmaktadır²⁶. Yabancılık unsuru dolayısıyla iç uyumsuzlıklardan farklı nitelikleri olan ilişkilerin, yerli hakem kararlarının tabi olduğu kurallar yerine Milletlerarası Tahkim Kanunu düzenlenerek bu Kanuna tabi olması, özellikle yabancı sermayenin Türkiye'ye bakışını olumlu etkilemektedir. Bütün bunların yanı sıra, 1999 Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya zaten girmiş olan uluslararası tahkim kurumunun işleyişine ilişkin esas ve usullerin kanunla belirlenmesi ihtiyacı karşısında, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu yürürlüğe konmuştur.

²³ Erdikler, Ş.: Yapılan Değişikliklerden Sonra Uluslararası Tahkimin Hukuki Çerçevesi, Yaklaşım Aylık Dergi, Yıl:8, Sayı:87, s. 94-97, Mart 2000, s. 96.

²⁴ 05.07.2001 tarih ve 24453 sayılı RG.

²⁵ Tanrıbilir, F. B./ Şit, B.: Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu (Milletlerarası Tahkim Müessesesi), Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl:22, Sayı:2, 2002, , s. 827.

²⁶ Turhan, T.: Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler : İç Tahkim ve Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2002, s.12-13.

4686 sayılı Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanmaktadır. Aynı şekilde, 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların uluslararası tahkim yoluyla çözülmesi hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanmaktadır. Ancak, Kanun hükümleri, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile münhasıran iki tarafın iradeleri dışındaki uyuşmazlıklara uygulanmaz. Kanunun uygulanma alanı hakkında, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşma hükümleri saklı tutulmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler dolayısıyla gidilebileceği yönündeki amir hükmü doğrultusunda 4686 sayılı Kanunun 2. maddesi ile yabancılık unsurunun muhtevası belirlenmiştir. Böylece, ilk defa "yabancılık unsurundan" ne anlaşılması gerektiği Türk hukukunda bir kanun hükmü ile tarif edilmiş olmaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinde, yabancılık unsurunun bulunması durumunda tahkimin "milletlerarası nitelik" kazanacağı ifade edilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken, yeni yasa uyarınca bir tahkimin milletlerarası nitelikli olup olmadığının tespitinde, tahkim ile ilgili unsurlar değil uyuşmazlığın esası ile ilgili unsurlardan hareket edilerek yabancı unsurun tespit edilmesidir. Kanunun, uyuşmazlığı yabancı unsurlu kılan ve bu durumda tahkime milletlerarası nitelik kazandırdığını belirlemiş olduğu haller şunlardır²⁷:

- Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

- Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden başka bir devlette bulunması,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması,

²⁷ Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin G.: Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2003, s. 15-27.

- Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurtdışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

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

4. 2575 Sayılı Danıştay Kanunu

4446 sayılı Kanunla Anayasanın 155. maddesinde yapılan değişiklikle Danıştay'ın görevleri yeniden düzenlenmiştir. Anayasamıza göre Danıştay'ın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki görev/yetkisi aşağıdaki gibidir: "Danıştay, davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir." İşte Anayasamızın 155. maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, 4492 sayılı Kanun²⁸ ile, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 23., 24., 42. ve 48. maddelerinde değişiklik yapılmıştır: 2575 sayılı Danıştay Kanununda yapılan bu değişikliklere bakacak olursak:

4.1. 23. Maddeye ilişkin Değişiklik

2575 sayılı Danıştay Kanununun "Danıştay'ın Görevleri" başlıklı 23. maddesinin (d) bendi değişiklikten önce su hükme havi idi:

Danıştay, "tüzük tasarılarını ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını inceler".

4492 sayılı Kanunun 1. maddesiyle Danıştay Kanununun 23. maddesinin (d) bendinde yapılan değişiklikten sonra hüküm; Danıştay, "tüzük tasarılarını inceler; kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir" şeklinde olmuştur.

²⁸ 21.12.1999 tarih ve 23913 sayılı RG.

Böylece, Anayasa değişikliğine uygun olarak Danıştay'ın imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini "inceleme" görevi ve yetkisi, "düşüncesini bildirmeye" dönüştürülmüştür.

4.2. 24. Maddeye ilişkin Değişiklik

4492 sayılı Kanunla Danıştay Kanununun "İlk Derece Mahkemesi Olarak Danıştay'da Görülecek Davalar" başlıklı 24. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendi değiştirilmiştir. Değişiklikten önce, "...imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davaları çözümler" şeklinde olan hüküm,

Değişiklikten sonra, "...tahkim yolu öngörülmeven kamu hizmetleriyle ilgili şartlaşma ve sözleşmelerden doğan idari davaları karara bağlar" şeklinde olmuştur.

Bu değişiklikle, *tahkim yolunun öngörüldüğü imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan davalar*, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalar arasından çıkarılmıştır.

4.3. 42. Maddeye ilişkin Değişiklik

2575 sayılı Kanunun "Birinci Dairenin Görevleri" başlıklı 42 nci maddesinin (c) bendinde yer alan,

"Bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işlerini inceler..." hükmü

4492 sayılı Kanunun 3. maddesiyle, "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini.." olarak değiştirilmiştir.

4492 sayılı Kanunun 3. maddesinin gerekçesinde, Danıştay Birinci Dairesi'nin görevleri arasında bulunan bayındırlık imtiyazları ile madenlerin imtiyaza bağlanması ve maden imtiyazlarının bozulması işleri, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri kapsamında olduğundan bu değişikliğin yapıldığı belirtilmektedir.

4.4. 46. Maddeye ilişkin Değişiklik

2575 sayılı Danıştay Kanununun “İdari İşler Kurulunun Görevleri” başlıklı 46. maddesinin 1. fıkrasının, Kurulun inceleyip gereğine göre karara bağlayıp düşüncesini bildireceği konulardan birini belirten 1. fıkrasının (b) bendinde değişiklikten önce yer alan, "imtiyaz verilmesine ilişkin sözleşme ve şartlaşmaları" cümlesi, "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini" olarak değiştirilmiş ve İdari İşler Kurulunun bu sözleşmeleri inceleyeceği ve karara bağlayacağı veya düşüncesini bildireceği hüküm altına alınmıştır.

4.5. 48. Maddeye ilişkin Değişiklik

2575 sayılı Danıştay Kanununun “Kanunların Tüzüklerin Görüşülmesi” Başlıklı 48. maddesi 4492 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Değişiklikten önce 48. madde hükmü; “Görevli Daire, kanun tasarı ve teklifleriyle, tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini Danıştay’a geliş tarihinden itibaren üç ay içinde sonuçlandırmak zorundadır. Kanun tasarı ve teklifleriyle, tüzük tasarıları görevli daire dışında başka bir daire veya kurulda bir daha görüşülmez” şeklindeydi.

Değişiklikten sonra 48. maddenin başlığı, "Kanun ve Tüzük Tasarıları İle Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinin Görüşülmesi" olarak,

madde hükmü de,

“Danıştay, kanun tasarı ve teklifleri ile tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.” şeklinde düzenlenmiştir.

Böylece, Danıştay’a, kanun tasarı ve teklifleri ile tüzük tasarıları üzerindeki incelemesini, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmeyi, geliş tarihinden itibaren iki ay içinde sonuçlandırma zorunluluğu getirilmiştir. Maddeyle, sözleşme konusu projelerin fazla bekletilmeden hayata geçirilmesi sağlanmak istenmiştir.

5. 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)”²⁹ New York Sözleşmesi’nin kapsamında kalan yabancı hakem kararları MÖHUK hükümleri uyarınca tenfiz edilecektir. MÖHUK’un 43. maddesinin başlığı “yabancı hakem kararlarının tenfizi” olmasına karşın, MÖHUK’da yabancı hakem karardan ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Yabancı hakem kararı, öğretide ve yargı kararlarında farklı esaslardan hareketle tanımlanmıştır³⁰.

6. 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun

4577 sayılı Kanunun 2. maddesiyle, 2576 Sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanunun³¹ idare mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi değiştirilerek,

“Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar” idare mahkemelerinin görevleri arasında sayılmıştır.

Diğer bir ifadeyle "tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları" çözme görevi, idare mahkemelerinin görev alanı dışına çıkarılmıştır.

7. 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

4492 sayılı Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu³²nda da değişiklik yapılmıştır.

²⁹ Bkz. 22.05.1982 tarihli ve 17701 sayılı RG.

³⁰ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s.297

³¹ 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı RG.

³² 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı RG.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesi idari dava türlerini ve idari yargı yetkisinin sınırlarını tespit etmektedir. Maddenin (c) bendi, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları idari yargı kapsamına almaktaydı.

4492 sayılı Kanunun 6. maddesiyle 2577 sayılı Kanunun 2. maddesinin (c) bendi değiştirilmiş ve "tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar", idari dava olarak kabul edilmiştir.

Adı geçen değişiklikle, tahkim kaydı taşıyan ve daha önce idari yargı yetkisinde bulunduğu uluslararası tahkime engel teşkil eden bu hüküm ortadan kaldırılarak, Danıştay denetimine tabi olan kamu hizmetleri ile ilgili şartlaşma ve sözleşmeler, idari yargı kapsamından çıkarılarak özel hukuk usullerine tabi kılınmıştır.

8. 3996 Sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu

3996 sayılı Yap-İşlet-Devret Kanunu³³nun imtiyaz ile ilgili maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmış ve Yüksek Mahkeme yaptığı inceleme sonucu Kanun'un "imtiyaz sayılmama" ile ilgili 5. ve 14. maddelerini iptal etmiştir. Böylece yap-işlet-devret kapsamında yapılacak anlaşmalar imtiyaz sözleşmesi kabul edilerek, idari hukuk kapsamına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yerleşmiş içtihatlarında, özel hukuk sözleşmesi akdedilerek kamu hizmeti sağlanmasının hukuka aykırı olduğu yönünde gerekçelere yer verilmiş olmasına rağmen, 3096, 3974, 3996, 4046, 4047 sayılı kanunlar uyarınca yapılmış yap-işlet- devret (YİD) niteliğindeki bazı özel hukuk sözleşmelerine yönelik olarak dava açılmaması veya davanın süresi içinde açılmaması veya tamamlanmış ve artık özel hukuk hükümleri uyarınca taraflara karşılıklı olarak hak ve borçlar yüklemiş özel hukuk sözleşmesinin, tarafların karşılıklı irade beyanları veya yargı kararıyla ortadan kaldırılmadığı sürece kamu

³³ 13.06.1994 tarih ve 21959 sayılı RG.

hizmeti rejimine tabi tutulması mümkün olmadığından, Anayasa değişikliğinden önceki hukuki durumda da geçerliliklerini sürdürmekteydiler.

Elektrik enerjisi sektöründeki, YİD modelinin işleyişinde, uygulama sözleşmeleri öncelikle imtiyaz kabul edilmiş ve üstün taraf kabul edilen idarenin yeterli gördüğü şirketlere bu işler ihalesiz olarak verilmiş; daha sonra da bu sözleşmeler özel hukuk kapsamına alınarak idare ve şirket eşit taraf haline getirilmiştir. Oysa eşitlik, rekabeti gerektirmektedir. Bu sözleşmeler özel hukuk kapsamına alınacaksa, en başından etkin bir ihale mekanizmasını düzenleyen yasal düzenlemeler yapılmalıydı.

4501 sayılı Kanunun 7. maddesiyle, 3996 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin ikinci fıkrası “Ancak, birinci fıkrada belirtilen proje ve işler ile 4.12.1984 tarihli ve 3096 sayılı Türkiye Elektrik Kurumu Dışındaki Kuruluşların Elektrik Üretimi, İletimi, Dağıtımı ve Ticareti ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanun ve 28.5.1988 tarihli ve 3465 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Dışındaki Kuruluşların Erişme Kontrollü Karayolu (Otoyol) Yapımı, Bakımı ve İşletilmesi ile Görevlendirilmesi Hakkında Kanuna tabi proje ve işlere de bu Kanunun 5. madde hükmünün uygulanmasına, görevli veya sermaye şirketinin, Kanunun yayım tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilir. Bu durumda idare ile görevli veya sermaye şirketi arasında yapılmış olan sözleşme, uluslararası finansman temini kriterleri ve idarenin yürürlükteki benzer uygulama sözleşmeleri de dikkate alınarak, özel hukuk hükümlerine göre, Bakanlar Kurulu kararının yayımından itibaren üç ay içinde yeniden düzenlenir. Bu süre, tarafların mutabakatı ile en çok üç ay daha uzatılabilir.” şeklinde değiştirilmiş; ancak 4686 sayılı Kanunun 17’nci maddesi ile bu hüküm kaldırılmıştır.

Buna rağmen 4501 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi uyarınca, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerine göre başlatılmış projeler ve işler, tabi oldukları usul ve esaslara göre sonuçlandırılacak; ancak, kesinleşmiş mahkeme kararı ile iptal edilenler hariç, belirtilen proje ve işlere de bu Kanun hükümlerinin uygulanmasına, görevli şirketin

bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde başvurusu ve ilgili idarenin müracaatı üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilecektir.

9. 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu³⁴, “doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemek” amacıyla (m.1) çıkarılmıştır.

4875 sayılı Kanunun 3/e maddesinde, yabancı sermaye yatırımlarına uygulanacak esaslar içerisinde uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümüne de yer vermiştir. Madde hükmüne göre, "özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir."

4875 sayılı Kanunun 3/a maddesine göre de, “Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe;

1- Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir.

2- Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler.” Görüldüğü gibi, 4875 sayılı Kanunla yabancı yatırımcının Türkiye’de yatırım yapmasının önü açılmış, bu yatırımları güvence altına almak için de özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden ve idare ile yabancı yatırımcı arasında yapılan kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının

³⁴ 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı RG.

çözümü için ulusal mahkemelerin yanı sıra, milli veya milletlerarası tahkime de başvurabilmeleri imkânı getirilmiştir.

10. 4586 Sayılı Petrolün Boru Hatları ile Geçişine Dair Kanun

4586 sayılı Petrolün Boru Hatları İle Geçişine Dair Kanun³⁵, “Petrolün boru hatları ile transit geçişine ilişkin usul ve esasları belirlemek ve her bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanmasını sağlamak” amacıyla çıkarılmıştır (m.1) Kanununun 12. maddesinde, “bu Kanun kapsamındaki hususlarla ilgili olarak milletlerarası anlaşmalarda yer alan konularda; 2644 sayılı Tapu Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu ve 6831 sayılı Orman Kanunu ile diğer kanunların tahdidi ve takyidi hüküm getiren ilgili maddeleri uygulanmaz.” denilerek yatırıma öncelik verilmiştir.

Kanunun “İhtilafların Çözümü” başlıklı 13. maddesinde de, “Transit petrol boru hatları projeleri ile ilgili olarak, Devlet mercileri ile yatırımcılar arasında çıkabilecek ihtilaflar, ilgili proje anlaşmaları hükümlerine göre, ilgili proje anlaşmasında başka bir hüküm bulunmuyor ise Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda yer alan çözüm usulleri vasıtasıyla ve/veya milletlerarası tahkim usullerine göre çözümlenir.” hükmü getirilmiştir. 13. madde hükmüne göre, bir transit petrol boru hattı projesi ile ilgili olarak ilgili milletlerarası anlaşmalar ile kamu kurum veya kuruluşlarının yatırımcıyla imzaladıkları her bir anlaşmayı ifade eden proje anlaşmalarında uyuşmazlıkların çözümüne dair herhangi bir hüküm bulunmaması halinde, uyuşmazlık Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarda öngörülmuş olan çözüm usulleri ya da uluslararası tahkim usullerinden biri veya her iki usul birden kullanılarak çözülebilecektir. Yine, 4586 sayılı Kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükme göre, “Transit petrol boru hattı projeleri ile ilgili hizmet satın alımları, proje takip, **tahkim**, mahkeme, sigorta, tazminat ve proje ile ilgili sorumluluk ve taahhütlerden doğan veya diğer tüm giderler, her yıl bütçe kanununa konulacak ödenekten karşılanır.” şeklinde hükme yer verilmiştir.

³⁵ Bkz. 23.06.2000 tarihli ve 24094 sayılı RG.

11. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu³⁶ 4 Ocak 2002 tarihinde kabul edilmiş ve 01.01.2003 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Uluslararası tahkim nedeniyle yapılan avukatlık hizmetleri alımının tabi olacağı ihale usulü Kamu İhale Kanununun ilk halinde belirlenmemiştir.

Bu nedenle, uluslararası tahkim davalarında, kamu kurumlarını temsilen iddia ve savunma amacıyla temin edilen avukatlık hizmetlerinin, Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olup olmayacağı konusunda hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır.

Uygulamada yaşanan bu sıkıntıyı gidermek amacıyla yeni bir düzenleme yapılmaya kadar, bir yıllık süreyle geçerli olacak olan 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununa bir hüküm eklenerek düzenlemelerdeki boşluk giderilmeye çalışılmıştır. 4964 sayılı Kanunun 15. maddesi ile de 4734 sayılı Kanunun 22. maddesine yeni bir hüküm eklenerek uluslararası tahkim davalarına ilişkin avukatlık hizmeti alımlarının tabi olacağı ihale usulü belirlenmiştir.

22. maddeye eklenen (g) bendi ile, “milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idareleri temsil ve savunmak üzere Türk veya yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından yapılacak hizmet alımlarının”, doğrudan temin yöntemiyle yapılabileceği öngörülmüştür.

Yine 4734 sayılı Kanunun 22. maddesinin giriş bölümünde, doğrudan temin yönteminde açık ihale usulünde olduğu gibi ilan yapılmasına ve teminat alınmasına gerek bulunmadığı hususuna değinilmiştir.

Öte yandan;

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 53. maddesine dayalı olarak çıkarılan Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alım İhaleleri

³⁶ 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı RG.

Uygulama Yönetmelikleri³⁷, Kanun kapsamındaki idarelerin gerçekleştirecekleri mal alımı, hizmet alımı, yapım işleri ve danışmanlık hizmet alımı ihalelerinde uygulayacakları esas ve usulleri düzenlemektedir.

Bu dört ayrı yönetmeliğin de eklerinde, 4734 sayılı Kanunda belirlenen ihale usulleri ile yapılacak alımlarda, idarelerin her bir ihale usulü için kullanacakları Tip İdari Şartnameler ve Tip Sözleşmeler yer almaktadır.

İdari Şartname ve Tip Sözleşmede, anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin uygulanacak maddeler standarttır. Bu standart hükme göre, "sözleşmelerin uygulanmasından doğacak ihtilaflarda işin sözleşmesinde yer alan bu konuya ilişkin hükümler uygulanacaktır." denilerek, taraflar arasındaki sözleşmelere atıfta bulunmaktadır. Tip sözleşmelerde de, anlaşmazlıkların çözümü hem bir madde başlığı altında düzenlenmiş; hem de çözüm yöntemine ilişkin ayrıntılı hüküm dipnota konulmuştur.

Dipnotlar incelendiğinde,

İhaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilen, sözleşme uygulamaları ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre yürütülen mal, hizmet ve yapım işlerine yönelik alımların gerçekleştirildiği, yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan ihalelerin, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme (Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme/Birim Fiyat Sözleşme/Karma Sözleşme'nin "Anlaşmazlıkların Çözümü" başlıklı 32. Maddesinde, Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme (Birim Fiyat / Götürü Bedel Mal Alımı Tip Sözleşmesi)'nin "Anlaşmaların Çözümü" başlıklı 42. Maddesinde ve Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme (Birim Fiyat/Götürü Bedel Hizmet Alımı Sözleşmesi)'nin 37. Maddesinde;

Sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak milletlerarası tahkim öngörülmesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin varlığında sözleşme maddelerinin;

³⁷ 11.09.2003 tarih ve 25226 sayılı RG.

“... Tahkim yeri, (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır).....’dır. Yetkili Mahkeme³⁸ (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır)..... Asliye Hukuk Mahkemesi³⁹dir.....” şeklinde düzenlemesi gerektiği,

Belirtilmiştir.

12. 4833 Sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanunu

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, yukarıda da değinildiği üzere, ilk halinde, uluslararası tahkim nedeniyle yapılan avukatlık hizmetleri alımının tabi olacağı ihale usulü belirlenmemiştir

Bu nedenle, uluslararası tahkim davalarında, kamu kurumlarını temsilen iddia ve savunma amacıyla temin edilen avukatlık hizmetlerinin, Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olup olmayacağı konusunda hukuki bir boşluk ortaya çıkmıştır. Bu hukukî boşluğu giderebilmek amacıyla, 4833 sayılı 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununa⁴⁰ bir hüküm eklenmiştir.

2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun "Milletlerarası Tahkime İlişkin Uyuşmazlıklarda Hizmet Satın Alınması" başlıklı 49. maddesinde; "Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin tarafı olduğu milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülen uyuşmazlıklarla ilgili davalarda, bu daireleri temsil ve savunmak üzere Türk ve yabancı uyruklu avukatlardan ya da avukatlık ortaklıklarından 2003 yılında gerçekleştirilecek avukatlık hizmeti alımlarında; 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kanunun 21. maddesinin (b) bendi hükmüne göre

³⁸ Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlendiği durumlarda mahkemeye başvurulmasının söz konusu olabileceği yani tahkime ilişkin ihtilafların çözüleceği hususlar için hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu hususu MTK'nın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un anılan maddesinde; “Bu kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde davalının yerleşim yeri ve olağan oturma yeri ya da iş yerinin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.” denilmektedir.

³⁹ MTK. m.15’e göre de, iptal davasında görevli mahkeme, Asliye Hukuk Mahkemesidir. Kanunda her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemesi denmekteyse de iş bölümü açısından Asliye Ticaret Mahkemesi bulunan yerlerde, görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir. Bir yerde birden fazla aynı çeşit bulunması halinde bunlar arasındaki ilişkiye işbölümü ilişkisi denir. Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasındaki ilişki kanuna dayanmaktadır.(Bkz. TTK. m.5)

⁴⁰ Bkz. 31.03.2003 tarihli ve 25065 sayılı RG.

şartname düzenlenmeksizin ve teminat aranmaksızın pazarlık usulüne başvurulabilir." denilerek, 2003 yılı içerisinde uluslararası tahkim davaları nedeniyle yapılacak avukatlık hizmetleri alımlarının, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21. maddesinin (b) bendindeki, "ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" hükmü kapsamında değerlendirilerek, şartname ve teminat aranmaksızın pazarlık usulü ile temin edilebilmesi imkanını sağlamıştır.

Ancak, 4964 sayılı Kanunla Kamu İhale Kanununda yapılan değişiklik ile, avukatlık hizmetleri alımının artık pazarlık usulü ile değil doğrudan temin usulü ile yapılması hüküm altına alınmıştır.

4964 sayılı Kanunla getirilen hüküm 15.08.2003 tarihinden itibaren; yani 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun yürürlükte olduğu dönemde yürürlüğe girmiştir. Tarihlerin çakışması, tahkim davalarında aynı anda iki farklı hükmün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Yürürlükteki 2003 Bütçe Kanununa göre tahkim davalarında avukatlık hizmetleri "pazarlık usulüne" göre; 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra Kamu İhale Kanununa göre de "doğrudan temin" yöntemiyle yapılabilecektir. İşte bu sorun, yine 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun ilk şeklinde yer alan hükümle aşılmıştır.

4734 sayılı Kanunun 68/b maddesinde; "Diğer kanunların 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan muafiyet tanıyan hükümleri ile bu Kanuna uymayan hükümleri uygulanmaz." denildiğinden; avukatlık hizmetlerinin pazarlık usulü ile teminini öngören 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun 49. maddesi, 4964 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra zımnen kaldırılmıştır.

IV. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER

A. Moskova Sözleşmesi

Ekonomik ve Bilimsel-Teknik İşbirliği İlişkilerinde Ortaya Çıkan Medeni Hukuk Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü Hakkındaki Sözleşme (Moskova Sözleşmesi); 26 Mayıs 1972 yılında imzalanmış ve 13 Ağustos 1973 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin en belirgin özelliklerinden biri taraf olan devletlerin eski Doğu Bloğu devletleri olmasıdır. Sözleşme, 1949 yılında

Moskova'da kurulmuş olan ve ekonomik, teknik ve bilimsel yönden üye devletler arası işbirliğinin geliştirilmesi ile ekonomik entegrasyonunu öngören Karşılıklı Ekonomik Yardım Konseyi'ne (Council For Mutual Economic Assistance-COMECON/CMEA) üye sosyalist devletlerin, bu ilişkiler dolayısıyla karşılaşılabilecekleri uyuşmazlıkların çözümünde tahkim yolunu kullanmalarını sağlama amacını taşımaktadır.

Sözleşme, taraf devletler arasında ekonomik işbirliğinin geliştirilmesi sürecinde ortaya çıkabilecek sorun veya uyuşmazlıkların öncelikle uyuşmazlığa taraf devlette bulunan Ticaret Odaları bünyesindeki Tahkim Mahkemeleri tarafından çözümünü öngörmektedir. Bunun mümkün olmaması halinde uyuşmazlık çözümü için sözleşmeye taraf üçüncü bir ülke Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'ne başvurulacaktır.

Moskova Sözleşmesi, üyesi olan devletleri ve bunların ekonomik yapıları itibariyle sınırlı bir görünüm sergilemiştir. Sözleşme, siyasi yönü ağırlıkta olan bir yapı arz etmektedir. Diğer bir deyişle, sadece COMECON/CMEA üyesi ve sosyalist ekonomi politikaları uygulayan devletlerin sözleşmeye taraf olması, Moskova Sözleşmesi'ni uluslararası nitelik kazanmasını engellemiştir⁴¹.

Bu anlamda, bölgesel olmamakla birlikte uluslararası özellikleri de bulunmamaktadır. 1980'lerin sonu ve 1990'ların başından itibaren Sosyalist Doğu Bloğu'nun ve özellikle SSCB'nin dağılmasının ardından bağımsızlıklarını kazanan devletler, eski sosyalist ekonomik yapılarını terk ederek liberal ekonomiye geçmeye başlamışlardır. Bu süreçte de Doğu Bloğu'nun ortak pazarı olarak nitelendirilen COMECON/CMEA önemini yitirmiş ve devletler birer birer üyelikten çekilmişlerdir.

Konsey'in fiili olarak sona ermesi dolayısıyla devletler, Moskova Sözleşmesi'ne taraf olmaktan çıkmışlardır. Hukuki geleceği belirsiz olan Moskova Sözleşmesi'nin günümüzde uygulanma alan kalmamış ve geçerliliğini büyük ölçüde yitirmiş durumdadır

⁴¹ Erdoğan, F.,. Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara, 2004, s. 65-67

B. Washington Sözleşmesi

Devletler ve Diğler Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıkların Çözümlemesi Hakkında Washington Sözleşmesi, 18 Mart 1965 tarihinde imzaya açılmış ve 14 Ekim 1966 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, yatırım yapılan ülke ile yatırımcılar arasında bu münasebetleri sebebiyle ortaya çıkabilecek ve uluslararası çözüm yöntemlerine konu olacak uyuşmazlıkların çözümüne yönelik bir hakemlik ve arabuluculuk mekanizması oluşturmaktadır. Washington Sözleşmesi, 154 devlet tarafından imzalanmış ve 139'u tarafından onaylanmıştır⁴². Bu anlamda dünyada en çok kabul gören sözleşme niteliğini de taşımaktadır.

Sözleşme Türkiye tarafından, iki maddesine⁴³ çekince koyularak 24 Haziran 1987 tarihinde imzalanmış, TBMM tarafından 3460 sayılı Kanun⁴⁴ ile onaylanması uygun bulunmuş ve gerekli diğler işlemleri yapma hususunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmiştir. Bakanlar Kurulu 07 Ekim 1988 tarih ve 88/13325 sayılı Kararı ile Sözleşmeyi 27 Mayıs 1988 tarihinden geçerli olmak üzere onaylayarak yürürlüğe sokmuştur.

Böylece Türkiye, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde bulunması dolayısıyla Türkiye'de mevcut gayrimenkuller üzerindeki mülkiyet ve aynı hak uyuşmazlıkların ICSID'e (International Centre for Settlement of Investment Disputes - Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıkları Çözüm Merkezi) götürülemeyeceğini beyan etmiş ve diğler ülkelerle imzalamış olduğu münferit YKKT anlaşmalarında başka uyuşmazlık çözüm kurumları da öngörülmüş olduğundan uyuşmazlıkların Lahey Adalet Divanı'na götürülmesi hakkındaki sözleşme maddesine çekince koymuştur. Washington Sözleşmesi'nin en belirgin niteliği, yabancı yatırımcılar ile devletler arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne yönelik olarak bir birim kurulmasına imkân sağlamasıdır.

Bir uyuşmazlığın ICSID tahkiminde çözülebilmesi için gerek kişiler gerek konu bakımından belli şartların gerçekleşmesi zorunludur. Öncelikle, bu tahkime

⁴² ICSID'e Taraf Devletler İçin Bkz: <http://www.worldbank.org/icsid/constate/constate.htm>

⁴³ Söz konusu maddeler, Sözleşme'nin 25 inci ve 64 üncü maddeleridir.

⁴⁴ 02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı RG.

Konvansiyon tarafı ev sahibi devlet ile yine Konvansiyon tarafı diğer bir devlet vatandaşı olan yatırımcı arasında uyuşmazlık çıkması halinde başvurulabilir. Taraflar arasında çıkan hukuki uyuşmazlık, yatırımla “doğrudan” ilişkili olmalı ve ilgili devlet söz konusu uyuşmazlığın tahkimde çözülmesine onay vermelidir.⁴⁵

Söz konusu birim, Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Uluslararası Merkez (ICSID)'dir. 139 devletin bu sözleşmeyi ve dolayısıyla ICSID'ı onaylamış olmaları, kurumsal olarak tahkim mekanizmasının dünya devletleri arasında önemli oranda kabul gördüğünü ortaya koymaktadır. ICSID'in kurulmasındaki amaç, Washington Sözleşmesi hükümleri doğrultusunda arabuluculuk ve hakem hizmetleri vererek devletler ve diğer devlet vatandaşları arasındaki uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırmaktır.

Sözleşme, tahkim talebinden başlayarak nihai tahkim kararına kadar olan tüm tahkim süreç ve işlemlerini düzenlemektedir. ICSID tahkim kuralları da kapsamlı tahkim düzenlemeleri içeren sözleşme hükümleri doğrultusunda hazırlanmıştır. Sözleşmeye göre hiçbir akit devletin kendi rızası olmaksızın, herhangi bir uyuşmazlık, uzlaştırma veya tahkime götürülemez⁴⁶. Bununla birlikte tarafların kendi rızaları neticesinde, uyuşmazlıklara ilişkin ICSID bünyesinde alınan hakem kararları tarafları bağlayıcıdır. Her bir üye devlet, bu sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararın bağlayıcı olarak kabul etmek ve kararın getirdiği yükümlülükleri kendi ülkesinde yerine getirmek mecburiyetindedir. Hiçbir devlet, bu yükümlülüklerin kendi kanunları ile çeliştiğini öne sürerek kararları uygulamaktan kaçınmaz⁴⁷.

⁴⁵ Yılmaz, İ.: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004, s.31

⁴⁶ “Türkiye'nin de taraf olduğu Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Uluslararası Konvansiyon (ICSID), yatırım uyuşmazlıklarının arabuluculuk ve tahkim yoluyla çözümü için imkanlar sunmaktadır. Konvansiyona göre, Merkezin yetkisi, akit bir devletle diğer bir akit devletin vatandaşı arasındaki yatırımdan kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaktadır. Merkezin uyuşmazlığı ele alabilmesi için tarafların yazılı rızalarını Merkeze sunmaları gerekmektedir. ICSID'in 1966 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, ülkeler, yabancı yatırımcılar ile olan uyuşmazlıklarını ICSID tahkime sunmaya ilişkin rıza ve teklifleri içeren iki taraflı yatırım anlaşmaları yapmaya başlamışlardır.” Bkz. Ekşi, N: İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca Icsid Kurallarında Tahkim Deneyimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İKÜHFD.), C. 1, S. 1-2, 2002, s. 83-91.

⁴⁷ ICSID Convention, Regulations and Rules, s 2-8.

<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>

C. Panama Sözleşmesi

Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında Amerikan Devletleri Arasındaki Sözleşme (Panama Sözleşmesi); 30 Ocak 1975 yılında her ülkenin tam yetkili hükümet temsilcileri tarafından kabul edilmiş ve imzalanmıştır.

Sözleşme, 16 Temmuz 1976 tarihinde genel anlamda yürürlüğe girmiş ancak taraf devletlerin farklı tarihlerde sözleşmeyi onaylamaları sebebiyle her ülkede uygulanma tarihi de doğal olarak, farklılık göstermiştir. Sözleşmeye ilişkin sekretarya hizmetlerini, OAS Genel Sekreterliği yerine getirmektedir. Panama Sözleşmesi'nin, Amerikan Devletler Örgütü'nün (Organization of American States-OAS) bünyesinde gerçekleştirilmesi dolayısıyla sadece OAS'a üye devletler bu sözleşmeye taraf olabilmektedir. Bu bakımdan Panama Sözleşmesi, uluslararası olmaktan öteye bölgesel bir nitelik arz etmektedir. OAS üyesi olmayan devletlerin bu sözleşme hükümlerine başvurması mümkün bulunmamaktadır.

Bu anlamda sözleşme, OAS üyesi devletler veya bunların vatandaşları ile üye devletler arasındaki ticari ilişkilerden kaynaklanacak uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini amaçlamaktadır. 4 Nisan 1999 tarihinde Bolivya'nın da sözleşmeyi onaylaması ile sözleşmeye taraf olan devlet sayısı 17 olmuştur. Bu ülkelerin çoğunluğunu Güney Amerika ülkeleri oluşturmaktadır. Sözleşmenin geçerlilik süresi hakkında bir zaman sınırlaması bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle sözleşme, süresiz şekilde geçerliliğini koruyacaktır. Ancak taraf devletlerden biri, önceden Genel Sekreterliğe bildirmek suretiyle sözleşmeye taraf olmaktan çekilebilir. Bu durumda sözleşme, çekilme talebinin kaydedildiği tarihten itibaren bir yıl sonra o ülkede yürürlükten kalkar.

D. Cenevre Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu'nun katkılarıyla hazırlanan ve Cenevre Sözleşmesi olarak bilinen Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi, 1 Ocak 1964 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, 27 ülke tarafından onaylanmış durumdadır. Türkiye'de sözleşme, 21 Mayıs 1991

tarihinde 3730 sayılı Kanun⁴⁸ ile TBMM tarafından onaylaması uygun bulunmuş ve 91/2138 sayılı BKK ile onaylanmıştır.

Avrupa Anlaşması, sadece taraflar arasındaki sözleşmenin yapıldığı sırada mutat meskenleri ve muamele merkezleri değişik akit ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişi tacirler arasındaki mukaveleler ile “milletlerarası” karakterli “ticari” ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların halline ilişkin tahkimlere uygulanır. (m. I/a, b). Böylece, konu itibarıyla Anlaşma'nın uygulama alanı milletlerarası ticari akitlerden doğan ihtilaflarla sınırlandırılmıştır⁴⁹. (m. I/1-a)

Cenevre Sözleşmesi'nin genel amacı, farklı Avrupa ülkelerinden gelen özel veya tüzel kişiler arasındaki ticari ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların, Avrupa ticaretinin kalkınmasında engel oluşturmalarını önlemek ve bu suretle Avrupa ülkeleri arasındaki ticaretin gelişmesini sağlamaktır. Bu nedenle sözleşme, imzacı devletler veya vatandaşları arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların geçici hakemlik prosedürü ya da daimi tahkim kurumları vasıtasıyla çözümünü öngörmektedir. 17 Aralık 1962 tarihinde imzalanan ve 25 Ocak 1965 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesinin Uygulanması Hakkında Anlaşma ile, Cenevre Sözleşmesi'nin hakemlik müessesesinin oluşturulması yönündeki 4. maddesinde değişikliğe gidilmiştir. Ancak anılan anlaşma, sekiz devlet tarafından onaylanmış bulunmaktadır⁵⁰.

Bu çok taraflı anlaşma, milletlerarası ticari işlemlerden doğan ve muamele merkezleri değişik ülkelerde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki ihtilafların çözümü için hakemlik müessesesine müracaat edildiği takdirde, tahkimin örgütlenme ve işlemlerini düzenleyen hakemlik anlaşmaları, hakemlik prosedürü ve uygulanacak maddi hukuk hakkında hükümler içermektedir. Cenevre Sözleşmesi, New York Sözleşmesi'ni tamamlayan bir yardımcı kaynak niteliğindedir. Cenevre Sözleşmesi hükümleri, sözleşmeye taraf olan devletlerce yapılan ve tahkime ilişkin hükümler

⁴⁸ 23.09.1991 tarih ve 21000 sayılı RG.

⁴⁹ Şanlı, C.: 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku, Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, s. 1-12, Ankara, 10 Mayıs 1990, s.4

⁵⁰ Ormanoglu, B.: Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Ankara, 2004, s.

içeren ikili veya çok taraflı anlaşmaların geçerliliğini herhangi bir şekilde etkilememektedir. Diğer bir deyişle, bu sözleşmeye taraf oldukları halde devletler, uyuşmazlıkların çözümünde yaptıkları ikili veya çok taraflı anlaşmalarda yer alan tahkim hükümlerini uygulayabilmektedirler. Sözleşmede geçerlilik süresi hakkında bir hüküm yer almamakla birlikte taraf devlet sayısı beşten az bir sayıya düşer ise sözleşme, son çekilen ülkenin bu yönde bildirimde bulunduğu tarihten itibaren yürürlükten kalkacaktır.

E. New York Sözleşmesi

10 Haziran 1958 tarihinde imzaya açılıp 7 Haziran 1959 tarihinde yürürlüğe giren New York Sözleşmesi, yabancı hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasını düzenlemek amacıyla taşımaktadır. Bu nedenle, sözleşme herhangi bir tahkim sürecini içermemektedir. Buna karşın tahkim kurumlarınca veya hakemlerce verilen kararların, sözleşme tarafı devletlerce tanınmasını ve bu devletlerde uygulanmasına münhasıran hükümler taşımaktadır. New York Sözleşmesi'nin iki uygulanma alanı bulunmaktadır. Buna göre, sözleşme hükümleri;

-Yabancı hakem kararlarının, tanınması ve uygulanması istenen devlet dışında bir devlette alınması durumunda, tanınması ve uygulanması beklenen devlet topraklarında,

-Yabancı hakem kararlarının, iç hukukta alınan milli kararlar gibi dikkate alınmadığı ve verilen tahkim kararını tanınması ve uygulanması beklenen devlet topraklarında, uygulanmaktadır.

Sözleşmenin düzenlediği yabancı hakem kararları hem geçici tahkimde hakemlerin vermiş oldukları kararları hem de daimi tahkim kuruluşlarının verdiği tahkim kararlarını kapsamaktadır.

İmza, onay veya katılım sırasında sözleşme ile devletlere tanıma ve uygulamaya yönelik olarak iki önemli esneklik tanınmıştır. Bunlardan birincisi devletlere, karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına göre, sadece sözleşmeye taraf diğer devlette alınmış olan kararları tanıma ve uygulama seçeneğinin sunulmasıdır. Böylece sözleşmeye taraf devletler, karşılıklı olarak yalnızca diğer sözleşme tarafı

devlet ülkesinde alınan yabancı hakem kararlarını tanıma ve uygulama yoluna gidebilmektedir.

İkinci olarak da devletler, kendi ulusal hukuk kurallarının ticari olarak nitelendirdiği, sözleşmeye bağlı olsun veya olmasın, hukuki ilişkilerden doğacak farklılıklarda sözleşme hükümlerinin uygulanacağı yönünde bildirimde bulunabilirler. Böyle bir farklılık veya uyuşmazlığın söz konusu olmadığı durumlarda devletler kendi iç hukuk kurallarını uygulayabileceklerdir⁵¹.

New York Sözleşmesi'ne göre, verilmiş olan yabancı hakem kararları sözleşme tarafı devletler nezdinde uygulanmasını sağlayıcı niteliktedir. Taraf devletler yabancı hakem kararlarının, kendi ülkelerindeki hukuk kuralları doğrultusunda yerine getirmekle yükümlü bulunmaktadır. Hakem kararlarını uygulamak istemeyen veya uygulamaktan kaçınan devletlerin, bunun nedenini ispat etmesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, hakem kararının uygulanması gerektiğini tahkim davasını kazanan taraf değil uygulanmama gerekçelerini tahkim davasını kaybeden taraf ispat ile yükümlü tutulmuştur. New York Sözleşmesi hükümleri, sözleşmeye taraf olan devletlerin yapmış oldukları diğer ikili veya çok taraflı anlaşmalarda yer alan hakem kararlarının tanınması ve uygulanmasına ilişkin hükümlerin geçerliliğini etkilememektedir.

New York Sözleşmesi, BM üye devletlerinin, BM uzmanlık birimlerinden birine üye olan devletlerin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsüne taraf olan devletlerin ve BM Genel Kurulu tarafından davet edilen diğer devletlerin imzasına sunulmasının bir neticesi olarak tahkime ilişkin en çok kabul görmüş sözleşmelerden biri olma özelliğini taşımaktadır. Sözleşme, 133 devlet tarafından imzalanmış durumdadır⁵². 21 Mayıs 1991 tarihinde 3731 sayılı Kanun ile TBMM tarafından New York Sözleşmesi'nin onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşme, 91/2151 sayılı BKK ile onaylanmıştır

⁵¹ Bkz. Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s. 26-42.

⁵² New York Sözleşmesine Taraf Devletler İçin Bkz:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

F. Uncitral Model Kanunu

Birleşmiş Milletler bünyesinde 1966 yılında kurulan Ticaret Hukuku Komisyonunca uluslararası ticaretin geliştirilmesi ve uluslararası kuralların uyumlaştırılması amacıyla hazırlanan Milletlerarası Tahkim Örnek Kanun Metni (UNCITRAL Model Law) 21 Haziran 1985 tarihinde kabul edilmiştir.

UNCITRAL tahkim kuralları, kurumsallaşmış bir tahkim ve buna ilişkin düzenlemeler içermemektedir. Sadece ad hoc tahkim bakımından model teşkil edebilecek nitelikte bir düzenleme öngörmektedir. Uluslararası ticari ilişkilerde, aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmeyi amaçlayan taraflar çoğu zaman tahkim yerinde uygulanan usul hukuku mevzuatının milletlerarası tahkimle ilgili özel hükümler içermemesi halinde sözleşmedeki amaçlarına ters düşen yerel tahkim hükümleri uygulamak zorunda kalmaktadırlar. İşte UNCITRAL Model Kanununun temel amacı, bir milletlerarası ticari iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın, ilgili ise uygulanacak özel hukuk düzenlemeleri içinde tarafların adil ve haklı beklentilerinin tahkimin toprakları üzerinde yürütüldüğü devletin usûl hükümleri dolayısıyla boşa çıkmasına engel olmaktan ibarettir⁵³.

"Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Kanun Örneği ("UNCITRAL Kanun Örneği"), New York ve Cenevre Sözleşmeleri'nden farklı olarak, bir milletlerarası antlaşma değildir. İsminden de anlaşılacağı üzere, UNCITRAL Kanun Örneği'nin amacı Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, milli mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir. Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği'ni kendi resmi dillerine tercüme etmek suretiyle bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kendi hazırlayacakları bir kanun tasarısında, kısmen veya çeşitli değişikliklere tabi tutarak da kullanabilirler⁵⁴."

⁵³ Birsnel, M. T.: "Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları -Uygulanacak Usul Hukuku Belirsizlikleri-, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul 2001, s.97.

⁵⁴ Birsnel, M. T./ Budak, A.C.: "Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 11 Nisan 1997, s. 201-202.

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİM ANLAŞMASI

§ 2. TAHKİM ANLAŞMASI VEYA TAHKİM ŞARTI

I. Genel Olarak

Gerek Kıta Avrupası hukukunda gerekse Anglo Sakson Hukukunda benimsenen müşterek tarif uyarınca; tarafların, mevcut veya ileride doğabilecek hukukî uyuşmazlıklarının çözümünü hakem denilen ve kendi seçtikleri kişi veya kişilerin kararına bırakan sözleşmeye tahkim anlaşması denmektedir⁵⁵.

Tahkim anlaşması tahkimin temelini teşkil eder. Geçerli bir tahkimin varlığı için öncelikle geçerli bir tahkim anlaşması bulunmalıdır⁵⁶. Ortada bir tahkim anlaşmasının bulunmaması yahut mevcut tahkim anlaşmasının geçersiz olması, hakem kararının iptali yahut tenfizinin reddi için en temel gerekçelerden biridir.

Prensip olarak tahkim anlaşmaları, aralarındaki uyuşmazlıkları tahkim yargılamasına tâbi kılma yönündeki iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklayan kişileri bağlar⁵⁷.

4886 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasında, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye konulan bir tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme, tahkim sözleşmesi ile yapılabileceği tanımlanmıştır⁵⁸.

Tahkimi kararlaştırmanın bu iki nevini de içeren bir üst kavram olarak "tahkim anlaşması" terimi tercih edilmiştir.

Tahkim anlaşmasının biçim (şekil) itibariyle birbirinden farklı özellikler göstermesi, genelde, var olan uyuşmazlıkların mı, yoksa ileride çıkması muhtemel

⁵⁵ Esen, E.: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının 3. Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008, s. 6; Şanlı, C.: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s. 243; Şanlı, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s.17.

⁵⁶ “Geçerli bir tahkim anlaşması bulunmaksızın geçerli bir tahkim söz konusu olmaz” Esen, E.: age., s. 6;

⁵⁷ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 82.

⁵⁸ Kalpsüz, T.: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010, s. 37.

uyuşmazlıkların mı çözümü ile ilgili olduğuna dayanır. “Compromis” ya da “submission agreement” olarak da anılan ve hâlihazırda, mevcut uyuşmazlıkların çözümüne yönelik tahkim sözleşmeleri, daha uzun, daha detaylı, “tailor-made” olarak da ifade edilen, adeta butik bir ürün olarak hazırlanır (MTK m. 4/I, özellikle son cümle). Günümüzde ise sıklıkla ileride karşılaşılması olası uyuşmazlıkların çözümüne yönelik, baştan akdedilen “clause compromissoire” şeklindeki tahkim kayıtlarına rastlanmaktadır (MTK m. 4/I, son cümle; Model Kanun m. 7/I)⁵⁹.

Milletlerarası ticaret alanında faaliyet gösteren taraflar, aralarında bir tahkim anlaşması yapmak yerine, uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesini öngören, tahkim şartı içeren standart terimler, kurallar ya da standart sözleşmelere de atıf yapabilirler. Tarafların, böyle bir standart terim, kural ya da tip sözleşmeye atıf yapmalarıyla tahkim yolunu kabul ettiklerinden ve geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığından ya da yazılı bir tahkim şartının bulunduğundan söz edilebilir⁶⁰.

Tahkim anlaşması (ve özündeki irade serbestisi), mecburi tahkim dışındaki her tahkimin kaynağıdır, kurucu unsurudur. Bu sözleşmesel nitelik, tahkimin hayata geçirilebilmesi için tarafların ortak ve birbirine uygun iradelerini gerekli kılmaktadır. Mahkemeler, yargı yetkilerini, anayasa ve kanundan (AY m. 142); hakemler ise, yargı yetkilerini, kural olarak ve öncelikle tarafların aralarında var olan veya olması muhtemel uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözüme konusundaki ortak iradelerinden alırlar⁶¹. Mademki, tahkim anlaşması, hem tahkimin kurucu unsurudur hem de hakemlerin yargı yetkisinin kaynağıdır (müspet tesiri)⁶²; o halde, hakemlerce verilen bir kararın, taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı bir tahkim anlaşmasına dayanmaması halinde, iptali son derece doğaldır. Kaldı ki tahkim anlaşması, devlet yargısı ile hakemlerin yargı yetkisi arasındaki sınırı çizdiğinden, söz konusu sınırın

⁵⁹ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 190.

⁶⁰ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 82; Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2005, s. 244-245; Deren-Yıldırım N., Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004, s. 49.

⁶¹ Yeşilova, B.: age., s. 189.

⁶² Alangoya, Y.: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973.; Ekşi N., Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2004, s. 71, 72.; Kalpsüz T., Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1049.

her iki yönden de aşılması, tarafların birbirine uygun ve ortak iradelerinin taraflardan birisi aleyhine görmezlikten gelinmesi, hiçe sayılması anlamına gelir. Söz konusu sözleşmenin yorumu, geçerliliğinin ve içeriğinin tespiti, kendisine bağlanan sonuçların her milli hukukta aynı olmadığı da dikkate alındığında, son derece önemlidir.

II. Tahkim Anlaşmasının İşlevleri

Tahkim anlaşmasının işlevleri⁶³, şöyle sıralanabilir:

a) Tahkim anlaşması, öncelikle tarafların uyuşmazlıklarını devlet yargısı yerine, (onun yanında değil) tahkim yoluyla çözme konusundaki ortak iradelerini gösterir.

b) Hakemlerin yargı yetkisi, tahkim anlaşmasına uygun olarak biçimlenir. Taraflar, ancak tahkim anlaşması yardımıyla ve her halde, tahkime uygulanacak hukuka göre hakemlerin yetkilerini genişletir veya daraltır.

c) Tahkim anlaşması, tarafların, tahkim yoluna başvurma konusundaki birbirlerine karşı geçerli yükümlülüklerinin de kaynağıdır. Bu haliyle tahkim anlaşması, bir görüşe göre, çift yönlü olup tarafların ortak ve birbirine uygun iradelerini gerekli kılması nedeniyle maddi hukuka, borçlar hukukuna; devlet yargısı aleyhine hakemlerin yargı yetkisini inşa etmesi nedeniyle de usul hukukuna ait özellikler gösterir.

III. “Tahkim Şartı”nı Kabul veya Bir “Tahkim Sözleşmesi”ni Akdetme Yetkisi

Bazı milli kanunlar devletin ve daha ziyade “kamu hukuku tüzel kişileri”nin hakeme gitmesine müsaade etmemektedir. Mesela Suudi Arabistan 1963 tarihli bir Bakanlar Kurulu Kararı ile amme hukuku tüzel kişilerinin milletlerarası sözleşmelerde yabancı bir ülkede yapılacak tahkim ile ilgili sözleşme hükmünü kabul etmelerini yasaklamıştır.

Kural olarak kamu tüzel kişileri (devlet, mahalli idareler ve kamu kurumları) tahkim yoluna gidemezler. Buna kamu tüzel kişilerinin tahkime başvurma yasağı

⁶³ Kalpsüz, T.: Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 1040.

ilkesi (principe interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage)” denir⁶⁴. Bu genel bir kuraldır. Ancak, Anayasada aksini öngören açık bir hüküm bulunmadıkça bu kurala kanunla istisna getirilebilir⁶⁵.

Kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşıladıkları mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine yönelik yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu 01.01.2003 tarihinde yürürlüğe⁶⁶ girmiş bulunmaktadır.

4734 Sayılı Kanunun, 4964 ve 4761 sayılı Kanunlar ile değişik 2. maddesi uyarınca, kanun kapsamındaki idareler; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler, Kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüsleri, Sosyal Güvenlik Kuruluşları (T.C. Emekli Sandığı, Sosyal Sigortalar Kurumu, Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ve Türkiye İş Kurumu), fonlar (Yatırımları Teşvik Fonu, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonu, Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi, Özelleştirme Fonu), özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (mesleki kuruluşlar Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Noterler Birliği gibi ve vakıf yükseköğretim kurumları (Bilkent Üniversitesi, Koç Üniversitesi gibi) hariç ile bağımsız bütçeli kuruluşlar, yukarıda belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler ile, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri, olarak belirlenmiştir.

⁶⁴ Bkz. Gözler, K.: İdare Hukuku, Bursa, 2009, s. 240.

⁶⁵ Gözler, K.: age. s. 240.

⁶⁶ 22.01.2002 tarih ve 24648 sayılı RG.

Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenleme amacıyla, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolüne yönelik olarak 24/12/2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmi Gazete yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli cetvellerde değişiklik yapan 5436 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca;

Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri;

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Adalet Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Ulaştırma Bakanlığı, Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Çevre ve Orman Bakanlığı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Diyanet İşleri Başkanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Dış Ticaret Müsteşarlığı, Gümrük Müsteşarlığı, Denizcilik Müsteşarlığı, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, Devlet Personel Başkanlığı, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Türkiye İstatistik Kurumu, Gelir İdaresi Başkanlığı, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, Karayolları Genel Müdürlüğü, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü, Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, Orman Genel Müdürlüğü, Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı,

Özel Bütçeli İdareler;

Yükseköğretim Kurulu, Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi, Üniversiteler (İstanbul Üniversitesi, İstanbul Teknik Üniversitesi, Ankara Üniversitesi, Karadeniz Teknik Üniversitesi, Ege Üniversitesi, Atatürk Üniversitesi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Hacettepe Üniversitesi, Boğaziçi Üniversitesi, Dicle Üniversitesi, Çukurova Üniversitesi, Anadolu Üniversitesi, Cumhuriyet Üniversitesi, İnönü Üniversitesi, Fırat Üniversitesi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Selçuk Üniversitesi, Uludağ Üniversitesi, Erciyes Üniversitesi, Akdeniz Üniversitesi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Gazi Üniversitesi, Marmara Üniversitesi, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi, Trakya Üniversitesi, Yıldız Teknik Üniversitesi, Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Gaziantep Üniversitesi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi, Adnan Menderes Üniversitesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Balıkesir Üniversitesi, Celal Bayar Üniversitesi, Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Dumlupınar Üniversitesi, Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü, Harran Üniversitesi, İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü, Kafkas Üniversitesi, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Kırıkkale Üniversitesi, Kocaeli Üniversitesi, Mersin Üniversitesi, Muğla Üniversitesi, Mustafa Kemal Üniversitesi, Niğde Üniversitesi, Pamukkale Üniversitesi, Sakarya Üniversitesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Zonguldak Karaelmas Üniversitesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Galatasaray Üniversitesi,) ve Yüksek Teknoloji Enstitüleri, Savunma Sanayi Müsteşarlığı, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu, Türkiye Bilimler Akademisi, Türkiye Adalet Akademisi, Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Elektrik İşleri Etüd İdaresi Genel Müdürlüğü, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, Türk Akreditasyon Kurumu, Türk Standartları Enstitüsü, Millî Prodüktivite Merkezi, Türk Patent Enstitüsü, Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı, İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi, Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı, GAP Bölge Kalkınma İdaresi, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, Ceza ve İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu,

Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar;

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, Telekomünikasyon Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, Kamu İhale Kurumu, Rekabet Kurumu ve Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu,

Olarak düzenlenmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun “İhalenin Sözleşmeye Bağlanması” başlıklı 46. maddesinde;

Yapılan bütün ihalelerin bir sözleşmeye bağlanacağı,

Sözleşmelerin idarece hazırlanacağı,

İhale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanacağı,

...

Hüküm altına alınmıştır.

Aynı Kanunun “Kamu İhale Kurumu” başlıklı 53. maddesi, b/2. fıkrasında, Kurumun görev ve yetkileri arasında “Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek.” de sayılmıştır:

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun “Sözleşmede yer alması zorunlu hususlar” başlıklı 7. Maddesinde, bu Kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde belirtilmesi zorunlu hususların neler olduğu ortaya konulmuş ve 7. maddenin 1. fıkrası “y” bendinde bu zorunlu hususlar arasında “Anlaşmazlıkların Çözümü.” hususuna da yer verilmiştir.

Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan ve 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi idareler, kurum ve kuruluşlarının kullanmak ve uymak zorunda oldukları; Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme (Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme/Birim Fiyat Sözleşme/Karma Sözleşme)’nin “Anlaşmazlıkların Çözümü” başlıklı 32. maddesinde, Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme (Birim Fiyat / Götürü Bedel Mal Alımı Tip Sözleşmesi)’nin “Anlaşmaların Çözümü” başlıklı 42. maddesinde ve Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme (Birim Fiyat/Götürü Bedel Hizmet Alımı Sözleşmesi)’nin 37. maddesinde; sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında doğabilecek anlaşmazlıkların

çözümünün Türk Mahkemelerince çözümlenmesinin öngörülmesi halinde (ki esas olarak bu öngörünün yapılması istenilmektedir) sözleşme maddelerinin; “Bu sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde.....(İdarenin bulunduğu yer mahkemesi yazılacaktır).....mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.”,

Şeklinde düzenlenmesi gerektiği,

Yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan ihalelerde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak milletlerarası tahkim öngörülmesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin dışındaki tüm durumlarda sözleşme maddelerinin; “Bu sözleşme ve eklerinin uygulanmasından doğabilecek her türlü anlaşmazlığın çözümünde(İdarenin bulunduğu yer mahkemesi yazılacaktır).....mahkemeleri ve icra daireleri yetkilidir.”, şeklinde düzenlenmesi gerektiği,

Yine yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan ihalelerde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak milletlerarası tahkim öngörülmesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin varlığında ise sözleşme maddelerinin; “İdare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin anlaşmazlıklar (sözleşme hükümlerine göre İdarenin re’sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç olmak üzere) 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir.

Tahkim heyeti üç hakemden oluşur. Taraflardan her biri birer hakem seçer ve bu iki hakem de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın Noter vasıtasıyla gönderdiği bu yoldaki talebin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde hakemini seçmez veya tarafların seçtiği iki hakem seçilmelerinden sonraki otuz gün içinde üçüncü hakemi belirleyemezler ise; gerek ikinci hakem gerekse üçüncü hakem, taraflardan birinin talebi üzerine

.....(İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır) Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir. Üçüncü hakem başkan olarak görev yapar.

Anlaşmazlığın esasına ilişkin maddi hukuk kuralları Türk hukukuna tabi olacaktır. Tahkimin dili Türkçe'dir. Tahkim yeri, (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır).....'dır. Yetkili mahkeme (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır)..... Asliye Hukuk Mahkemesi'dir.

İdare veya yüklenici tarafından hakeme başvurulmuş olması halinde dahi, yüklenici işlere devam etmek ve işin yürütülmesi ile ilgili İdarece alınacak kararlara uymak zorundadır.” şeklinde düzenlemesi gerektiği, belirtilmiştir.

Bu hükümler uyarınca,

4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine yönelik olan, yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan ihalelerde, Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin 1 inci fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin varlığı halinde⁶⁷ sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak sözleşmeye, idare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin anlaşmazlıklar (sözleşme hükümlerine göre idarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç olmak üzere)'ın 21/06/2001 tarih ve 4686

⁶⁷ MTK'nun MTK'nun “Yabancılık Unsuru” başlıklı 2. Maddesinde : “Aşağıdaki hallerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

Başka bir devlette bulunması.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

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

21/01/2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.” şeklinde hükme yer verilmiştir.

sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözüleceğine yönelik kayıt konulacağı hüküm altına alınmıştır.

IV. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği

A. Tahkim Anlaşmasının Şekli

Sözleşmenin şekli geçerliliğine yönelik şartlar, tarafların gerçekten böyle bir sözleşmeyi yapmak konusundaki sağlıklı iradelerinin varlığını tespit edebilmek hususu ile yakından ilgilidir. Zaten çoğu zaman, sözleşmenin şeklen var olup olmadığı ile tarafların böyle bir sözleşmeyi yapmak konusundaki iradelerinin gerçekten bulunup bulunmadığı sorunlarıyla iç içedir⁶⁸.

Ancak bu noktada, özellikle tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği ile maddi geçerliliğinin birbirinden özenle ayrılması gerekir. Zira en azından uygulamada, bu her iki duruma ilişkin sorunların çözümünde, uygulanacak hukuk ya da kurallar değişebilmektedir.

Şekil şartına yönelik düzenlemeler, tarafların samimi ve gerçek iradelerinin varlığının tespitine yardımcı olurlar. Mademki, tahkim anlaşmasının tarafları aynı zamanda anayasal hakkı olan uyuşmazlıkları mahkemeler aracılığıyla çözebilmek imkânından feragat etmişlerdir; o halde, söz konusu şekil şartının temel gayesi de, tarafların bu yöndeki iradelerinin net, yalın ve samimi olmalarını temin etmektir. Ayrıca söz konusu kurucu şekil şartı, taraflar arasında, böyle bir sözleşme akdedildiğinin de ispatına yarar⁶⁹.

Milletlerarası sözleşmeler ve pek çok milli kanun, tahkim anlaşmasının şekline ilişkin maddi kanunlar ihtilafı kuralı içermektedir. Söz konusu düzenlemelerin önemli bir bölümü, genelde, tahkim anlaşmalarının ya yazılı olmasını ya da yazıyla kanıtlanabilmesini aramaktadır (MTK m. 4/II; Model Kanun m. 7/II;).

4886 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun "Tanımı ve Şekli" başlıklı 4. maddesinde Tahkim Anlaşması; Tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya

⁶⁸ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 213.

⁶⁹ Yeşilova, B.: age. s. 213.

kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşma olarak tanımlanmıştır.

4. maddenin 2 fıkrasında; “Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır.” hükmüne yer verilmiştir.

4886 Sayılı Tahkim Kanununun az yukarıda belirtilen 4. maddesi 2. fıkrasında yapılan düzenleme ile, tahkim anlaşmasının yazılı bir şekilde yapılması zorunluluğu getirilmiş ise de,

Yazılı şekil şartının yerine getirilmesine yönelik düzenlemeler;

- a) Tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye geçirilmiş olması,
 - b) Tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması,
 - c) Dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması,
 - d) Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması,
- Şeklinde sayılmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4/II. maddesinde öngörülen, tahkim anlaşmalarının şekline ilişkin yukarıda ayrıntılarına yer verilen düzenlemeler değerlendirildiğinde; hükmün, tahkim anlaşmalarının geçerliliği konusunda, (geçerlilik anlamında) bir yazılı şekil şartı getirdiğinde tereddüt etmemek gerekir.

Ne var ki, yapılan ve az yukarıda yer alan alternatifli sayım, söz konusu zorunluluğun yerine getirilmesini de bir hayli kolaylaştırmaktadır.

Düzenlenen ihtimallerden birinin gerçekleşmiş olması durumunda, yazılı şekil şartı da sağlanmış olmaktadır:

a) Tahkim anlaşması, her iki tarafın da imzaladığı bir belgede yer alabilir. Bu, hem taraf olanların tümünün imzasını içermesi hem de bir belgeden bahsetmesi nedeniyle en sorunsuz ihtimaldir.

b) Ya da tahkim anlaşmasının, tarafları arasında teati edilmek kaydıyla (ki bu özellik, imza şartını kaldırmaktadır)

i) mektup;

ii) telgraf;

iii) teleks;

iv) faks gibi bir iletişim aracına veya

v) elektronik ortama geçirilmiş olması şarttır.

Bu son ihtimal üzerinde durmak gerekir. UNCITRAL Model Kanunu'nun 7/II. maddesine göre "...teati edilmek şartıyla mektup, teleks, telgraf veya kaydedilmek kaydıyla sair iletişim araçları içinde bulunan tahkim anlaşması,..." şeklen geçerli bir tahkim anlaşmasıdır.

Burada tartışmalı olan husus, sair iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen ve teati edilen tahkim iradesinin, bir belgeye dayanmasının, kaydedilmesinin gerekip gerekmediğidir.

Bizim kanunumuz yönünden de tahkim iradesinin, sınırlı olmayan sayıdaki iletişim aracına konu edilmesi yanında (ki, bütün bunlar, aynı zamanda, tahkim iradesinin bir belgeye kaydedilmesini mümkün kılan araçlardır); elektronik ortama geçirilmiş olması, ayrıca bir belgeye kaydının mümkün olup olmaması aranmaksızın, yazılı bir tahkim anlaşmasına sebebiyet verecektir⁷⁰.

⁷⁰ Akıncı, Z.: Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 109.

Teati şartı aranan hallerde, imzaya da gerek duyulmadığından, hukukumuzda, örneğin e-mail yoluyla tahkim anlaşmasının kurulması mümkündür; söz konusu verinin ayrıca güvenli elektronik imzaya konu edilmesi gerekmez⁷¹.

Hükmün bu lafzı, bazı soruları da beraberinde getirmektedir. Örneğin, teati edilmek kaydıyla tahkim iradelerinin elektronik ortama geçirilmesi yeterli ise mektup, telgraf, teleks yahut faks gibi sair iletişim araçlarının da ayrıca düzenlenmiş olması, çok da zorunlu bir ihtiyacı karşılamış olmamaktadır.

Zira bu son sayılanların evleviyetle yazılı şekil şartını sağladığında tereddüt etmemek gerekir. Dahası, hükme konu yazılı şekil şartı, öyle bir şekil şartıdır ki, tahkim iradesinin kâğıt üzerine geçirilmesi, kaydedilmesi dahi gerekmez. Teati edilmek suretiyle zaten imza şartının aksi düzenlenmişti. Tahkim iradesinin, belgeye (kâğıda), kaydına imkân tanıyan iletişim araçları dışında (Model Kanun m. 7/II), elektronik ortama geçirilmesi de mümkün ve yeterli olduğuna göre tahkim anlaşmaları konusunda, hala bir yazılı şekil şartının geçerli olduğundan bahsetmek, tartışmaya açıktır.⁷²

Tahkim yargılaması sırasında (hakemler önünde), davacının dava dilekçesinde, yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığını iddia etmiş olmasına rağmen; davalının buna karşı koymaması da geçerli bir tahkim anlaşmasına sebebiyet verecektir. Düzenleme, Model Kanun hükmünün önemli ölçüde aynısıdır⁷³.

Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek kaydıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması kurulmuş sayılır. Düzenlemenin en azından lafzen, Model Kanunu'nun 7/II.; maddesi hükmüyle örtüşüğünü söylemek mümkündür.

⁷¹ Erturgut, M.: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, 2004, s. 182 vd.

⁷² Deren-Yıldırım N.: Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004, s. 50.

⁷³ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 223

Yüksek değerlerdeki maddi hukuk sözleşmelerinin taraflarca sözlü olarak yapılması mümkünken; böyle bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümüne dair akdedilen tahkim anlaşmasının sözlü olarak yapılamamasının bir çelişki olduğu; bunda, hiçbir haklı nedenin de olmadığı, düşünülmektedir.⁷⁴

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesi 2. Fıkrasının ikinci cümlesinin son kısmı ile 7. maddesinin "H" fıkrası, kimi durumlarda, sükût yoluyla dahi tahkim anlaşmasının kurulmuş sayılabilmesini mümkün kılmaktadır.

Bütün mesele, aslında, tahkim kaydını içeren yazılı bir belgenin mi, yoksa tarafların tahkim kaydı üzerinde anlaştığı hususunun mu yazılı olması gerektiği üstünde toplanmaktadır⁷⁵. Şayet sorunun yanıtı, bunlardan ilkinе ilişkinse, o halde, aslında çözümü güç bir mesele de yok demektir. Zira sözü edilen tercihi takip eden İngiliz hukukunda, tarafların yazılı olmaksızın ve fakat (tahkim kaydını da içeren) yazılı bir metne atfen yapmış oldukları anlaşmalar da tahkim anlaşmaları yönünden gereken şekil şartını sağlamaktadır⁷⁶.

Bu halde taraflar arasında, tahkime yönelik, karşılıklı ve uygun irade beyanlarının olup olmadığı, harici vakıa ve durumların ispatı ile ortaya çıkacaktır.

B. Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliği

Tahkim kaydının içeriği, kapsamı ve taraflarının kimlerden ibaret olduğu, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğini oluşturur (MTK m. 4/III).

Şu soruların yanıtları, çoğu kez, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin meseleleri oluşturmaktadır.

Taraflar arasında, gerçekten, uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözme konusunda, bir irade birliği var mıdır?

⁷⁴ Kaplan, N.: In the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? 12(1) Arb Int 1996, s. 29.

⁷⁵ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 219.

⁷⁶ Yeşilova, B.: age. s. 219.

Taraflar yönünden, tahkim anlaşması akdetmek konusunda, ehliyet yahut temsil yönlerinden geçerli, herhangi bir sınırlama var mıdır?

Tahkim anlaşmasının gerek kişi gerekse kapsamına aldığı uyuşmazlıklar yönünden içeriği nelerden ibarettir?

Tarafların tahkime ilişkin, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, söz konusu sözleşmenin ya da kaydın taraflarca görüşülüp yine karşılıklı olarak imzalanması halinde kolaylıkla tespit edilebilir.

Oysa,

a) Tahkim anlaşmaları, çoğu kez, bir başka yerde bulunan genel şartlara göndermede bulunulmak suretiyle yapılmaktadır. Hatta tahkim kaydına yer veren bu genel şartların, taraflar arasında yapılan (temel borç iliksisine yönelik) ana sözleşmenin kendisine fiilen ekli-dâhil olması da gerekmemektedir. Tahkim anlaşmalarının, tahkim kayıtlarına yer veren başkaca hükümlere gönderme yapmak suretiyle kurulup kurulmadığının tespitinde, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği yanında, şekli geçerliliğine ilişkin sorunların da bulunduğu, gözden uzak tutulmamalıdır⁷⁷.

b) Tarafların yapmış olduğu belli bir sözleşmede, tahkim kaydı bulunmazken aynı taraflar arasında daha önce yapılmış ve aynı konulu bir dizi sözleşme içerisinde tahkim kaydı bulunabilmektedir;

c) Yine bir başka durumda, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü konusundaki talebin, tahkim anlaşmasının şeklen tarafı olmayan (tahkim anlaşmasını akdetmeyen, görünen tarafı olmayan) kimseye yöneltilmesi halinde de, -ki bu kimse, tahkim kaydını da içeren ana sözleşmenin ifası/icrasında etkin/aktif rol alabileceği gibi, sözleşme konusu alacağı temlik alan 3. kişi de olabilir-, bu kimsenin tahkim anlaşmasının gerçek tarafı olup olmadığı sorunu gündeme gelmektedir. Burada çözülmesi gereken hukuki sorun, şeklen tarafı olmadığı halde, bir kimsenin, tahkim

⁷⁷ Ekşi, N.: Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2004, 4, 43, 44.

anlaşmasının (yargılamasının) gerçek tarafı haline gelmesinin mümkün olup olmadığıdır⁷⁸.

Özellikle bu son halde (c), tahkim anlaşmasının, görünen tarafları yanında, başka kimselere de sirayeti oldukça özgün ve zor sorunların yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Yapılacak yorumlar, bir kimsenin tabii hâkiminden koparılıp tahkime mecbur edilmesi sonucunu doğuracağından, bu kimsenin gerçekten de tahkim iradesine sahip (tahkime razı) olup olmadığının tespiti, büyük önem arz eder⁷⁹.

Tahkim anlaşmasının görünen tarafları yanında, belli bazı kimselerin de tahkime taraf edilmesi konusunda, iki eğilimin olduğundan bahsetmek mümkündür⁸⁰.

Birinci grup, tahkimin sözleşmesel niteliğinden ve nispiliğinden hareketle üçüncü bir kimsenin tahkime yönelik şüphe duyulmayacak iradesi tespit edilmediği sürece, tahkim anlaşmalarının bu kimselere sirayetine, karşıdır⁸¹.

Buna karşın ikinci grup ki ağırlıklı olarak Fransız hukukunda durum böyledir, özellikle milletlerarası ticaretin gerekleri ve özelliklerini dikkate alarak tahkim kayıtlarına olabildiğince geniş ve etkin bir sonuç tanıma çabasında olup tahkim anlaşmasının yapıldığı esnada, taraflar arasındaki görüşmelerde etkin bir katılımı olan, dahası sözleşmenin icrasında, başlı başına rol alan, aynı hukuki ilişkiden menfaat temin eden kimselerin de söz konusu tahkim kaydından kaçmamaları gerektiği, görüşündedir⁸².

Bu kimsenin, tahkim kaydının varlığından zaten haberdar olduğu (sözleşme görüşmelerine katılmakla); tahkim kaydını da içeren asıl hukuki ilişkinin icrasında ve edimlerin ifasında, kendi adına rol aldığı; üstelik kendi hesabına çıkar temin ettiği durumlarda, yeri geldiğinde, bir sözleşmesel külfet olan tahkim kaydından kaçınmasının yahut ona karşı korunmasının, milletlerarası ticaretin gerekleri, iyiniyet

⁷⁸ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 229

⁷⁹ Yeşilova, B.: age. s. 229.

⁸⁰ Yeşilova, B.: age. s. 229.

⁸¹ Yeşilova, B.: age. s. 229.

⁸² Yeşilova, B.: age. s. 229.

ve dürüstlük kuralları ışığı altında bir kez daha sorgulanması gerektiği düşünülmektedir⁸³.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "Alt yükleniciler" başlıklı 15. maddesinde; "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz." hükmü,

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Yapım işlerinde yüklenicilerin ve alt yüklenicilerin sorumluluğu" başlıklı 30. maddesinde; "Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 27 nci madde hükümleri uygulanır." hükmü, yer almıştır.

İdare ile alt yüklenici arasında tahkime yönelik bir anlaşma mevcut olmamasına rağmen, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlara tabi olan ve alt yüklenici çalıştırılmasına izin verilen yapım işlerine yönelik ihalelerde, ihale dokümanı satın almak suretiyle ihaleye teklif vermiş olan yüklenicinin yanı sıra alt yüklenici de, söz konusu ihale dokümanları üzerinde çalışma yaptığından, edimin ifasında kendisi de rol aldığından, üstelik bu sözleşme ile kendi hesabına çıkar temin ettiği için, idaresi tarafından yüklenici ile olan bir anlaşmazlığın çözümüne yönelik tahkime başvurulması halinde, alt yüklenicinin de bu tahkim kapsamına alınmasında, idare ile alt yüklenici arasında tahkim anlaşması bulunma şartının aranmaması gerekmektedir.

⁸³ Şanlı, C.: Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 22 MHB 2002/2, s. 787-789.

V. Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı ve Uygulanacak Hukuk

A. Tahkim Anlaşmasının Asıl Sözleşmeden Bağımsızlığı

4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun; 4. Maddesi son fıkrasında; "Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz." hükmü,

7. Maddesi (H) fıkrasında;

"Hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, kendiliğinden tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz." hükmü,

Yer almıştır.

Asıl sözleşme taraflar arasındaki alacak-borç ilişkisini düzenlemek maksadı akdedilen bir borçlar hukuku sözleşmesi veya bir borç akdidir; tarafların giriştikleri özel borç ilişkisinden doğan hak ve borçlarını, sözleşmenin icrası ve sona ermesi vs. ile ilgili esaslan ihtiva eder; fonksiyonu özel borç ilişkisinin nev'ine göre, bir hakkın kesin olarak başkasına devrini veya bir işin görülmesini yahut bir şeyin sakınmasını veyahut bir borcun ifasını vs. kapsamaktadır.

Buna mukabil tahkim anlaşması, taraflar arasındaki borç ilişkisinden veya daha geniş bir ifade ile, hukukî ilişkiden doğan bir uyuşmazlığın halli maksadına ilişkindir. Fonksiyonu ise, bu ihtilâfin çözümlenerek ortadan kaldırılmasından, sona erdirilmesinden ibarettir.

Bunun gibi asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının hukukî mahiyetleri de farklıdır:

Asıl sözleşme bir maddî hukuk sözleşmesidir. Buna mukabil tahkim anlaşması bazılarına göre doğrudan doğruya bir usul hukuku sözleşmesidir⁸⁴. Halen hâkim olan kanaate göre tahkim anlaşması, usul hukuku ilişkilerine taallük eden bir maddî hukuk sözleşmesidir⁸⁵. Böyle olunca tahkim anlaşmasının akdini ve geçerliğini idare eden hükümler, maddî hukuk hükümleri karakteri taşır. Doğurduğu sonuçlar ise, usul hukuku sahasında kendisini gösterir.

Bu suretle maksatları, fonksiyonları, tabiatları farklı olan bu iki sözleşme bir arada akdedilmiş olsa, daha doğrusu tahkim şartı asıl sözleşmeye dercedilmiş olsa dahi, bu sözleşmeler yekdiğerinden müstakildir.

Ancak bu, tahkimin ayrı bir mutabakatı gerektiren müstakil bir sözleşme olduğu manasına gelmez. Bu kabilden Türk Hukukunda bir kimsenin meslekî (ticari) olmayan faaliyetine taallük eden bir işle ilgili tahkimin ancak müstakil bir sözleşme ile kararlaştırılabileceğini öngören bir hüküm yoktur.

Asıl sözleşme ile tahkim şartının birbirinden müstakil olması sonucunda ne asıl sözleşme, ne tahkim şartı diğèrinin akıbetine tabi olur. Hükümsüzlük sadece taallük etmekte olduğu sözleşmeye inhisar eder ve onu geçersiz kılar⁸⁶.

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden müstakil olması sebebiyle asıl sözleşmenin geçerliğı ile tahkim sözleşmesinin geçerliğı, ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır⁸⁷. Tereddüt halinde hakem heyeti asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığını da karara bağlar. Asıl sözleşme batıl olsa dahi, heyet bir haksız zenginleşme talebi hakkında karar verebilir. Bunun örneğine özellikle milletlerarası tahkimde sıkça rastlanmaktadır. Milletlerarası ticarete taraflar arasındaki asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşmeye konulan tahkim şartında, genel olarak, işbu sözleşmenin mevcudiyetinden, muteberiyetinden, tefsirinden ve tatbikinden doğan ihtilâfların tahkim yolu ile halledileceğı öngörülmektedir. Bunun sonucunda asıl

⁸⁴ Kalpsüz T.: İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, s. 361 vd.

⁸⁵ Kalpsüz T.: age., s. 361 vd.

⁸⁶ Kalsüz, T.: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010, sh. 76.

⁸⁷ Kalpsüz, T.: age., s. 361 vd.

sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunda ortaya çıkan ihtilâf da bizzat bu sözleşmeye dercedilmiş olan tahkim şartına tebaen halledilmektedir⁸⁸.

Tahkim anlaşmasının temel borç ilişkisinde tarafların üstlenmiş oldukları yükümlülüklerin doğal bir parçası olmadığı açıktır. Tahkim iradesinin söz konusu yükümlülüklerin zorunlu içeriğinden olduğu da söylenemez. Bu nedenle örneğin, İngiliz hukukunda, tahkim anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerin, temel borç ilişkisiyle ilgili ne edim ne de yan yükümlülüklerinden olduğu kabul edilir⁸⁹. İsviçre hukukunda ise çok daha açık bir biçimde ve tıpkı milletlerarası yetki sözleşmelerinde olduğu gibi tahkim anlaşmalarının birer usul sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir⁹⁰. Oysa uygulamada, pek çok tahkim anlaşması, temel borç ilişkisini düzenleyen sözleşmenin bir parçası, onun bir diğer hükmü olarak, –tahkim kaydı- şeklinde akdedilmektedir. Burada karşılaşılan ana sorunlar, temel borç ilişkisini düzenleyen sözleşmenin geçersiz veya kanuna aykırı olması halinde, söz konusu tahkim kaydının geçerliliği ile ana sözleşmenin sona ermesi halinde, tahkim kaydının hukuki geleceği hakkındadır. Sorun, büyük ölçüde, tahkim kaydı ile sözleşmenin diğer hükümleri arasındaki bağlantının ya da ilişkinin niteliği ile ilgili olup bu da, “doctrine of separability” ayrılabilirlik ilkesi yoluyla açıklanmakta ve çözümlenmektedir⁹¹.

Ayrılabilirlik ilkesine göre, ana sözleşme içinde yer alan tahkim kaydı, ana sözleşmeden bağımsız ve ondan ayrı bir sözleşme olarak kabul edilir. Meselenin özü, ne ana sözleşmenin ne de tahkim kaydının geçerliliklerinin birbirine bağlı olmasıdır. Bu nedenle de ana sözleşmenin sona ermesi veya hukuka aykırılığı, tahkim kaydına bağlı olarak şekillenen hakemlerin yargı yetkisini etkilemez. Bir başka ifadeyle uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin yükümlülük, ana sözleşmenin ihlali, sona ermesi veya geçersizliği hallerinde de devam eder. Söz konusu ilke, tahkim kaydının bu tip itirazlarla bertaraf edilmesinin önüne geçtiği ve tarafların

⁸⁸ Kalpsüz, T.: IV Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1997, sh. 99.

⁸⁹ Yeşiova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 209.

⁹⁰ Kalpsüz T., Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003, s. 1049. s. 1042

⁹¹ Kalpsüz, T.: İnşaat Sözleşmeleri, s.361, 362.

tahkim üzerindeki müşterek iradelerinin korunmasına yardımcı olduğu gibi, hakemlerin yargı yetkisinin de adeta garantisini niteliğindedir⁹².

Tahkim kaydı, ana sözleşmenin sıradan bir parçası olarak nitelendirilmiş olsaydı, tarafların, sözleşmenin geçersizliği hiç doğmamış olduğu ya da sona erdiği şeklindeki muhtemel iddiaları, hakemlerin yargı yetkilerini de doğrudan ve olumsuz yönde etkileyecekti.

Bir başka ifadeyle söz konusu iddiaların gerçek olduğunun anlaşılması halinde tahkim kaydı, ana sözleşme ile aynı kaderi paylaşacak ve hakemlerin yargı yetkisine artık kaynaklık edemeyecekti.

Bu halde, hakemlerin, uyuşmazlığın esası hakkında karar vermek bir yana, hükmedebilecekleri yegâne husus, artık yargı yetkilerinin bulunmadığı, olacaktı⁹³.

Bu sonucun, tarafların arzusuyla uyum içinde olmadığı açıktır⁹⁴. O halde, kısaca, hakemlere, ayrılabilirlik ilkesi, uyuşmazlığın esası hakkında; competence-competence ilkesi ise yargı yetkileri üzerinde, karar verebilmeleri imkânını tanımaktadır⁹⁵.

Tahkim anlaşmasının bağımsızlığın bir diğer sonucu da, ana sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti ile tahkim anlaşmasının tabi olduğu hukukun tespitinin, farklı kriterlere bağlı olmasıdır. Özellikle taraflarca, tahkim kaydına uygulanacak hukukun belirlenmediği durumlarda tahkim yeri, bir bağlanma noktası olarak kabul edilmektedir (New York Sözleşmesi m. V, 1, a; Model Kanun m. 36/I, 1,a,i).

Söz konusu bağlanma noktası, ana sözleşme yönünden pek de bir önem arz etmezken; tahkim yeri hukuku ve mahkemeleri, genellikle kabul edildiği üzere tahkim yargılaması üzerinde, otorite sahibi olup denetim rolünü üstlenmektedir.

⁹² Yeşilova, B.: age., s. 193.

⁹³ Yeşilova, B.: age. s. 193.

⁹⁴ Yeşilova, B.: age. s. 193.

⁹⁵ Yeşilova, B.: age. s. 193.

Eş deyişle tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun belirlenmediği ve söz konusu anlaşmanın varlığının tartışmalı olduğu hallerde, aranan şartlar, tahkim yeri hukukuna göre belirlenebilmektedir (karş. MTK m. 4/III)⁹⁶.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında;

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun; "Kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi" başlıklı 41. Maddesi son fıkrasında; "İhale sonucunun bütün isteklilere bildiriminden itibaren; 21 inci maddenin (b) ve (c) bentlerine göre yapılan ihalelerde beş gün, diğer hallerde ise on gün geçmedikçe sözleşme imzalanamaz." hükmü,

"İdareye şikâyet başvurusu" başlıklı 55. maddesi son fıkrasında; "İdareye şikâyet başvurusunda bulunulması halinde, başvuru üzerine alınan kararın son bildirim tarihini, süresi içerisinde bir karar alınmaması halinde ise bu sürenin bitimini izleyen tarihten itibaren on gün geçmeden ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunulmadığı hususuna ilişkin sorgulama yapılmadan veya itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması halinde ise Kurum tarafından nihai karar verilmeden sözleşme imzalanamaz." hükmü, yer almıştır.

Kanunun yukarıda belirtilen amir hükümlerine rağmen, bu süreler beklenmeksizin sözleşme imzalanmış, ancak yapılan şikâyet başvurusu üzerine idare tarafından üzerinde sözleşme imzalanan isteklinin belgelerinin geçersiz olmasına karar verilmesi durumunda, imzalan sözleşme feshedilmektedir.

Sözleşmenin bu nedenle tasfiye edilmiş olması durumunda, aynı sözleşmenin tahkim anlaşmasına yönelik hükümleri ayakta kalmaya devam etmekte ve tahkim anlaşması geçerliliğini korumaktadır.

Öte yandan, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun; "Sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeler" başlıklı 22. maddesinde; "19 uncu maddeye göre yüklenicinin fesih talebinin idareye intikali, 20 nci maddenin (a) bendine göre belirlenen sürenin bitimi, 20 nci maddenin (b) bendi ile 21 inci maddeye göre ise tespit tarihi itibarıyla sözleşme feshedilmiş sayılır. Bu tarihleri izleyen yedi gün

⁹⁶ Berber L. K., Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi, (Kompetenz-Kompetenz) Prof. Dr. İrfan Bastuğ Armağanı, Ankara, 2001, s. 125.

içinde idare tarafından fesih kararı alınır. Bu karar, karar tarihini izleyen beş gün içinde yükleniciye bildirilir.

19, 20 ve 21. maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar alındığı tarihten gelir kaydedileceği tarihe kadar Devlet İstatistik Enstitüsünce yayımlanan aylık toptan eşya fiyat endeksine göre güncellenir. Güncellenen tutar ile kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı arasındaki fark yükleniciden tahsil edilir.

Hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle teminat alınan hallerde, alıkonulan tutar gelir kaydedileceği gibi, sözleşmenin feshedildiği tarihten sonra yapılmayan iş miktarına isabet eden teminat tutarı da birinci fıkra hükmüne göre güncellenerek yükleniciden tahsil edilir.

Gelir kaydedilen teminatlar, yüklenicinin borcuna mahsup edilemez.

19, 20 ve 21. maddelere göre sözleşmenin feshedilmesi halinde, yükleniciler hakkında 26 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır. Ayrıca, sözleşmenin feshi nedeniyle idarenin uğradığı zarar ve ziyan yükleniciye tazmin ettirilir.” hükmü,

“Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshi” başlıklı 23. Maddesinde; “Mücbir sebeplerden dolayı sözleşmenin feshedilmesi halinde, hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek, kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar iade edilir.” hükmü, yer almıştır.

Bu hükümler uyarınca, idare ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin feshedilmesi durumunda, sözleşme tahkim anlaşması hariç, bütün hükümleri ile sona ermiş olmasına rağmen, aynı sözleşme içinde yer alan tahkim kaydına yönelik hükümler ayakta kalmaya ve geçerliliğini korumaya devam edecektir.

B) Tahkim Anlaşmasına Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

4886 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun; “Tahkim Anlaşması” başlıklı 2. Bölümünün “Tanımı ve şekli” başlıklı 4. Maddesinin 3. Fıkrasında; “Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya

böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.” hükmü,

“Tahkim Yargılama Usulü” başlıklı 4. bölümü altında yer alan, “Hakem veya hakem kurulunca bilirkişi atanması, delillerin toplanması, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kuralları ve sulh” başlıklı 12. maddesinin “c” fıkrasının 1. ve 2. bentlerinde; “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.

Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir.” hükmü, yer almıştır.

Tahkim anlaşmasına ait çeşitli sorunların çözümünde, uygulanacak hukukun tespiti, gerek öğretilerde gerekse uygulamada, önemli olmaktadır.

Gerçi UNCITRAL Model Kanunu nedeniyle belli bir harmoni yaşanmakta ise de milli hukuklar bağlamında, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkındaki şekli ve maddi şartların farklılaşmasına bağlı olarak taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı konusunda, uygulanacak hukuk, hala büyük bir önem arz etmektedir⁹⁷.

Kaldı ki, mahkemelerin tahkimde, özellikle yardım ve denetim işlevlerini yerine getirebilmeleri yönünden, öncelikle kendilerince belirlenen hukuka göre söz konusu tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının tespiti, hayati bir önemi haizdir.

⁹⁷ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 195.

Zira uygulamada, tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen bir hakem kararının, teorik tartışmalar bir yana bırakıldığında, başka ülkelerde tenfizi, neredeyse mümkün gözükmemektedir⁹⁸.

Tahkim anlaşmasının değişik yönlerine ilişkin uygulanacak hukukun tespiti, açıklıkla henüz çözüme kavuşturulmuş değildir.

Çatışma genelde, şu 4 ana temele dayanmaktadır⁹⁹:

a) Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespitinde, anlaşmanın varlığı ile geçerliliğinin birbirinden ayrılması zorunludur (1961 Cenevre Sözleşmesi m. VI)¹⁰⁰.

b) Tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliği sorunu, farklı zamanlarda; farklı mercilerin önünde gündeme gelebilir. Problemin çözümü, sorunun nerede ve hangi anda yaşandığı ile yakından ilgilidir. Bu kapsamdaki sorunların, mahkemeler önünde¹⁰¹:

i) Taraflardan birinin uyuşmazlığı, dava açarak mahkemelere taşıdığı bir sırada, diğer tarafın geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığına dayanarak itirazda bulunması halinde (MTK m. 5/I);

ii) Tahkimin desteklenmesi amacıyla mahkemelerden geçici hukuki korumanın talep edildiği durumlarda (MTK m. 6/III, IV);

iii) Taraflardan birinin hakem heyetinin oluşumuna katılmaması üzerine diğer tarafın, hakemin seçilmesi veya hakem heyetinin teşekkülü konusunda, mahkemeye başvurması üzerine (MTK m. 7/B/III);

iv) Hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararlarının denetimi sırasında (MTK m. 7/H/V; 15/A/II, b.1, d; Model Kanun m. 16/III);

v) Uyuşmazlığın esasıyla ilgili hakem kararının icrası veya iptali istendiğinde, çözümlenmesi gerekebilir.

⁹⁸ Yeşilova, B.: age. s. 195

⁹⁹ Yeşilova, B.: age. s. 195

¹⁰⁰ Yeşilova, B.: age. s. 195.

¹⁰¹ Yeşilova, B.: age. s. 212.

c) Tahkim anlaşmasının varlık-geçerliliğini etkileyen ve her biri için de farklı hukukun uygulanmasını gerektiren, pek çok ilintili durum bulunabilmektedir;

d) Konuyla ilgili düzenlemelerin kapsam ve uygulama alanlarının netlik kazanmamış olması halinde, özellikle milletlerarası sözleşmeler ile milli hukuklar arasında bir çatışma yaşanabilmektedir.

Her bir durumda, uygulanacak hukukun tespiti bakımından, değişen zamana bağlı olarak farklı bağlanma noktalarının tercih edilmesi mümkündür. Örneğin, hakem kararı verilinceye kadar geçen zaman ve harcanan emek, dikkate alındığında, tahkim anlaşmasının varlığının sorgulandığı bir durumda, tahkim anlaşmasının olabildiğince geçerliliği yönündeki yaklaşımların benimsendiği, görülür¹⁰².

Esasen, farklı zamanlarda ve farklı makamlarca konuya ilişkin farklı kuralların uygulanacak olması, tüm aşamalar için geçerli tek bir kuralın varlığını, haklı kılmaktadır. Hatta bir çelişki gibi gözükse de bu farklılaşmanın, aynı ülke içerisinde, mahkemelerin söz konusu konuyu inceledikleri zamana bağlı olarak gerçekleşmesi dahi mümkündür. Örneğin, bir mahkeme tarafından tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözmeleri gerektiği sonucuna varılırken; yargılamanın sona ermesinin ardından, söz konusu hakem kararının iptaline ya da icrasının reddine, geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmaması nedeniyle hükmedilebilmektedir.

2. Tahkim Anlaşmasının Şekli Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının şekli geçerliliği, pek çok ülke hukukunda ve milletlerarası düzenlemede, doğrudan, maddi devletler özel hukuku kuralları sevkedilmek suretiyle düzenlenmiştir (1958 New York Sözleşmesi m. II; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. I/2, a; MTK m. 4/II; Model Kanun m. 7;).

Bu şekildeki belirleme, başkaca bir hükmün bulunmasına ihtiyaç bırakmaksızın, sorunun kolaylıkla çözümlenmesine yardımcı olmaktadır. Lakin bu kez de, özellikle, ülke hukukunda geçerli olan, aynı yöndeki hükümlerden öncelikle

¹⁰² Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 212.

hangisinin uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Milli kanunlarda yer alan, sonraki tarihli ve daha esnek şekil şartları içeren düzenlemeler ile milletlerarası sözleşmelerde yer alan hükümler çelişebilmektedir (MTK m. 1/VI). Üstelik milli kanunlarda yer alan hükümlerin içeriklerinin ve nasıl uygulanacaklarının belirlenmesi de gerekebilmektedir¹⁰³.

1958 New York Sözleşmesi, uygulama alanıyla sınırlı olmak üzere, bir azami norm getirmekte olup bu alanda, milli kanunlarca daha sert ve katı düzenlemeler uygulanamaz. Buna göre, New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesindeki şekil şartını sağlayan bir tahkim anlaşmasının, akit devletlerce kendi milli kanunlarında yer alan, daha katı düzenlemelere rağmen geçerli kabul edilmesi gerekir.

Lakin milli tahkim kanunları, UNCITRAL Model Kanunu sonrası, genellikle, New York Sözleşmesi'nde yer alan, özellikle yazılılığa ilişkin şekil şartından daha esnek hükümler içermektedir. Bu nedenle yukarıda anılan olasılığın tam aksine, bir tahkim anlaşması, New York Sözleşmesi'nde yer alan yazılılık biçimindeki şekil şartını sağlayamadığı halde, milli tahkim kanunlarında yer alan şekil şartını kolayca karşılayabilmektedir.

Düzenlemenin bu yalın hali karşısında, milli kanunlarda yer alan, daha esnek şekil şartının sağlanmış olmasına karşın; sözleşmede yer alan şekil şartının karşılanamamış olması halinde, tarafların, ne söz konusu tahkim anlaşmasının ne de ona dayalı hakem kararının Sözleşme bağlamında, tanınması/tenfizini istemesi, mümkün değildir. Buna karşın tarafların, bu halde, ancak, milli kanunlar kapsamında, tahkim anlaşmasının tanınmasını-icrasını isteyebileceği; Sözleşme'nin VII. maddesinin, taraflara, daha lehe olan milli kanunlara veya sair milletlerarası düzenlemelere (bkz. 1961 Cenevre Sözleşmesi, m. I,2,a) dayanabilme imkânını sunduğu, öğretide savunulmaktadır¹⁰⁴.

Model Kanun uygulamasına gelince: Model Kanun'un 7. maddesi, pek çok diğer hükümde olduğu gibi, (Model Kanun m. 1/II) tahkim yerinin, Model Kanun'u

¹⁰³ Ekşi, N.: Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2004, s. 73-76.

¹⁰⁴ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 198.

kabul etmiş ülke içinde olması durumunda, uygulanmaktadır (karş. MTK m. 1/II). Tahkim anlaşmasında, tahkim yerinin bir başka ülke olarak belirlenmesi halinde (karş. MTK m. 1/II), bir başka anlatımla tahkimin, milletlerarası tahkime özgü milli tahkim kanununa tabi olmaması durumunda, mahkemeler yönünden çözümü gerekli sorun, tahkim anlaşmasına yönelik şekil şartının neye göre belirleneceğidir. Örneğin, tahkim yeri Berlin olan ve fakat taraflarınca da Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tutulmayan (MTK m. 1/II) bir tahkim yargılamasına konu olması beklenen uyuşmazlığın, Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'ne taşınması, diğer tarafın da tahkim itirazında bulunması, mümkündür (MTK m. 5/I). Sorunun çözümünde, uygulanacak hükümler bakımından, üç olasılık bulunmaktadır¹⁰⁵:

a) Tahkim yeri milli hukukuna ait düzenlemeler veya

b) Davanın açıldığı ülkenin tarafı olduğu 1958 New York Sözleşmesi'nin II. maddesi (ki bu halde, uygulanması mümkün 1961 Cenevre Sözleşmesi m. I, 2, a; ayrıca bkz. X, 7).

c) Açık hükmün varlığına rağmen milletlerarası tahkime ilişkin milli kanunun ilgili hükmü (karş. MTK m. 1/III, 4, 5, 6).

3. Tahkim Anlaşmasının Maddi Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da alternatifli bir sayım bulunmaktadır. Buna göre, tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşması için seçtiği hukuka; ancak böyle bir seçimin olmaması halinde, Türk hukukuna tabidir (MTK m. 4/III).

Yukarıda anılan durumlar dışında, tahkim anlaşmasıyla ilgili diğer tüm konularda (örneğin, tahkim anlaşmasının kurulup kurulmadığı; icap ve kabulünün karşılıklı ve birbirine uygun olup olmadığı; tahkim anlaşmasının gerek kişi gerekse konu yönünden kapsamı; tahkim anlaşmasının temliki, devri yahut sona erip ermediği vb. konular)¹⁰⁶ uygulanacak hukukun belirlenmesi yönünden türlü olasılıklar bulunmaktadır. Uygulanacak hukukun neye göre belirleneceği konusu dışında, belki de öncelikle tespiti gereken husus, uygulanacak hukukun kim tarafından ve ne zaman-hangi evrede belirleneceğidir.

¹⁰⁵ Yeşilova, B.: age. s. 198.

¹⁰⁶ Yeşilova, B.: age. s. 208.

Uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından, klasik kanunlar ihtilafı sistemi benimsenebilirken; özel, maddi kanunlar ihtilafı kuralları da tercih edilebilmektedir. Örneğin Fransız hukukunda, tahkim anlaşmasının geçerliliği, herhangi bir milli hukuka göndermede bulunulmaksızın tümüyle tarafların iradesi temelinde belirlenmektedir¹⁰⁷.

1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, a maddesi, hakem kararlarının tanınması-tenfizi bağlamında, tahkim anlaşmasının tarafların kararlaştırdıkları hukuka, yoksa hükmün verildiği yer hukukuna göre geçerli olmaması halini, bir tanıma-tenfiz engeli olarak kabul etmiş; konuyu tümüyle tenfiz aşamasına yönelik düzenlemiştir (Model Kanun m. 36/I,a,i). Oysa benzer bir kriterin, hüküm öncesi dönemde, mahkemelerce tahkim anlaşması üzerine yapılacak yargılamalar için de geçerli olması gerektiği düşünülmektedir. Kaldı ki, farklı bir yaklaşımın benimsenmesi, hüküm öncesi dönemde, geçerli kabul edilen bir tahkim anlaşmasının, iptal davası sırasında veya hakem kararının tanınması-tenfizi aşamasında geçerli kabul edilmemesi gibi bir sonucu doğurabilir (kars. 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 2, a, b, c)¹⁰⁸.

Mesele, tahkim anlaşmasının –maddi- geçerliliği olduğunda, uygulanması beklenen, genelde iki kriter, ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, uygulamada nadiren görülen tarafların tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, ayrıca belirlemiş olmaları ihtimalidir(MTK m. 4/III).

Lakin bu esnada, çoğunlukla hukuki ilişkinin esasına taraflarca uygulanması öngörülen hukukun, herhangi bir özel belirleme içermeyen tahkim kaydı için de geçerli olup olmadığının yorumlanması sorunu, ortaya çıkmaktadır¹⁰⁹. İkinci kriter ise tahkim anlaşmasının tahkim yeri milli hukukuna göre geçerli olmasını, aramaktır (MTK m. 4/III)¹¹⁰. Zira 1958 New York Sözleşmesi kapsamında, taraflarca seçilen belli bir hukukun olmaması üzerine, (özellikle taraflarca öngörülen) tahkim yeri, tahkim anlaşmalarını en yakından ilgilendiren bağlanma noktasıdır¹¹¹. Orada, sadece

¹⁰⁷ Yeşilova, B.: age. s. 208.

¹⁰⁸ Yeşilova, B.: age. s. 209.

¹⁰⁹ Yeşilova, B.: age. s. 209.

¹¹⁰ Yeşilova, B.: age. s. 226.

¹¹¹ Akıncı, Z.: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994, s. 121, 122.

tahkim anlaşması icra edilmemekte; ama aynı zamanda, varlık ve geçerliliği iptal davası yoluyla sınanmakta ve tartışmaya açılmaktadır¹¹².

1993 yılında, Dalico kararı ile birlikte, Fransız hukukunda kabul edilen bir başka türdeki maddi kural yaklaşımına göre Cour de cassation, tarafların herhangi bir hukuk secimi yapmaksızın tahkim konusunda anlaşmalarını belirterek hakem kararının iptali istemini reddeden İstinaf Mahkemesi hükmünü onamış ve “...milletlerarası tahkim hukukunun maddi normlarına göre tahkim kaydı, milletlerarası kamu düzeni ve Fransız hukukunun emredici normları bir yana göndermede bulunduğu veya dahil olduğu ana sözleşmeden hukuken bağımsız olup varlığı ve geçerliliği, herhangi bir milli hukuka atıf yapmaya ihtiyaç kalmaksızın sadece tarafların ortak iradesine dayanır...” sonucuna ulaşmıştır. Bu hüküm, sadece diğer kazai içtihatlarla değil; öğreti tarafından da desteklenmiştir. Tahkimin milletlerarası niteliği ön plana çıkarıldığında, geçerliliğinin de milli hukuklardan bağımsız olarak ele alınması gerekir. Böylece Fransız mahkemelerinin tahkim anlaşmasının tam delocalizasyonuna sebep olduğu görülmekteyse de, her şekilde, milletlerarası kamu düzeni ve Fransız hukukunun emredici normları saklı tutulmuştur¹¹³. Bu düşünce, milletlerarası tahkim kayıtlarının içinde buldukları temel borç ilişkilerinden soyut ve bağımsız olmalarının doğal bir sonucu olarak görülmüştür. Aksi düşüncenin kabulü, yani milletlerarası nitelikteki tahkim kayıtlarının varlık ve geçerliliğinin milli hukuklara atfen tanımlanmaya çalışılması ise bir çelişki olarak değerlendirilmiştir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sorgulandığı bir ortamda, kullanılacak tek ölçüt, tarafların sıhhatli ve gerçek iradeleri ile milletlerarası ticarete geçerli yerleşik uygulama karşısında, tarafların iradelerinin ve eylemlerinin arz ettiği durumdur¹¹⁴. Yapılacak değerlendirme bakımından geçerli olan sınır ise Fransız hukukunun milletlerarası kamu düzeni anlayışı ile emredici kurallarıdır¹¹⁵.

Öğretide, “geçerlilik prensibi” adı altında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin sadece kendisine atfen sorgulanmasını, tereddütsüz kabul etmenin güç olduğu ileri

¹¹² Yeşilova, B.: age. s. 209.

¹¹³ Uluocak, N.: Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağı Temlik ile İntikali-Fransız İçtihadı, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2, s. 993-995.

¹¹⁴ Yeşilova, B.: age. s. 210.

¹¹⁵ Yeşilova, B.: age. s. 210.

sürülmüştür. Böyle bir anlayış, Fransız hukukunun genişlemeci ve emperyalist bir eğilim içinde bulunmasına da yol açacaktır¹¹⁶. Oysa bu durumda, tahkim anlaşmasının geçerliliğini sorgulayan Fransız mahkemeleri, meseleyi, kendi hukukunda, lex fori'de kabul edildiği şekilde, belli bir veya birkaç milli hukuka göndermede bulunmayı tercih etmeksizin; bir maddi kural gibi, doğrudan milletlerarası ticaretin gereklerine ve bunun da sınırı olarak Fransa'nın milletlerarası kamu düzenine atfen çözümlenmektedir. Bu, Fransız hukukunun bir tercihidir; Fransız mahkemelerince uygulanacak bir kriterdir¹¹⁷.

4. Tarafların Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası tahkimde, tahkim anlaşmasını akdedenlerin ehliyetleriyle nadiren ilgilenilmiştir. Ehliyet sorunu, çoğu kez, temsil ve sübjektif tahkime elverişlilik konuları ile birlikte değerlendirilmiş; karşılaştırmalar, bu üç başlık arasında yapılmaya çalışılmıştır¹¹⁸.

Konuyu, nadiren düzenleyen hükümlerden biri de 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin VI, 2. maddesidir; tarafların ehliyeti, kendilerine uygulanacak hukuka tabidir (MÖHUK m. 8/I, IV). Oysa başta, 1958 New York Sözleşmesi olmak üzere, pek çok milli hukuk, meseleyi, büyük ölçüde, hakem kararların iptali ya da tanınması-tenfizi aşamasına ilişkin olarak düzenlemiştir. (New York Sözleşmesi m. V, 1, a; MTK m. 15/A/II, 1, a; Model Kanun m. 34, 2, a, i;). Şu halde, sorunun çözümü, tarafların kendilerine uygulanacak hukukun ne olduğunun belirlenmesi ile ilgili olmaktadır ki, bu da tümüyle genel kanunlar ihtilafı kurallarıyla bağlantılı bir meseledir¹¹⁹.

Ehliyet sorununun gerçek ve tüzel kişiler yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi, yerinde olur.

Her iki durum için de tercih edilen, genellikle, meselenin klasik kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümüdür. Oysa milletlerarası tahkimde ve özellikle tüzel kişiler yönünden, bazı maddi kurallardan hareket edilmesi de önerilmektedir. Buna

¹¹⁶ Yeşilova, B.: age. s. 210.

¹¹⁷ Yeşilova, B.: age. s. 211.

¹¹⁸ Yeşilova, B.: age. s. 199.

¹¹⁹ Akıncı, Z.: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994, s. 121, 117.

göre, milletlerarası tahkimde, ticari aktivite icra eden tüzel kişilerin tahkim anlaşması yapabilmeleri bakımından hiçbir ehliyet sınırlaması söz konusu değildir; bu sayede söz konusu tüzel kişinin çoğu kez kendilerine uygulanacak milli hukuk yardımıyla tahkim anlaşmasından kaçabilmesinin de önüne geçilmektedir¹²⁰.

Tahkim anlaşmasına taraf olanların ehliyetleriyle ilgili meselelerden daha güncel bir başka sorun ise özellikle tahkim anlaşmasının bir vekil-temsilci aracılığıyla yapılması halinde, gündeme gelmektedir.

Bu durumda, sıklıkla tahkim anlaşmasının tarafı olarak gözüken tüzel kişiliğin usulüne uygun olarak temsil edilip edilmediğinin çözümü gerekmektedir¹²¹. Yine, tahkim anlaşmasını akdeden temsilcinin tahkim anlaşmaları için aranan özel yetkiden yoksun olması durumunda (BK m. 388/III; TBK¹²² m. 504/III; HUMK m. 63; HMK m. 74), ortada müvekkil bakımından hala geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığının da üzerinde durulmalıdır.

Şayet, tahkim anlaşmaları için temsilcinin-vekilin özel yetkiye sahip olması şart ise bu özel yetkinin de belli bir şekil şartına tabi olup olmadığı, sorunun çözüm bekleyen üçüncü ve son yönüdür¹²³. Sorunun çözümü için anılan sınırlandırmaları etkin kılacak milli hukuklara göndermede bulunan, kanunlar ihtilafı kurallarından mı yararlanılacağı, milletlerarası tahkimi de yakından ilgilendiren en genel sorudur. Zira milletlerarası tahkimde, özellikle tahkim anlaşmaları yönünden, milli hukuklarda aranan özel yetkiye itibar edilmeksizin, temsilcinin-vekilin sahip olduğu genel yetkinin tahkim anlaşmaları için de yeterli sayılmasına yönelik bir maddi kuralın geçerli olması, önerilmektedir¹²⁴. Yine, şirket tüzel kişiliğinin temsilinde, şirket ana sözleşmesinde öngörülen yahut uygulanacak hukukta düzenlenen özel ve sınırlayıcı hükümlere bakılmaksızın şirketi idare edenlerin, tahkim anlaşması yapabilmek bakımından aranan temsil yetkisine de –kendiliğinden- sahip olması gerektiği, öğretide ileri sürülmüştür. Oysa klasik anlayışa uygun olarak, sorunun çözümü, lex

¹²⁰ Yeşilova, B.: age. s. 217.

¹²¹ 11. HD. 10.4.1997, 711/2662 (XIX Batıder 1997/1, S. 188, 189).

¹²² 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Borçlar Kanunu için bkz. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

¹²³ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 217

¹²⁴ Yeşilova, B.: age., s. 201.

incorporationis veya lex domicilii kurallarına göre olacaktır. Ayrıca milletlerarası ticarete ve özellikle milletlerarası tahkimdeki, etki teorisine göre, temsilcinin yerleşim yeri veya temsil yetkisinin kullanıldığı yahut etkilerinin görüldüğü, sonuçlarının doğduğu yer hukukunun (tahkimde, tahkim yeri hukukunun) dikkate alınması da önerilmektedir¹²⁵.

Tahkim anlaşmaları için şayet özel yetki aranacaksa, bunun da belli bir şekil şartına (örneğin, tahkim anlaşmasıyla aynı şekle) tabi olmasının gerekip gerekmediği, çözümü hayli güç, diğer bir meseledir¹²⁶. Usulünce temsil edilmemişse şeklen de olsa akdedilen tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlaması, mümkün değildir. Yetkisiz temsil, çoğu kez temsil sınırlamalarına uyulmaması halinde (çift imza ile temsil; özel yetki şartıyla temsil) gündeme gelecektir. Bir diğer geçersizlik ise tahkim anlaşmaları yönünden özel yetkinin zorunlu olduğu ve bunun da belli bir şekil şartına tabi olduğu halde, buna uyulmaması durumunda, yaşanabilmektedir. Oysa öğretilerde, meselenin ne tahkime ilişkin milletlerarası düzenlemelerde ne de milli tahkim kanunlarında, ayrıca ve açıkça düzenlenmemiş olmasından hareketle herhangi bir şekil şartının geçerli olmamasının gerektiği ileri sürülmüştür¹²⁷.

Tahkim anlaşmaları yönünden aranan şekil şartının, temelde, iki gayeye hizmet ettiği söylenebilir. Bunlardan ilki, hiç şüphesiz ki, tarafların korunmasıdır; tarafların tabii hâkimlerden ayrıldıklarının farkında olmalarını sağlamaktır. İkincisi ise, delil yaratmaktır. Yazılı bir tahkim anlaşması, hem tarafların tahkime gitmek konusunda anlaşıklarının hem de akdedilen tahkim anlaşmasının içeriğinin delilidir. Oysa öğretilerde, artık bu işlevlerin (özellikle ilkinin) milletlerarası tahkimde, milletlerarası tahkimin ve ticaretin aktörleri için hala geçerli olup olmadığı, sorgulanmaktadır. Temsil yetkisinin bir şekil şartına tabi kılınmasının özellikle milletlerarası ticarete, yukarıda sayılan işlevleri sağlamak bakımından ne derecede gerekli olduğu, ayrıca tartışmalıdır.

¹²⁵ Tekinalp G.: Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977, s. 36 vd.; Tekinalp G.: Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun ve Bazı Problemler, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 237-239.

¹²⁶ Bkz. Tekinalp G., age., s. 243.

¹²⁷ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 220.

Şayet böyle bir şekil şartında ısrar edilecekse o halde, bunun milletlerarası düzeyde, yeknesak bir biçimde düzenlenmesinin gerektiği de savunulmuştur¹²⁸.

Milletlerarası tahkimin taraflarının milli hukuklarca ayrıca ve özel olarak korunmasının gerekip gerekmediği fikri, zaten tartışmalıdır¹²⁹. Özetle gerek ehliyete gerekse temsile ilişkin konularda, milli hukuklara öncelik veren ve çoğu kez tarafın, adeta kendi milli hukukuna sığınarak bir milletlerarası ilişkideki yükümlülüğünden kaçınmasına neden olacak anlayışın, eleştirildiği ve aşılmaya çalışıldığı görülmektedir. Özellikle karşı tarafın, böyle bir eksikliğe maruz kaldığından habersiz olması durumunda; işlemin sıhhatine yönelik haklı bir güveninin de bulunması halinde, artık anılan eksiklikten hareketle tahkim anlaşması, geçersiz sayılmamalıdır (karş. MÖHUK m. 8/II)¹³⁰.

Türk hukuku bakımından meselenin değerlendirilmesine gelince: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı, özellikle tahkimde temsile ilişkin sorunların ağırlıklı olarak incelendiği bir içtihattır¹³¹. Uyuşmazlık, milletlerarası tahkimde sıkça görülen, yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu tahkim anlaşmasının temsil olunanı bağlamadığı, iddiasıyla ilgilidir. İçtihat, hakem kararının tenfiziyle ilgili olmakla birlikte, bu sorunun özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, tahkim itirazı aşamasında (MTK m. 5/I); hakem tayini sırasında (MTK m. 7/B/III); hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili kararın denetiminde (karş. MTK m. 7/H) yahut nihai hakem kararının iptali safhasında (MTK m. 15/A/II, b. 1, a) gündeme gelmesi mümkündür.

Davada, tenfiz talebinin reddini savunan davalı, özellikle yetkisiz temsilcinin akdetmiş olduğu tahkim anlaşmasının kendisini bağlamayacağını ve geçersiz

¹²⁸ Yeşilova, B.: age. s. 202.

¹²⁹ Yeşilova, B.: age. s. 203.

¹³⁰ Blessing M.: The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 182.

¹³¹ HGK, 11.10.2000, 19-1122/1256 (İKİD, Mayıs 2002, s. 1079-180). Ayrıca bkz. Sempozyum, s. 217; Esen, E.; Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Prof. Dr Gülören Tekinalp'e Armağan, 23 MHB 2003/1-2, s. 378 vd.

olduğunu ileri sürmüştü; yerel mahkeme, sair nedenler yanında, anılan iddiayı da haklı bularak tenfiz talebini reddetmiştir.

Temyiz incelemesinde, “...Taraflar arasında imzalanan 12.07.1996 tarihli sözleşme ile 25.000 ton (+ % 10) ekmeklik buğdayın alım satımı hususunun kararlaştırılmış olduğu ancak, sözleşmeyi davalı şirket adına imzalayan Melih Bırak’ın şirketi temsile yetkili olmadığı bu nedenle sözleşmede yer alan tahkim şartının davalı şirketi bağlamayacağı kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş ise de, davalı şirketin yönetim kurulu başkanı olup, temsil yetkisi bulunan Tuncer Akoğlan, davacı şirkete keşide ettiği 31.07.1996 tarih ve 19505 sayılı ihtarname ile taraflar arasında 12.07.1996 tarihinde Arjantin Menseli ekmeklik buğdayın alım satımı konusunda sözleşme yapıldığını kabul ederek, buğday fiyatlarındaki düşüşler nedeni ile sözleşmenin devamının mümkün olmadığını, ancak sözleşmenin oluşan yeni şartlarla sürdürülebileceğini bildirilmiştir. Bu benimseme karşısında taraflar arasında geçerli bir sözleşme ve tahkim şartının bulunmadığı yolunda mahkeme kabulü isabetli değildir...” gerekçesiyle yerel mahkeme hükmü bozulmuş; yerel mahkemenin direnme kararı üzerine Hukuk Genel Kurulu, “...Mahkemece, sözleşmeyi imzalayan Mehmet Melih Bırak’ın sözleşme ve tahkim şartını kabul etme yetkisinin bulunmadığı, bu konuda özel yetki verilmediği, kamu düzeni nedeni ile B.K. nun 388/3 maddesinde özel yetki kuralının zorunlu hale getirildiği, ayrıca, asıl sözleşmenin geçerli olmasının sözleşmedeki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermeyeceği belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir. Özel daire yukarıda açıklanan nedenle kararı bozmuş, yerel mahkeme aynı gerekçelerle direnmiştir. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir...” sonucuna varmıştır¹³². En az kararın gerekçesi kadar, karşı oy ve gerekçesi de tartışmaya değerdir. Karşı oy yazısı, “...Gerek doktrinde... gerekse yargı kararlarında... tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Davalıyı temsilen sözleşmeyi imza eden Melih Bırak’a “...özel ve tüzel tüm kuruluşlar nezdinde temsile...” yetki verilmiştir. Bu kişinin ana sözleşmeyi oluşturmak bakımından yetkisiz olduğu

¹³² Aynı yönde bkz. 19. HD. 1.5.2003, 2002-3763/4764, (Man BD 2004/3, s. 91, 92)..

söylenemez. Ana sözleşmede taraflar uygulanacak hukuku seçmişler, olaya İngiliz Hukukunun uygulanacağını açıklamışlardır. Öte yandan, 2675 sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca da İngiltere’de düzenlenen bu sözleşmenin tahkime ilişkin bölümünün geçerli olup olmadığını İngiliz Hukukuna göre çözmek gerekir. Dosya arasında bu yönde bir araştırma yoktur. Uygulama alanı bulunmayan HUMK’un 63. maddesi uyarınca özel yetkisi olmayan vekili tarafından kabul edilen tahkim şartının geçersiz olduğunu kabul eden mahkeme kararını doğru bulan çoğunluk kararına katılmıyorum...” şeklindedir. Taraflar arasındaki tahkimin GAFTA kurallarına tabi olduğu, bilinmektedir. O halde, kural olarak tahkim yerinin İngiltere (GAFTA Arbitration Rules Art. 1.2; 1996 AA §4); tahkimin de 1996 İngiliz Tahkim Kanunu’na tabi olduğunu (GAFTA Rules Art. 1.1) tespit etmek mümkündür. Bu bilgiler ışığında, özellikle tenfiz yargılamasının da dışına çıkılarak sorunun daha genel olarak incelenmesine gelince: Çözümü gereken hukuki mesele, tüzel kişiliğin yetkisiz temsili sonucunda, akdedildiği düşünülen tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının hangi hukuka göre belirleneceğidir. Şayet, bir yetkisiz temsilin gerçekleştiğinin sonucuna varılacaksa, temsil olunan tarafı bağlayan bir tahkim anlaşmasının artık söz konusu olmayacağı, rahatlıkla söylenebilir. Sorunun tahkim anlaşmasının sekli geçerliliğine ilişkin olmadığı, açıktır¹³³. Burada, daha ilk bakışta, tahkim anlaşmasının asili de bağlayacak şekilde tarafları arasında kurulup kurulmadığı; bir anlamda maddi geçerliliği sorgulanmaktadır. O halde, çözümü gereken ikinci mesele, artık, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine uygulanacak hukukun (MTK m. 4/III) yetkisiz temsile ilişkin sorunun çözümünde de kullanılıp kullanılmayacağıdır. Yukarıda, temsile ilişkin olarak uygulanacak hukuk konusunda, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği dışında, bir başka milli hukuka, hatta hiçbir kanunlar ihtilafı kuralına itibar edilmeksizin milletlerarası tahkimde geçerli olan maddi kurallara bağlı kalınarak sorunun çözülmeye çalışıldığı belirtilmişti¹³⁴.

Temyiz incelemesinde öne çıkan husus, asıl sözleşmenin asil tarafından kabullenilmesinin, aynı zamanda, ana sözleşmenin bir parçası olduğu düşünülen tahkim kaydını da geçerli kıldığının belirtilmiş olmasıdır.

¹³³ “Sorunun bir ehliyet meselesi olarak görülmesi de, beklenmemelidir” Bkz. Esen, E.: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının 3. Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008, s. 383, 384.

¹³⁴ Karş. Esen, E.: age., s. 386.

Hukuk Genel Kurulu kararında yazıldığı şekliyle yerel mahkeme kararında, tahkime ilişkin özel yetki konusunda, hiçbir kanunlar ihtilafı kuralı tartışılmaksızın (MÖHUK m 1/I), doğrudan BK'nın 388/III. ve HUMK'un 63. maddelerine (aynı yönde bkz. HMK m. 74) göndermede bulunulması (MTK m. 17/I), dikkat çekicidir¹³⁵. Daha da önemlisi, özellikle BK'nın 388. maddesi hükmünün kamu düzeninden kabul edilmesidir¹³⁶. Yargıtay'ca da tasvip gören gerekçe, İsviçre hukukunda geçerli; anılan hükmün tahkim yeri İsviçre olan tüm tahkim yargılamalarında doğrudan uygulanacağına ilişkin görüşle paralellik arz etmektedir. Şu halde, artık karşımızda, yabancı unsurlu meselelerde, hiçbir kanunlar ihtilafı kuralını uygulamaya gerek kalmaksızın doğrudan doğruya uygulanması beklenen; tahkim yeri hukukunun müdahaleci, mutlak emredici bir kuralı bulunmaktadır¹³⁷.

Bütün bunların sonucunda;

Milletlerarası tahkimin süjeleri için ne gibi faydalarının olduğu, gerekliliği, dahası yerindeliği konularının bir kez daha gözden geçirilmesi gerekir¹³⁸.

Tahkim anlaşmaları için özel yetki aranacak ise bunun (özel yetkinin) belli bir şekil şartına (örneğin tahkim anlaşmasının tabi olduğu şekil şartına) tabi olup olmadığı, kararda değinilmeyen bir başka husustur. Somut olayda olduğu gibi tenfiz

¹³⁵ Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi tahkim yargılamaları bakımından, HUMK'un 63. maddesinin aynı kanununun 17. maddesi nedeniyle bir an için uygulanmayacağı kabul edilse dahi yine de uygulanmayı bekleyen BK'nın 388/III. maddesi vardır ki, Yargıtay'ın sözü edilen bu kararı, söz konusu hükmü, yabancı unsurlu meseleler yönünden, doğrudan uygulanması gereken, müdahaleci bir iç hukuk hükmü haline getirmiştir.

¹³⁶ Aynı yönde bkz. 6. Asliye Ticaret Mahkemesi, 22.1.1986, 1984-136/1, (Esen, E.: age., s. 392, 393). Gerek tahkim anlaşmasının gerekse hakem sözleşmesinin yapılabilmesi bakımından vekilin özel yetkiyi haiz olması gerekir. Hatta HUMK'un 529. maddesi gereğince (karş. MTK m. 10/B) tahkim süresinin uzatılması yönünden de vekilin özel yetkiye sahip olması gerektiğine inanılır. Aynı görüşe göre, özel yetkiye ilişkin kural, kamu düzeninden sayıldığından, gerek hakemlerce gerekse mahkemelerce kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Bkz. Gürdoğan, B.: Davaya Vekalette Özel Mezuniyet Gerektiren Haller, Temsil ve Vekalette İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 152, 153.

¹³⁷ Dayınlarlı, K.: Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 30-32;

¹³⁸ Esen, E.: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının 3. Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008, s. 402, 403.; Bkz. Dayınlarlı, K.: Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994, s. 79.

yargılamaları bakımından meselenin yine 1958 New York Sözleşmesi'nin II, 2. maddesine tabi olup olmayacağına da sorgulanması gerekir¹³⁹.

Tahkim anlaşmasının yapılması konusunda, aranan özel yetkinin, tahkim anlaşmaları için geçerli şekil şartına tabi olup olmadığı meselesi yönünden ve Türk hukuku özelinde, BK'nın 388/III. (TBK'nun 544/III) maddesiyle ilgili önceden yapılmış tartışmaların ve değerlendirmelerin hatırlanması, yerinde olur. Hüküm, özel yetkiyle ilgili açık bir şekil şartı içermemektedir. Hükümün lafzen, belli bir şekil şartı içermemesi nedeniyle ne tarafları arasındaki vekalet sözleşmesinin ne de temsil yetkisi veren beyanın belli bir şekil şartına tabi olması söz konusu değildir (BK m. 11; TBK m. 12)¹⁴⁰. Oysa özellikle taşınmaz alım-satımlarına ilişkin olarak yapılan vekâlet sözleşmelerinin resmi şekle tabi olup olmadığı konusunda, öğretilerde, meseleye ilgili pozitif hükümler bir yana (Noterlik Kanunu m. 84, 89), söz konusu vekâlet sözleşmesinin de resmi şekle tabi olması gerektiği ileri sürülmüştür. Özellikle temsil yetkisi veren bireyi düşünmeye sevk etmek; gerçekleşen hukuki ilişkinin geçerliliğini, mümkün olduğunca sağlamak yönlerinden böyle bir şekil şartının aranması lehinde görüşler bildirilmiştir¹⁴¹. Öğretilerde ileri sürülen gerekçelerin aynı ölçüde, tahkim anlaşmaları bakımından da geçerli olması rahatlıkla düşünülebilir. Ne var ki, böyle bir uygulamanın milletlerarası ilişkilerde, milletlerarası tahkimde de geçerli olmasını; iç hukukta geçerli olan kimi hassasiyetlerin milletlerarası ilişkilerde de varlığını sürdürmesini beklemek hem zordur; hem de daha büyük haksızlıklara yol açabilir.

Ehliyet ve temsil yetkisi dışında, problem, özellikle milletlerarası tahkim uygulamasında, çoğu kez, sübjektif tahkime elverişlilik şeklinde yaşanmaktadır (1961 Cenevre Sözleşmesi m. II, 1).

¹³⁹ Yeşilova, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007, s. 207.

¹⁴⁰ Eren, F.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s. 396; Kılıçoğlu A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2002, s. 160.

¹⁴¹ Oğuzman K.M/Seliçi O/Oktay-Özdemir S., Eşya Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 291, 292; Ertaş, Ş.: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, 2006, s. 186.

Tartışmanın özünde, kamu tüzel kişilerinin kendi milli hukuklarında yer alan, tahkim yapamayacaklarına ilişkin sınırlamaların (örneğin, 1979 İran Anayasası m. 139) yapılan tahkim anlaşmalarını ne derecede geçersiz kıldığı yatmaktadır.

VI. Tahkim Anlaşmasının İçeriği

Gerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, gerekse Milletlerarası Tahkim Kanununda tahkim anlaşmasına hangi hususların dercedileceğine dair bir hüküm mevcut değildir.

Yalnız Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu¹⁴²nun 516. maddesinde "herhangi bir mukaveleye bundan tehdüd etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtası ile haline dair şart konabilir" demek suretiyle tahkim şartının neye dair olacağı belirtilmiştir. Bunun yanında her iki kanunda da tarafların aralarındaki uyuşmazlığın hakemler aracılığıyla çözülmesi konusunda tahkim anlaşması yapabileceklerine işaret edilmiştir.

Buna mukabil 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İle ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde

¹⁴² 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun "Tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli" başlıklı 412. maddesinde : " (1) Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.

(2) Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir.

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

(4) Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.

(5) Yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde, dava dosyası mahkemece ilgili hakem veya hakem kuruluna gönderilir." şeklinde hükme yer verilmiştir.

Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanunun 4. maddesi birinci fıkrasında; tahkim anlaşmasına dercedilecek hususlar teker teker sayılmak suretiyle gayet teferruatlı bir şekilde tespit olunmuştur.

Buna göre tahkim şartı veya sözleşmesinde tahkim yolu ile çözülecek uyuşmazlıklar, uygulanması istenen tahkim kuralları, tahkim yeri, hakem ya da hakem kurulunun seçimi ve sayısı, nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, hakem kurulunun yargılama usulü, yargılamada kullanılacak dil, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddî hukukun seçimi, tarafların delil ikamesi, bilirkişilerin seçimi, uyuşmazlığın diğer tarafa ne şekilde bildirileceği, bildirim süresi, tahkim süresi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, hakem ücreti, yargılama giderleri, vekâlet ücreti ve benzeri konular ayrıntılı biçimde düzenlenir.

Sonuç olarak tahkim anlaşmasının tarafların aralarında bir hakkın vücudu, kapsamı ve sonuçları hususunda ortaya çıkan belli bir nizanın (uyuşmazlığın) tahkim yolu ile halli hususunda vardıkları açık ve kesin mutabakatı ihtiva etmesinin lâzım ve yeterli olduğu söylenebilir.

Milletlerarası tahkimde bu anlaşmada tahkim yerinin, tahkim dilinin, tahkim usulünün ve uygulanacak hukukun, uyuşmazlığın esasına uygulanacak maddî hukukun, tahkimin belli bir müessesenin tahkim kurallarına göre cereyanı arzu ediliyorsa bu kuralların, tahkimin hangi ülkenin kazai yetkisine tâbi olarak cereyan edeceğinin ve tahkim sonucunda hakemlerce verilecek kararın temyizi veya iptali veyahut kolaylıkla infazının temini için gerekli görülecek hususların tasrih edilmesi de milletlerarası tahkimin uygulamasına uygun¹⁴³ ve faydalı olur.

VII. Tahkim Kaydının Yazılışında Dikkate Alınacak Hususlar

Tahkim şartı ya da anlaşmasında, bulunması zorunlu herhangi bir unsur söz konusu olmamasına rağmen; özellikle tahkim yeri, isteniyorsa hangi tahkim kurumunun kuralları uygulanacağı, tahkim dili, hakem sayısı, hakemlerin

¹⁴³ Yeşin, E.: Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 1996, sh. 443 vd..

belirleneceği usul ve tahkime uygulanacak kurallar gibi konuların kararlaştırılması, uyuşmazlığın çözümlenmesi açısından taraflara yararlı olacaktır¹⁴⁴.

A. Tahkim Yerinin Seçimi

Tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunun kararını vereceği yeri ifade etmektedir. Tahkim yeri kavramı, esas itibariyle coğrafî bir kavram olsa da sonuçları itibariyle son derece önemli bir hukukî kavramdır.

İç hukukta, tahkim yerinin önemi, hakem karar verildiği zaman tevdi yeri olarak bu kararın verildiği yer mahkemesine tevdi edilmesidir¹⁴⁵. Buna karşılık milletlerarası tahkim bakımından tahkim yerinin çok önemli hukukî sonuçları vardır.

Öncelikle Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, tahkim yeri, tahkime Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanıp uygulanmaması açısından önem taşımaktadır.

Yine tahkim yeri, hakem kararının iptal sebepleri ve iptal davasının açılacağı yer, tahkim usulüne uygulanacak hukukun belirlenmesi, tahkim anlaşmasının geçerliliği, tahkime elverişlilik ve hakem kararının tenfiz engellerinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi gibi konularda önemli hukukî sonuçlar doğurmaktadır.

Bu sebeple, milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, taraflar ve hakemler tahkimin en sağlıklı şekilde gerçekleşeceğine inandıkları ülkeleri tahkim yeri olarak seçmektedirler. Buna paralel olarak tahkim merkezi olmak isteyen devletler de tahkim mevzuatlarını milletlerarası tahkimin çağdaş gereksinimlerine cevap verecek şekilde değiştirmekte ve geliştirmektedirler. Son yıllarda Türkiye'nin tahkim alanındaki New York ve Cenevre Sözlüşmeleri'ne taraf olması ve özellikle UNCITRAL Model Kanunu'nun esas alındığı 4686 Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, bu duruma örnek oluşturmaktadır.

¹⁴⁴ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, s. 73.

¹⁴⁵ Dayınlarlı, K.: HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İ Tahkim (m. 516-536), Ankara, 2004, s. 63.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun "Tahkim Yeri" başlıklı 9. maddesinde; "Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir.

Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir." hükmü yer almıştır.

Tahkim yeri ile ne ifade edilmek istendiği Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Fakat tahkim yerinin de facto değil, şeklen ifade edilmiş bir yer olduğu söylenebilir. Türkiye'de bulunan tahkim yeri, tahkim davasında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasını sağlayan bir bağlama noktasıdır¹⁴⁶.

Tahkim yerinin tayini 9. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu yer, milletlerarası teamüle uygun olarak, taraflarca serbestçe kararlaştırılan veya müessesevi tahkimde tarafların seçtiği tahkim kurumunca belirlenen yerdir. Tahkim yerinin bu şekilden biri ile belirlenmesini öngören bir anlaşma yoksa, tahkim yeri olayın özellikleri nazarı itibara alınarak hakem kurulunca belirlenir.

Tahkim yerinin Türkiye olduğu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık yabancı unsurlu ise, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanına girecektir. Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlenmesi halinde de, taraflar ya da hakem veya hakem kurulu Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasını kararlaştırabilirler¹⁴⁷. Bu nedenle tarafların bu Kanun'un uygulanmasını seçmelerine, tahkimin Türkiye dışında olması; tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda uygulanmasına da, tahkimin Türkiye'de olması denilebilir.

İhaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilen, sözleşme uygulamaları ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre yürütülen mal, hizmet ve yapım işlerine yönelik alımların gerçekleştirildiği, yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan

¹⁴⁶ Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin G.: Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2003, s.26

¹⁴⁷ Akıncı Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s.49

ihalelerin, Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme (Anahtar Teslimi Götürü Bedel Sözleşme/Birim Fiyat Sözleşme/Karma Sözleşme'nin "Anlaşmazlıkların Çözümü" başlıklı 32. Maddesinde, Mal Alımlarına Ait Tip Sözleşme (Birim Fiyat / Götürü Bedel Mal Alımı Tip Sözleşmesi)'nin "Anlaşmaların Çözümü" başlıklı 42. Maddesinde ve Hizmet Alımlarına Ait Tip Sözleşme (Birim Fiyat/Götürü Bedel Hizmet Alımı Sözleşmesi)'nin 37. Maddesinde;

Sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak milletlerarası tahkim öngörülmesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin varlığında sözleşme maddelerinin;

"... Tahkim yeri, (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır).....'dır. Yetkili mahkeme (İdarenin bulunduğu yer yazılacaktır)..... Asliye Hukuk Mahkemesi'dir....." şeklinde düzenlemesi gerektiği,

Belirtilmiştir.

Örneğin Ulaştırma Bakanlığına bağlı Karayolları Genel Müdürlüğü Ankara 4. Bölge Müdürlüğü tarafından, yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde gerçekleştirilen, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin varlığının bulunduğu yol yapımına yönelik bir ihalede, isteklilere satılan ihale dokümanları arasında yer alan Tip Sözleşmelerde;

Tahkim yeri olarak idarenin bulunduğu Ankara ve yetkili mahkeme olarak da Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi belirlenmesinde bulunulmuş ise, ihaleye katılan istekliler tarafından verilen teklif mektuplarında, ihale dokümanının okunduğu, incelendiği ve aynen kabul edildiği belirtildiğinden ve ihalenin sonuçlanması üzerine üzerinde ihale bırakılan istekli ile bu şartları taşıyan sözleşme imzalandığından tahkim yeri artık "Ankara" olarak belirlenmiş olmaktadır.

Milletlerarası tahkim uygulamasında tahkim yerinden iki farklı husus anlaşılmaktadır.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Kalpsüz, T.: Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, sh. 81 vd.

(1)Tahkimin hukuken kendisi ile irtibat halinde olduğu yer manasında;

Bu yer tahkimin yürütülmesi, hakem kararının verilmesi gereken yerdir. Tahkimle ilgili hukuki işlemlerin bu yerde yapılması icap eder. Tahkim esas itibariyle bu yerin ülkesinde bulunduğu devletin kazai yetkisine tabi olur.

(2)Tahkimle ilgili münferit işlemlerin yapıldığı yer manasında;

Hakemler çeşitli mülahazalarla mesela, şahitlerin dinlenmesi, keşif yapılması, hakem kararının müzakere olunması gibi tahkimle ilgili münferit iş ve işlemlerin yapılması için tahkim mahallinde başka bir yerde toplanabilirler. Bu suretle tahkim yeri değiştirilmiş olmaz. Ama tahkim yerinde başka bir yerde işlemler yapmak veya toplanmak için hakemlerin bundan tarafları haberdar etmesi gerekir.

Bu manada Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 9. maddesi 2. fıkrasında, hakem kurulunun tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydı ile tahkim yerinden başka bir yerde de toplanabileceği hükme bağlanmıştır. Hükümden kurulun başka bir yerde toplanabilmesi için sadece tarafları bundan haberdar etmesi şart koşulmaktadır, taraflardan bunun için izin alması öngörülmemektedir.

Tahkim yargılamasının başka bir yerde toplanmayı gerektirip gerektirmediğinin takdiri, hakem kuruluna aittir. Herhalde başka bir yerde toplanmayı gerektiren sebebinde, başka bir yerde toplanma kararı ile birlikte taraflara bildirmesi uygun olacaktır.

Şüphesiz hakem kurulunca tahkim yerinin tayini, ancak bu yerin taraflarca kararlaştırılmamış olması halinde mümkündür. Ancak, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 9. maddesi 2. fıkrası hükmüne bu hususu ifade eden bir kaydın ilave olunması gereklidir.

Tahkim yerinin Türkiye'de olması, duruşmaların ve görüşmelerin Türkiye'de yapılması konusunda bir zorunluluk getirmediği gibi, hakemlerin toplandığı, tanık ve bilirkişilerin dinlendiği ya da tahkim kararının verildiği yer olarak da anlaşılmalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, Türkiye'de bulunan tahkim yeri, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanma şartlarından biridir ve

tahkim davasının Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tabi olmasını sağlayan bir bağlama noktası olarak kullanılmıştır¹⁴⁹.

Tahkim yerinin yabancı bir ülke olarak belirlendiği durumda, taraflar veya hakem kurulunca Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanacağı kararlaştırılmamışsa, kural olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu uygulanmaz. Fakat Kanun'un 1. maddesinde bu kuralın istisnaları belirtilmiştir ve Kanunun 5. ve 6. madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır denmektedir. Kanunun 5. madde hükmü uyarınca, tahkim şartına rağmen Türk mahkemelerinde dava açılması durumunda tahkim itirazında bulunmak mümkün kılınmıştır. Ayrıca 6. maddeye göre Türk mahkemesinden ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı istenebilecektir¹⁵⁰.

Tahkimin yapılacağı yerin tahkimin yürütülmesine tesiri olacağından tarafların tahkim yerini sözleşmelerinde tayin etmelerinde yarar vardır. Taraflar bunu tayin etmezlerse tahkim yeri seçtikleri organize tahkim¹⁵¹ usullerine göre veya ad hoc¹⁵² tahkimde hakem tarafından tayin edilir. Aşağıdaki kıstaslar tarafların tahkim yerini tespit etmesinde kullanılabilir:

a. Şahitlerin ifade ve bilirkişilerin bizzat hakem önünde izahat verecekleri göz önünde tutulmalı; ayrıca seyahat kolaylıkları, toplantı yerinin mevcut olup olmadığı, sekreter ve tercümana ihtiyaç duyulup duyulmadığı dikkate alınmalı ve dolayısı ile çok fazla seyahat masraflarına sebep olmayacak bir yer tespit edilmelidir.

b. Tahkim yeri tarafların ülkelerinde olmamalıdır.

¹⁴⁹ Nomer, E./Ekşi, N./Öztekin G.: Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2003, s.26

¹⁵⁰ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s.49

¹⁵¹ Belli bir müessese tarafından önceden tespit ve tayin edilen kaidelere göre yapılan ve bu kaidelere uygunluğu ilgili müessesenin teminatı altında olan tahkime "organize tahkim" denir.

¹⁵² Her nizada o nizanın halli için taraflarca seçilen hakem veya hakemlerin, o niza mahsus olmak üzere kararlaştırılan usul ve esaslar dairesinde niza halle memur edildikleri tahkime "ad hoc tahkim" denir.

c. Tahkim yeri usul kanunlarının yerel mahkemelerin tahkimin yürütülmesine karışmasına müsaade etmediği bir ülkede bulunmalıdır. Bu ülkenin usul kanunları taraflara eşit muamele edilmesi prensibini kabul etmiş olmalıdır.

Tahkim yerinin bulunduğu ülkenin usul kanunları tahkimin yürütülmesine tesir edebilir. Örneğin:

(1)Tahkim yeri kanunları yerel mahkemelere tahkimin yürütülmesinde müdahale imkânı verebilir.

(2)Yerel kanunlar hakemle çözülebilecek uyuşmazlıkları kısıtlayabilir.

(3)Yerel kanunlar emredici usul hükümleriyle tarafların tahkim usulünü kendilerinin tayini serbestîsini kısıtlayabilirler.

(4)Tahkim yeri kanunları diğer bazı hukuk sistemlerinde maddi hukuk meselesi sayılan hususu usul hukuku meselesi olarak kabul edebilir. Zamanaşımı müddetleri de tahkim yeri kanunlarına göre maddi hukuk veya usul hukuku meselesi olarak kabul edilebilir.

(5)Yerel kanun hakemlerinin uyuşmazlığı herhangi bir maddi hukuk hükümlerine başvurmaksızın sadece hak ve nefaset prensiplerine uygun olarak çözüme yetkisini kabul etmeyebilir.

(6)Yerel kanun tarafların eşitliği prensibine aykırı hükümleri ihtiva edebilir. Örneğin, tahkimde o memleket lisanının kullanılacağı, hakemlerin o memleket vatandaşlarından seçileceği veya tahkime avukat olarak sadece o memleket avukatlarını iştirak edebileceği gibi hükümler.

d. Yerel kanun hakem kararları aleyhine (iptal için) müracaat şartlarını, başvurulacak mahkemeyi, süreyi ve iptal için gerekli sebepleri gösterir.

e. Tahkim yerinin bulunduğu ülkenin milletlerarası hakem kararlarının Tenfizi ile ilgili bir milletlerarası tarafı olup olmadığı da önem taşır. İki veya çok

tarafli bir milletlerarası sözleşmenin tarafı olan bir ülkede verilen tahkim kararının infazı kolaylaşır.

1. Tahkim Yerinin Belirlenmesi:

Hakem veya hakem kurulu tahkim yerini belirlerken, az yukarıda sözü edilen hukukî ve coğrafi kriterleri dikkate alarak karar vermelidir. Buna göre, hakem veya hakem kurulunun, tahkim yerini belirlerken öncelikle tahkim yeri hukukunun, tahkim anlaşmasının geçerliliği ve tahkime elverişlilik bakımından yaklaşımını dikkate almasında yarar vardır. Bunun yanı sıra hakemler, milletlerarası tahkimin gereklerine cevap veren bir tahkim hukukuna sahip olan bir ülkeyi tahkim yeri olarak tercih edeceklerdir.

Prensip olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu tahkim yerinin Türkiye'de olduğu uyuşmazlıklara uygulanacaktır. Bununla beraber, yine Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, tahkim yerinin yurt dışında olmasına rağmen tarafların Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür¹⁵³. Bu sebeple, tarafların tahkim yerini belirlemedikleri durumlarda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulanması kararlaştırılmış dahi olsa hakem veya hakem kurulunun Türkiye dışında bir yeri tahkim yeri olarak kararlaştırmaları mümkündür. Bununla beraber, Milletlerarası Tahkim Kanunu'na tâbi olan bir uyuşmazlıkta tarafların Türkiye'de tahkimi murad ettikleri sonucuna varmak daha doğru olacaktır.

Tarafların tahkim sözleşmesinde tahkim yerinin neresi olacağını belirtmemeleri durumunda, tahkim yeri, hakemlerce usule dair ilk toplantı esnasında belirlenmelidir. Tahkim yeri görev belgesinde de belirtilmelidir (MTK. m. 10/E).

Tahkim yeri belirlenirken, taraflar ve hakemler açısından ulaşım, konaklama, gerekiyorsa uyuşmazlık konusu ve ilgili delillere yakınlığın dikkate alınması yerinde olacaktır.

¹⁵³ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem Kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır".

2. Tahkim Yeri Dışında Toplanması

Taraflar, tahkim sözleşmesinde hakem veya hakem kurulunun tahkim davasını hangi ülkede ve şehirde göreceğini kararlaştırabilirler. Bu takdirde taraflarca seçilen bu yer, tahkim yeri olacaktır. Tarafların yerleşim yerleri, yönetim merkezi veya hakemlerin yerleşim yerleri nerede olursa olsun, tarafların ve hakemlerin milliyeti ne olursa olsun, hakemler görevlerini tarafların belirttiği mahalde yapmakla ve hakem kararını tahkim yerinde vermekle yükümlüdür. Zira yargılamaya ilişkin faaliyetlerin tahkim yerinden başka bir yerde yapılması her iki taraf ya da taraflardan biri için güçlük doğurabilir ve bu durum söz konusu taraf veya tarafların adil yargılanma hakkını olumsuz etkileyebilir. Böyle bir durumda yargılamanın tahkim yeri olarak belirlenen yer dışında yapılmasından mağdur olan taraf bu duruma itiraz edebilir. Hakemlerin söz konusu tarafın onayı ve haklı bir sebep olmaksızın yargılamayı tahkim yeri dışında gerçekleştirmesi durumunda tarafların, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesinin “A” fıkrasının 1. bendinin “f” ve “g” alt bentleri uyarınca iptalini istemesi mümkündür.

Tahkim yeri bakımından geçerli olan bu temel ilke yanında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla başka bir yerde de toplanabilirler.

Kanun'da hakemlerin toplanmalarından söz edilmiş olması isabetli olmamıştır. Öncelikle hakemler duruşma veya keşif yapmak gibi yargılama faaliyetlerinde bulunabilirler. Bunun dışında milletlerarası tahkimde hakemler tarafların katıldığı bu gibi faaliyetler dışında çeşitli nedenlerle kendi aralarında da toplanmaktadırlar. Bu toplantıların yerleri ve zamanları ise taraflar katılmayacakları için taraflara bildirilmemektedir. Bu itibarla madde, hakemlerin kendi aralarındaki toplantıları değil tarafların da katıldığı duruşma, keşif gibi yargılama faaliyetleri olarak anlaşılmalıdır.

Gerçekten, bazı hâllerde hakemlerin, tahkim yeri olarak belirlenen yerin dışında bir yerde de görevlerini yapmaları gerekebilir. Örneğin, tanıkların önemli bir bölümünün tahkim yeri olarak belirlenen ülke dışındaki bir ülkede olması dolayısıyla, duruşmaların bu ülkede yapılması gerekebilir. Yine keşif yapılacak yerin tahkim yeri dışında bir ülkede olması nedeniyle keşfin tahkim yeri dışında yapılması

gerekebilir. Bunların dışında, hakemler kendi aralarındaki müzakereleri en kolay ve en ucuz toplanabilecekleri yerde yapmak isteyebilirler.

Hakemler, tarafların da katılacağı yargılama faaliyetlerinin tahkim yeri dışında yapılması hâlinde, bu konuda taraflara makul bir süre önceden bilgi vermelidirler.

Hakemler bu gibi faaliyetleri tahkim yeri dışında başka bir yerde yapmış olsalar da hakem kararında, tahkim yeri olarak belirlenen yerin gösterilmesi gerekir.

Uygulamada özellikle duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilebilecek davalarda, hakemler, fiziken bir araya gelmeden karar verebilirler. Gerçekten, iletişim olanaklarının geliştiği günümüzde, tele-konferans ve elektronik posta yoluyla hakemler fiziksel olarak bir araya gelmeksizin uyuşmazlığı müzakere edebilmekte ve hatta kararı oluşturabilmektedir¹⁵⁴. Aynı şekilde, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden karar verilen bir uyuşmazlıkta tek hakem bulunuyorsa, tek hakemin tahkim yeri olarak belirlenen ülkeye giderek kararını orada kaleme almasını beklemek de gereksizdir.

Hakem veya hakem kurulunun tahkim yerinden farklı bir yerde toplanması veya fiziken hiç toplanmaması gibi durumlarda, hakem kararının tahkim yeri olarak seçilen yerde verildiğinin belirtilmesi gerekli ve yeterlidir. Zira yukarıda açıklandığı üzere, tahkim yeri coğrafi olduğu kadar hukukî özellikler taşıyan bir kavramdır. Bu sebeple, tarafların iddia ve savunma haklarına zarar gelmediği sürece, kararın fiziken tahkim yeri olarak belirtilen yerde verilmemesi bir sakınca doğurmayacaktır ve kararda tahkim yerinin belirtilmiş olması yeterli olacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hakemlerin farklı bir yerde tarafların da katılacağı yargılama faaliyetlerinde bulunmaları durumunda, bu durum, mutlaka tarafların tümüne makul bir süre önceden bildirilmelidir. Belirtmek gerekir ki, burada değişen tahkim yeri değil, fiziken yargılama faaliyetinde bulunulan yeridir.

¹⁵⁴ Akıncı, Z.: “Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim” (Reduction of Arbitration Costs and Electronic Arbitration), Milletlerarası Tahkim Semineri (Seminar on International Arbitration), Ankara, 2003, s. 429 vd.

B. Hakemlerin Nitelikleri

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesinde, hakem seçiminde uygulanacak kuralları düzenlenmiştir. Ancak, bu kurallar emredici nitelikte olmadığından dolayı, taraflarca bu hükümlerin aksinin kararlaştırabilmesi mümkün bulunmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanununun da hakemlerin milliyeti açısından da herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Bu nedenle, yabancı kişilerin hakem olmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi B fıkrası son bendinde; Asliye Hukuk Mahkemesinin, tarafların farklı tâbiyette olmaları durumunda, tek hakem seçilecek ise bu hakemin tarafların tâbiyetinden olmaması; üç hakem seçilecek ise bunlardan ikisinin bir tarafın tâbiyetinden olmaması ilkelerini göz önünde bulunduracağı, üçten fazla hakem seçilmesi halinde ise aynı usulü uygulamakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.

MTK'nın yine aynı maddesine göre, hakemler ile taraflardan birinin aynı milliyetten olması halinde, hakemlerin tarafsızlığından şüphe edilebilir. Tarafların anlaşması halinde, hakemlerden ikisinin de aynı tabiiyetten olmasına izin verilmesi ile özellikle tercüme masrafları azaltılabileceği gibi hakem yargılaması da kısa sürede sonlanabilir¹⁵⁵.

HUMK'da olduğu gibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da hakem olabilmek için özel bir koşul aranmamaktadır. Bu sebeple, hakemlerin belirli bir eğitim veya meslek sahibi olmaları şart değildir. Bununla beraber, tahkimin özü itibariyle bir yargılama olduğu dikkate alındığında, hukukçu kişilerin ve anlaşmazlığın teknik konulardan kaynaklanması durumunda mühendislerin hakem olarak seçilmesinde yarar bulunmaktadır. Hakem olabilmek için özel koşullar aranmadığında, fiil ehliyetine ilişkin şartlar hakem sözleşmesi için de geçerlidir¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Deren-Yıldırım, N.: Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004. s. 58.

¹⁵⁶ Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, s.56.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir¹⁵⁷. Bununla beraber, söz konusu maddede “ taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakem seçiminde aşağıdaki kurallar uygulanır” diyerek hakem seçiminde esas olacak prensipleri belirtirken, bu prensiplerin emredici nitelikte olmadığını ve taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir.

C. Hakem veya Hakem Kurulunun Seçimi

1. Genel Olarak

Tarafların tahkim anlaşması yapması durumunda, uyuşmazlık hakem denilen kişiler tarafından çözümlenecektir. Bu sebeple, hakem veya hakemlerin seçimi, tahkimin en önemli konularından bir tanesidir. Ayrıca, tahkim yargılaması, ancak hakem seçiminden sonra başlayabileceği için, hakem seçiminin tahkim prosedürünün işlemesi, hatta başlaması açısından hayati önemi vardır. Bu sebeple hakem seçiminde söz konusu olacak hukuka aykırılıklar, hakem kararının iptal edilmesine neden (Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 15/A/1/b) veya hakem kararının tenfizine (New York Sözleşmesi'nin V.maddesi) engel olabilecektir.

Yargılamanın tarafları, hakemlerini, kazanmalarını sağlayacak kimselerden seçmek isterler. Ancak seçilen hakemlerin, uyuşmazlığı adil bir biçimde çözümlenmeleri için meslekî bilgi ve tecrübeye sahip, ahlakî ve sosyal bakımdan

¹⁵⁷ “Milletlerarası Tahkim Kanunu dışında kalan ve HUMK’ a tabi tahkim bakımından, doktrinde tüzel kişilerin de hakem olarak atanabileceğini savunan görüşte olan yazarlar vardır. Bkz.: Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul, 2000. s. 957; ayrıca bkz. Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul, 2001, s. 5998. “Yargı kararlarına göre de tüzel kişiler hakem olabilirler. Bkz.: TD. 03.04.1954 t.; 1836/2800; bkz. Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s.137 “Tüzel kişilerin maddi varlığı olmadığı için, tüzel kişinin hakem tayini hukuki imkânsızlık sebebiyle batıl bir tasarruftur. Ancak, tüzel kişiyi organları temsil edeceği için, bu tayinin organları hakkında netice doğuracağı şeklinde yorum tarzı, tüzel kişiliğin hakemliğini geçerli hale getirebilir(...) Hakemin vazifesinin tüzel kişinin hangi organın tarafından yapılacağıın tarafların iradeleri ile veya tüzel kişinin statüsü ile muayyen olması gerekir. Bu suretle tarafların tüzel kişiyi hakem tayin etmeye dair olan iradelerinin istihdaf ettiği gerçek kişiler teşhis edilmiş olur. ” Bkz. Yeğengil, R.: Tahkim, İstanbul, 1974.s.208. “Tüzel kişilerin hakemlik yapamayacağı sadece medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olan gerçek kişilerin hakem sözleşmesinde hakem olarak taraf olabileceği yönündeki görüş için” bkz.: Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, s.60.

güçlü olmaları gerekir. Bu nitelikleri haiz olmayan kimseler tarafından yapılan yargılamanın kalitesi düşebileceği gibi verilen kararın da doğruluğu tartışılabilir¹⁵⁸.

Milletlerarası tahkimde kabul gören en önemli prensiplerden biri olan irade serbestîsi prensibi, hakem seçimi usulünde de ön plana çıkmaktadır¹⁵⁹. Aşağıda görüleceği üzere, çok istisnai durumlar dışında, hakemlerin belirlenmesi usulü, tamamen tarafların isteğine bırakılmıştır. İrade serbestîsinin bir sonucu olarak, çok istisnai sınırlamalar hariç olmak üzere, taraflar diledikleri kişileri hakem olarak seçebilecekleri gibi hakemlerin seçilmesi usulüne ve sayısını da istedikleri gibi kararlaştırabilirler¹⁶⁰.

Taraflarca, hakemin (hakemlerin) kim olacağı önceden saptanabileceği gibi, uyumsuzluk doğduktan sonra da belirlenmesi mümkündür. Ayrıca taraflar, hakemi bizzat seçebilecekleri gibi vekil ya da mümessilli yetki tanıyarak da seçebilirler. Bu görev vekil tarafından yerine getirilecekse, izin açık ve seçik olarak verilmesi lazımdır(BK. m. 388, TBK. m. 504)¹⁶¹.

2. Hakemin İsmi Tahkim Anlaşmasında Kararlaştırılması

Taraflar, tahkim anlaşması ya da tahkim şartında hakem ya da hakemlerin ismini belirtebilecekleri gibi, tahkim anlaşması ya da tahkim şartı düzenlendikten sonra yapılacak ek bir anlaşma ile de, hakemin seçimi konusunda anlaşabilirler.

¹⁵⁸ Candaner Elver, N.: Tahkim Sistemlerinde Hakemlerin Seçimi, Tayini ve Konuya İlişkin Güncel ve Somut Sorunlar, Uluslararası Ticarî Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul 2004, s. 7-31,

¹⁵⁹ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun yanı sıra, HUMK' da da, hakem seçimi ile ilgili olarak taraflara geniş bir irade serbestisi tanındığı görülmektedir. Hakem seçimine ilişkin düzenlemelere HUMK' un 516, 520, 522 ve 533.maddelerinde yer verilmiştir. HUMK' un 516. maddesinde "iki taraf arasındaki nizam için hakem tayin edebilir" denilmiştir; HUMK' un 520. maddesinde ise "hilafına mukavelede sarahat olmadıkça hakemler üç kişi olmak üzere davayı rüyete salâhiyettar hakemler tarafından intihap olunur. Mukaveledeki sarahat mucibince iki taraftan biri intihaba daveti mutazammın tebligat tarihinden yedi gün zarfın intihap etmezse anın hakemi de hakim tarafından intihap olunur" hükmü getirilmiştir. HUMK' un 516. Maddesinin, bir sınırlama getirmeden hakem tayininde taraflara mutlak bir irade serbestliği tanındığı, HUMK' un 520. maddesinin ise, tarafların hakem seçmemiş olmaları veya seçim usulünü belirlememeleri halinde tahkimin işleyişini temin etmek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak, buradaki sözleşme serbestliği kuralını Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20.maddeleri hükümleri dışında düşünmek gerekir.

¹⁶⁰ Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 147.

¹⁶¹ Ertekin, E./Karataş, İ.: age. s. 149.

Ancak, tahkim yoluna başvurulduktan sonra, tarafların belirli bir hakem üzerinde anlaşmaları, hakem isminin tahkim anlaşmasında belirlenmesi olarak değerlendirilemez¹⁶².

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi, F fıkrası 1. bendi, "Bir hakem hukuki veya fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer." hükmü ile, 7. maddesi G fıkrası "Hakemlerden birinin görevi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilir." hükmü, tahkim anlaşmasında, ismen belirlenen hakem ya da hakemlerin, daha sonradan görevi kabul etmemesi, istifa, ölüm gibi hukukî veya fiilî bir nedenle, hakemlik yapmaması veya yapamaması durumunda, tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı; başka bir deyişle, artık tarafların tahkim yoluna başvurma iradelerinin ortadan kalkacağı, bu nedenle uyuşmazlığın tahkimde değil, devlet yargısında çözümleneceğini ifade etmiştir. Bununla beraber, tahkim anlaşmasında birden çok hakemin isminin belirtilmesi durumunda, hakem kurulunu veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakem görev yapmazsa gene tahkim sona erecektir¹⁶³.

Ancak tahkim anlaşmasında, ismi belirlenen hakemlerin görevini yapmaması veya yapamamasına rağmen, taraflar yeni bir hakem üzerinde anlaşabiliyorsa, artık tahkimin sona ermesinden bahsedilemez.

Taraflar, tahkim anlaşmasında hakemlik yapacak kişiyi ismen belirleyebileceği gibi ismen belirlenen hakemin görev yapmaması durumunda, yeni hakemin nasıl seçileceği konusunu da düzenleyebilirler. Böylece, tahkim anlaşmasında ismen belirlenen hakemin görev yapmaması veya yapamaması durumlarında sözleşmenin hükümsüzlük ihtimallerine karşı, önceden tedbir alarak, tahkimin geçersiz olması engellenebilecek ve taraflarca belirlenecek usule göre ya da mahkeme tarafından yeniden hakem seçimi yapılmış olacaktır.

¹⁶² Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 96-97.

¹⁶³ "Hukukî ve fiilî nedenlerden dolayı tahkim kendiliğinden sona ermez. Bu sonucun dogması, hakemin çekilmesine ya da tarafların anlaşmalarına bağlıdır; ancak hakemin ölümü ile görev kendiliğinden sona erer." Bkz. Deren-Yıldırım, N.: Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004, s. 68-69.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10. maddesi "A" fıkrası "Taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim davası, hakemlerin seçimi için asliye hukuk mahkemesine veya tarafların anlaşmasına göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu ve eğer anlaşmaya göre hakemlerin seçimi iki tarafa ait ise, davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini diğer tarafa bildirdiği; anlaşmada hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılır." hükmü, hakemlerin tahkim anlaşmasında ismen belirlendiği durumlarda, dava uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılacağını düzenlemiştir.

Taraflar tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemlerin kim olacağını önceden tespit edebilirler¹⁶⁴. Bunun için, taraflarca tahkim şartı veya sözleşmesinde hakemlerin ismini belirtmelidir. Taraflar, tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi düzenlendikten sonra yapacakları ek bir anlaşma ile de, hakemin kim olacağı konusunda anlaşabilirler. Bununla beraber, uyuşmazlık çıkıp, tahkim yoluna başvurduktan sonra, tarafların belirli bir hakem üzerinde anlaşmaları, hakem isminin tahkim anlaşmasında belirlenmesi olarak mütalaa edilmeyecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu bir taraftan; tahkim anlaşmasında hakemlerin ismen kararlaştırılmalarının mümkün olduğunu belirtirken, diğer taraftan tahkim sözleşmesinde hakemlerin ismen belirtilmesine çok önemli hukuki sonuçlar bağlamıştır.

Hakem veya hakemlerin görevi kabul etmemesi, istifa, ölüm gibi hukuki veya fiili bir nedenle, görevi ifa edemeyecek durumda olmaları halinde, hakem sözleşmesinin geçerliliği ve hükümsüzlüğü durumu ortaya çıkmaktadır. Zira hakemlerin tahkim anlaşmasında ismen belirlenmesi durumunda kanun koyucu, tarafların ancak ve ancak tahkim anlaşmasında ismi belirtilen kişinin hakem olması

¹⁶⁴ "Tahkim sözleşmesinde hakem veya hakemlerin kim olacağı önceden tespit edilebileceği gibi, uyuşmazlık meydana geldikten sonra da hakemin kim olacağını belirtmesi mümkündür. Hakemler taraflarca tayin edilebileceği gibi hakemin kimin tarafından seçileceği hususu da taraflarca kararlaştırılabilir". Bkz.: Y. 4. HD. 29.1.1980 t., 10780/991 (YKD.1980/8, s.1086-1087).

durumunda tahkim yoluna başvurmayı kabul ettikleri varsaymaktadır. Başka bir deyişle, tahkim şartında ismen belirtilen kişinin herhangi bir nedenle hakemlik görevini yapmaması veya yapamaması durumunda artık tarafların tahkim yoluna başvurma iradelerinin ortadan kalkacağı düşüncesinde hareket edilmektedir. Bu sebeple, tahkim anlaşmasında ismi belirtilen hakemlerin, herhangi bir nedenle hakemlik yapmaması durumunda, artık uyuşmazlık tahkimde değil, devlet yargısında çözümlenecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndan önceki dönemde de, çeşitli Yargıtay kararlarında, tahkim anlaşmasında ismen belirlenen hakemin, daha sonradan herhangi bir nedenle hakemlik yapmaması veya yapamaması durumunda, tahkim anlaşmasının geçersiz olacağı ifade edilmiştir¹⁶⁵. Yine aynı şekilde öğretilerde tahkim sözleşmesinde ismen seçilen hakemin görevi kabul etmemesi, görevi yapamaz hale gelmesi gibi ihtimallere karşı başka hakemlerin seçilmemesi veya aksinin sözleşmede kararlaştırılmaması durumlarında, mahkemeden yeni bir hakem tayininin istenip istenemeyeceği ve bu durumda HUMK'un 522. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Doktrinde hakim görüş¹⁶⁶, bu durumda HUMK'un 522/2. maddesinin uygulanamayacağı ve hükme dayanılarak mahkemeden yeni bir hakem tayini istenemeyeceği yönündedir¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Taraflar arasındaki sözleşmenin 5. maddesinde (...) hükmü yazılıdır. (...) tarihli protokolde de hakemlerin adı geçen kişilerden ibaret olduğu belirtilmiş olduğu bulunmaktadır. Kural olarak hakem sözleşmesi taraflar ile hakemler arasında yapılan iki yanlı sözleşmelerden olup, BK'nın hükümlerine tabidir. Böyle olunca hakemlerden birinin görevden çekilmesi veya ölümü halinde tahkim sözleşmesi hükümsüz olacaktır. Bu durumda davanın yetkili ve görevli mahkemede açılması gerekir. (Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul, 2001, s. 4034. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları da bu doğrultuda oluşmuştur. Bkz.: 15. HD 31.1.1989 t., 2806/308 (Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 131). Aynı yönde bkz.: TD 18.4.1958 t., 1139/1149; TD. 11.9.1958 t., 2163/2037 (Doğanay, İ. Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ankara, 1964, s.778; TD 5.5.1959 t., 243/1308 (Doğanay, İ. age. s. 779-780); Y.11.HD. 25.2.1982 t., 413/740 (YKD. 1982/5, s. 669-672) ; Y. 15. HD.26.11.1984 t., 2230/3656 (Kostakoğlu, C.: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2005.s. 172-173).

¹⁶⁶ Kuru, B.: age. C. IV, s.4034; Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul, 2000. s. 953-954; Yeğengil, R.: Tahkim, İstanbul, 1974.s.s.233.

¹⁶⁷ Taşkın ise hakim görüşe katılmamaktadır. Taşkın' a göre, "Hakim görüş ve Yargıtay soruna ilişkin olarak tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesi ile arasında bir ayırım yapmamakta ve iki sözleşmenin farklı olduğu esasında hareket edilmediği gibi, her iki sözleşmenin eş(aynı) sözleşme olduğu gibi bir sonuca varılmaktadır. Oysa tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesinin tarafları farklıdır. Hakem veya hakemler tahkim sözleşmesinin tarafları değildir. Hakemin taraf olması, ancak hakem sözleşmesi için söz konusu olabilir. Hakemlerin reddi, istifası(HUMK 522/2) veya ölüm hali, ancak tahkim sözleşmesinde yer

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁶⁸'nin 421. maddesinin üçüncü fıkrasında : “Tahkim sözleşmesinde hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde, tahkim de sona erer.” şeklinde hükme yer verilmiştir.

Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi, “Tahkim süresinin işlemesi, bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi nedeniyle durmaz. Ancak, tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erer.” hükmü uyarınca, tahkim anlaşmasında hakemi veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona ermektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndaki bu düzenleme uyarınca, tahkim anlaşmasında hakemin isminin belirlenmesi durumunda uyuşmazlığın mutlaka tahkim anlaşmasında belirtilen hakem tarafından çözümlenmesi gerekmektedir. Kuşkusuz, tahkim anlaşmasında ismi belirlenen hakemlerin görevini yapmaması

alan herhangi hükümden farklı olmadığı gibi, tahkim sözleşmesinin geçersizliğine etkisi bakımından sözleşmenin diğer hükümlerinden ayrı ve özel bir durumu bulunmamaktadır. Tahkim sözleşmesiyle tayin edilen hakemler kanunda sayılan (HUMK 522/2) durumlarla sınırlı olmaksızın bir hakem hukuken veya fiilen görevini yapamayacak durumda ise, yalnızca hakemin görevi sona ereceğinden, bu sona erme tahkim sözleşmesinin geçerliliğine etkili değildir. Bu durum hakem sözleşmesi bakımından düşünüldüğünde, bu sözleşmenin tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem arasında kurulduğundan, hakemin hukuken veya fiilen görevini yapamayacak durumda olması halinde, bu nedenler sözleşmenin tarafının şahsını ilişkin nedenler olduğundan hakem sözleşmesini sona erdirir. Bu halde 522.maddesinin 2.fıkrası uygulanır ve yeni bir hakem seçilir. Bu halde dahi tarafların hakem seçimi için mahkemeye talepte bulunma zorunluluğu yoktur. Tahkim sözleşmesinin tarafları görevi sona eren hakem yerine, aynı usulde veya kararlaştıracakları diğer bir usulde hakem seçebilmelidir. Kanunun (HUMK m.522/2) taraf iradelerini yeni hakem seçimi konusunda sınırlayıcı (tahdidi) amacı olduğu söylenemez. ” Bkz. Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 78 - 79 vd

¹⁶⁸ 04.02.2011 tarih ve sayılı 27836 sayılı RG.

veya yapamamasına rağmen taraflar yeni bir hakem üzerinde anlaşabiliyorsa artık hakemin sona ermesi söz konusu olmayacaktır.

Yine, Kanun'da düzenlendiği üzere, tahkim anlaşmasında birden çok hakemin isminin belirtilmesi durumunda hakem kurulunun veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görev yapmaması durumunda tahkim sona erecektir. Milletlerarası Tahkim Kanunu dışında kalan HUMK hükümlerine tabi uyuşmazlıklar açısından ise Yargıtay uygulaması farklı gelişmiştir. Buna göre, tahkim anlaşmasında birden fazla hakem kararlaştırılmışsa, bunlardan birinin dahi görev yapmaması durumunda, artık tahkim yoluna başvurmak mümkün olmayacaktır¹⁶⁹.

Sözleşmeyle hakem olarak tayin olunan kişinin hukuken ve fiilen bu görevi yerine getirebilmesi mümkün olmalıdır. Bunun sonucu olarak, tahkim anlaşmasına hakem veya hakemlerin ismini yazacak olan tarafların, hakem olarak belirlenen kişinin hakemlik görevini yapacağından veya yapabileceğinden emin olması gerekir. Bu sebeple, tahkim anlaşmasında görevi gereği¹⁷⁰ veya diğer bir sebepten dolayı hakemlik yapması mümkün olmayan bir kişinin isminin hakem olarak yazılması durumunda, bu kişinin hakem olarak görev yapması mümkün olmayacağı gibi, tahkim anlaşması da geçersiz hale getirebilecektir. Böyle bir durumda, tahkim anlaşmasının geçersiz sayılacağından davanın hakemde değil, mahkemede çözümü gerekecektir¹⁷¹.

Taraflar, hakem tayininde kendilerine tanınan serbestiden hareketle tahkim anlaşmasında hakemlik yapacak kişiyi ismen belirleyebilirler. Yine taraflar, kendilerine tanınan serbesti içerisinde, ismen belirlenen hakemin görev yapmaması durumunda, yeni hakemin nasıl seçileceği konusunu da düzenleyebilirler. Böylece,

¹⁶⁹ Tahkim sözleşmesinde birden fazla hakemin ismen gösterilmiş olması halinde, bunlardan birisi hakemliği kabul etmez, istifa eder veya ölür ise, tahkim sözleşmesi gene hükümsüz kalır. Bu yönde kararlar için bkz.: TD., 4.4.1958 t., 411/993 (Sİ 1958/127 s. 3667-3671);TD., 19.2.1960 t., 27/564

¹⁷⁰ Örneğin, tahkim sözleşmesinde bir hakim (ismen veya belli bir mahkeme hakimi şekline hakem olarak gösterilmişse, hakimler hakem olamayacağından, tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır ve davanın mahkemede açılması gerekir. Bu yönde bkz.: Y. 4.HD 8.11.1965 T., 9444/5638 (ABD 4. HD/2 s. 64-65 ; İzBD 1967/25 s. 27-28).

¹⁷¹ Karş.: Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 150.

tahkim anlaşmasında ismen belirlenen hakemin görev yapmaması veya yapamaması durumlarında sözleşmenin hükümsüzlük ihtimallerine karşı, önceden tedbirler alarak, tahkim anlaşmasının geçersiz olması engellenebilecektir. Taraflarca alınacak bu tür tedbirler sayesinde, kendilerince belirlenecek usule göre veya mahkeme tarafından yeniden hakem seçimi sağlanmış olacaktır¹⁷².

Nihayet, hakemlerin tahkim anlaşmasında ismen belirlenmesinin bir başka özel durumu da tahkimde davanın açıldığının belirlenmesi bakımındandır. Hakemlerin tahkim anlaşmasında ismen belirlendiği durumlarda, davanın tahkimde açılma anı farklı düzenlenmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca anlaşmada hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise dava uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılır.

3. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi

Tahkim sözleşmesinde, hakemlerin taraflarca seçileceği kararlaştırılabilir. Aşağıda görüleceği üzere, taraflar uyuşmazlığın tek hakem ya da birden fazla hakem tarafından çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Ancak, hakem sayısı kaç olursa olsun, hakem seçiminde taraflar arasında eşitlik bulunması gerekir. Bu sebeple, bir tarafa, diğerinden daha fazla sayıda hakem seçme hakkı (yetkisi) verilmez. Yine aynı şekilde, hakem seçiminin taraflardan birine bırakılması da mümkün değildir¹⁷³. Bununla beraber, Yargıtay bir kararında¹⁷⁴, hakem seçimini iddia sahibine bırakan

¹⁷² Taşkın, A.: Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000, s. 77.

¹⁷³ “(...) sözleşmenin (II).maddesinde hakem seçiminin tamamen ekonomik ve sosyal güce davalı şirket tekeline bırakıldığı anlaşıldığı gibi (...) Tüm açıklanan maddi ve hukuki olgular altında sözleşmedeki tahkim şartının mutlak butlanla geçersiz olduğunun kabulü zorunludur (BK m.20)”. Bkz: Y. 13. HD, 25.4.1991 t., 8777/4493; Y. HGK, 12.2.1992 t., 13/606-56(İKİD 1996/431, s.12217-12218). Bu yönde başka bir karar için bkz.: Y. 13. HD,25.4.1991 t., 8778/4492 (YKD. 1991/8, s. 1222-1224; Yasa 1991/10, s. 1405-1407).

¹⁷⁴ “Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk Kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir(...) oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir hakem tarzı ile davacı satıcı firma yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez”. Bkz.: Y. 19. HD, 8.7.1998 t., 3599/4770; Y. HGK, 9.6.1999 t., 19/467-489 (TKD.2000/2, s. 183-186).

bir tahkim şartını, her iki tarafında iddia sahibi olabileceği ihtimaline dayanarak, geçerli saymıştır. Oysa bu şekilde bir tahkim şartında da taraflar arasında eşitlik bozulmaktadır. Böyle bir durumda, hızlı hareket ederek, iddia sahibi olarak davacı sıfatını kazanan taraf, uyuşmazlığı çözecek hakemi seçme hakkına sahip olacaktır.

3.1. Hakemlerin Sayısı

Milletlerarası Tahkim Kanununun 7. maddesi “A” fıkrası “...Ancak bu sayı tek olmalıdır.” hükmü uyarınca, taraflar bir tek sınırlama ile hakemlerin sayısını serbestçe belirleyebilirler. Kurulun çoğunlukla karar itirazını mümkün kılmak üzere bu sayının tek sayı olması şart koşulmuştur.

Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça milletlerarası uygulamaya ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemeye (HUMK.m. 520, HMK m. 415) uygun olarak uyuşmazlık üç hakem tarafından çözümlenir.

Milletlerarası tahkimde taraflara tanınan irade serbestisinin bir sonucu olarak, istisnaî durumlar hariç olmak üzere taraflar, istedikleri kişileri hakem olarak belirleyebilecekleri gibi, hakemlerin seçilmesi usulünü ve sayısını da istedikleri gibi kararlaştırabilirler¹⁷⁵.

Hakem sayısının tek olarak belirlenmesi suretiyle, hakem kurulunda oyların eşit olması durumunda, hakem yargılamasının sürüncemede bırakılmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak, Kanunda, hakem sayısının çift olarak belirlenmesi durumunun doğuracağı sonuçları düzenlenmemiştir.

3.2. Tek Hakem Seçimi

Taraflar, uyuşmazlığı çözümlenecek tek hakem üzerinde anlaşmaya çalışmalarıdır. Tarafların bu konuda anlaşmaları ve seçilen kişinin de hakemlik görevini kabul etmesi üzerine, taraflarca kararlaştırılan kişi, tek hakem olarak uyuşmazlığı çözümler.

¹⁷⁵ Özdemir, T./Durgut, R: Uluslararası Tahkimde Sözleşme Serbestisi (EÜHFD, 2006/2, s. 251-278), s. 259; Kaplan, Y.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2, s. 478.

Taraflar tek hakem seçilmesinde mutabık kalmışlarsa, bu hakemin ismi üzerinde anlaşmaları gerekir. Tarafların, tek hakemin seçilmesi hususunda anlaşamamaları durumunda, hakem, taraflardan birinin talebi üzerine, belirli bir sürenin geçmesi şartı aranmadan, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından seçilir. Müracaat edilecek mahkeme, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilen görevli¹⁷⁶ ve yetkili¹⁷⁷ mahkemedir.

İhaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilen, sözleşme uygulamaları ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre yürütülen mal, hizmet ve yapım işlerine yönelik alımların gerçekleştirildiği, yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan mal, hizmet ve yapım işlerinde, tahkim heyetinin üç hakemden oluşacağı düzenlemesi yapıldığından bu işlerde tek hakem seçilmesi hukuken mümkün değildir.

3.3. Birden Fazla Hakem Seçimi

İhaleleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine göre gerçekleştirilen, sözleşme uygulamaları ise 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine göre yürütülen mal, hizmet ve yapım işlerine yönelik alımların gerçekleştirildiği, yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan mal, hizmet ve yapım işlerinde, Taraflarca uyuşmazlığın üç hakem tarafından çözülmesi kararlaştırılmış veya kanun hükmü icabı üç hakem tayini gerekmiş ise, taraflardan her biri, kendi hakemini seçer; bu şekilde seçilen hakemler de otuz gün içinde üçüncü hakemi belirler.

¹⁷⁶ MTK. m.15'e göre de, iptal davasında görevli mahkeme, Asliye Hukuk Mahkemesidir. Kanunda her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemesi denmekteyse de iş bölümü açısından Asliye Ticaret Mahkemesi bulunan yerlerde, görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir. Bir yerde birden fazla aynı çeşit bulunması halinde bunlar arasındaki ilişkiye işbölümü ilişkisi denir. Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasındaki ilişki kanuna dayanmaktadır.(Bkz. TTK'nın m.5)

¹⁷⁷ Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlendiği durumlarda mahkemeye başvurulmasının söz konusu olabileceği yani tahkime ilişkin ihtilafların çözüleceği hususlar için hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu hususu MTK'nın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un anılan maddesinde; "Bu kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde davalının yerleşim yeri ve olağan oturma yeri ya da iş yerinin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir." denilmektedir.

Davalı taraf, diğer tarafın noter vasıtasıyla gönderdiği hakemini tayin etmesi talebinin kendisine ulaşmasından itibaren 30 gün içinde hakemini seçmezse veya taraflarca seçilen hakemler, seçilmelerini takip eden 30 gün içinde üçüncü hakemi seçmezlerse, seçim taraflardan birinin talebi üzerine, sözleşmede belirtilen asliye hukuk mahkemesince yapılır. Hüküm bu haliyle açık değildir. Davalının hakeminin mahkemece seçilmesi halinde, üçüncü hakemin seçilmesi gereken 30 günlük sürenin taraf hakeminin mahkeme tarafından seçildiği tarihten itibaren mi, bu seçimin davacının hakemine bildirildiği tarihten itibaren mi işleyeceği, davalının hakemini seçtiğinin davacı hakemine kimin tarafından bildirileceği hususlarında açıklama yapılmamıştır. Taraflar herhangi bir hakemin başkan olarak görev yapmasını kararlaştırmamışlarsa üçüncü hakem kurulun başkanı olarak görev yapar¹⁷⁸.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi, "B" fıkrası 4. bendi "Üçten fazla hakem seçilecek ise, son hakemi seçecek olan hakemler yukarıdaki bentte belirtilen usule göre taraflarca eşit sayıda belirlenir." hükmü uyarınca, tarafların üçten fazla hakem seçilmesi ve uyuşmazlığın onlar tarafından halli hususunda mutabık kalmış olmaları mümkündür. Bu takdirde son hakemi seçecek olan hakemlerin taraflarca eşit sayıda belirlenmesi gerekmektedir.

Tahkim anlaşmasında hakem seçimi veya başhakemin seçimi, üçüncü bir kişiye, kuruma veya kuruluşa bırakılmış olabilir. Bu takdirde hakem veya başhakem bu kişi, kurum veya kuruluş tarafından seçilir. Türk uygulamasında bunun sık rastlanılan bir örneği, süresinde hakemini tayin etmeyen tarafın hakeminin veya taraf hakemlerinin anlaşamaması halide üçüncü hakemin, İsviçre Federal Mahkemesi Başkanı veya ICC Milletlerarası Tahkim Divanı Tarafından seçilmesinin öngörülmesidir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda davalı tarafın hakeminin "diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içerisinde" seçilmesi

¹⁷⁸ "Hakem seçimine ilişkin beyanın yazılı olması gerekir. Zira hakem seçimine ilişkin beyanın noter gibi resmi bir makam aracılığı ile yapılması zorunlu değilse de, yazının içeriği ve tebliğ yapılıp yapılmadığı hususlarında ileride çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önlemek amacıyla tebligatı noter aracılığıyla yapmakta fayda vardır." Bkz. Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 154.

ifadesi yer aldığı için, hakem seçimine ilişkin irade beyanının yazılı olarak yapılması gerekecektir. Hakem seçimine ilişkin beyanın noter gibi resmi bir makam aracılığı ile yapılması zorunlu değil ise de yazının içeriği ve tebliğ yapılıp yapılmadığı hususlarında ileride çıkabilecek ihtilafların önüne geçmek için tebligatı noter aracılığıyla yapmak faydalıdır¹⁷⁹.

Davacının seçtiği hakemin isminin yazılı olduğu veya davalıyı hakemini seçmeye davet eden bildirimden davalıya ulaşmasından itibaren otuz gün içerisinde, davalının kendi hakemini seçmesi gerekmektedir. Davalı bu süre içerisinde kendi hakemini seçmezse bu hakkı düşecektir. Davalı taraf otuz gün geçtikten sonra hakemini seçse bile, artık bu seçim geçerli olmayacaktır¹⁸⁰. Bununla beraber, davalı otuz gün geçtikten sonra, fakat mahkeme hakem seçimi hakkında karar vermeden önce hakem olarak atanmasını istediği kişiyi belirtirse, bu isteğin dikkate alınması yerinde olacaktır¹⁸¹.

Yargıtay bir kararında, vekile tahkim anlaşması için yetki verilen durumlarda, vekilin ayrıca bir yetki verilmesine gerek olmadan asil adına hakem de seçebileceğini ifade etmiştir¹⁸².

Tahkim anlaşmasında, üçüncü hakemin tarafların seçmiş olduğu hakemlerce seçileceğinin belirtilmesi durumunda, hakemlerin üçüncü hakemin kim olacağı

¹⁷⁹ Ertekin, E./Karataş, İ.: age., s.154.

¹⁸⁰ Karşı taraf(kendisine verilen) süresinde hakemini seçmezse, artık bu hakkı düşer; hakem mutlaka mahkeme tarafından seçilir. Karşı taraf yedi gün geçtikten sonra hakemini seçse bile bu seçim geçerli değildir; karşı tarafın hakemi mahkeme tarafından seçilir. Bu yönde bkz.: Y. HGK 11.2.1959 t., 16-5; Y. HGK, 22.12.1948 t, 94/66(Kuru, B.: C. VI, s. 6009); Y. HGK., 19.3.2003 t., 15-142-182 (yargı dünyası, ağustos 2003, s. 28-34)

¹⁸¹ “Davalı vekili cevap layihasında hakemini seçtiğini bildirmiş olduğuna göre ayrıca tahkim anlaşmasını araştırmaya lüzum yoktur. Müddet geçtikten sonra ve fakat mahkemece hakem tayin edilmeden önce davalı hakem tayin edebilir” bkz.:TD. 21.2.1944 t., E. 433 (Bkz. Yeğengil, R.: Tahkim, İstanbul, 1974.s 403) buna karşılık Yargıtay daha yeni tarihli bir hukuk genel kurulu kararında” belirlenen süre içinde hakemini seçip bildirmeyen taraf seçim hakkını kaybeder. Artık hakem seçim yetkisi mahkemeye ait olur. Mahkemece hakem seçimi konusunda karar verilinceye kadar davalının hakem tayin edebileceğinin kabulü, taraf iradelerini ve yasada öngörülen sürenin düzenleniş amacına aykırı olur.(...) yargılama aşamasında hakem bildirilmesinin sonuca etkisi yoktur.” Bkz.: Y. HGK., 19.3.2003 t., 15-142/182, Yargı Dünyası, Ağustos 2003, s. 28-34)

¹⁸² Y. HGK., 19.3.2003 t., 15-142/182 (yargı dünyası, ağustos 2003, s. 28-34)

konusunda anlaşamadıkları ortaya çıkmadan, üçüncü hakemin seçimi için mahkemeye başvurmak mümkün olmayacaktır¹⁸³.

Taraflar, herhangi bir hakemin başkan olarak görev yapmasını kararlaştırabilirler. Eğer böyle bir seçim yoksa, uygulamada sık rastlandığı üzere, üçüncü hakem başkan olarak görev yapacaktır. Bununla beraber, hakem heyetinin üç hakemden oluşması ile tarafların seçtiği iki hakemin uyuşmazlığın çözümü konusunda anlaşamamaları üzerine üçüncü hakeme gidilmesi birbirinden farklı kavramlardır. Taraflar, sözleşmede seçtikleri hakemlerin uyuşmazlığı halledememeleri halinde, bunların üçüncü bir hakem seçeceğine ve uyuşmazlığın seçilecek bu hakem tarafından çözümleneceği kararlaştırılmışsa, artık önceden seçilen iki hakem, tahkikata katılamaz ve karar veremez. Davanın, taraf hakemlerince seçilen üçüncü hakem tarafından karar bağlanması gerekir¹⁸⁴.

3.4. Hakemlerin Taraflarca Seçilmesi

Hakemlerin ne şekilde seçileceği tarafların anlaşmalarına bağlıdır.

¹⁸³ Yargıtay, çeşitli kararlarında, tarafların seçmiş oldukları hakemlerin (iki hakemin), üçüncü hakemin seçiminde anlaşamamaları halinde, üçüncü hakemi kur'a ile belirlemelerinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu yönde bkz.: Y.15. HD, 26.2.1981 t., 2760/404 (Yasa. 1982/2, s. 270-274); Y. 15.HD, 9.7.1987 t., 1767/2923 (YKD.1988/, s. 82-83). Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına katılmak mümkün değildir. Zira taraflar kendi seçtikleri hakemlere üçüncü hakemin belirlenmesi konusunda yetki verdikten sonra, taraflarca seçilen hakemler, üçüncü hakemi kur'a ile belirliyorlarsa, burada da seçilen hakemlerin üçüncü hakemi seçme konusundaki yetkilerini kullandıklarını kabul etmek gerekir. Çünkü taraflarca seçilen hakemler üçüncü hakemi belirlerken kur'a usulünü kullanarak uzlaşma sağlamışlardır.

¹⁸⁴ "Taraflar arasında 3.6.1987 tarihinde yapılan sözleşmenin ihtilaflar başlıklı dördüncü sayfasında aynen 'taraflar aralarında doğabilecek ihtilafların çözümünde hakeme başvuracaklardır. Taraflar ihtilaf halinde birer hakem seçecekler, tarafların seçtikleri hakemler ihtilafi halledemedikleri takdirde, hakemler marifetiyle bir üçüncü hakem seçecek ve seçilecek bu sonuncu hakem marifetiyle ihtilaf halledilecektir. Hakemler seçildiklerinden itibaren en geç (1) ay zarfında çözmek zorundadırlar 'denilmektedir. Bu düzenlemeye göre tarafların seçtikleri hakemlerin ihtilafi halledememeleri halinde uyuşmazlığın sadece iki hakem tarafından seçilecek üçüncü hakem marifetiyle çözümlenmesi gerekmektedir. Buna aykırı olarak üçüncü hakemin yanında görevsiz olan taraf hakemlerinin de üçüncü hakemle birlikte inceleme yaparak karar vermeleri tahkim şartına aykırıdır." Bkz. :Y. 15. HD. 25.11.1994 t. , 2508/ 7056 (yayımlanmamıştır).

4. Hakem Seçiminin Bir Kurum veya Üçüncü Kişiye Bırakılması

Tahkim anlaşmasında, hakemlerin, medeni hakları kullanma ehliyetine sahip, iki tarafla menfaat ilişkisi olmayan bir üçüncü kişi¹⁸⁵ tarafından seçileceği kararlaştırılabilir. Aksi takdirde hakem, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından atanır (MTK m. 7/B, 4). Hakemi seçecek olan kişi tüzel kişi ise, bu seçimi kanunî organları aracılığı ile yerine getirir¹⁸⁶.

Tarafların kararlaştırmış oldukları üçüncü kişinin hakem seçiminden kaçınması veya ölmesi halinde, taraflar hakem seçimi konusunda ek bir anlaşma yapabilirler. Tarafların böyle bir anlaşma yapmamaları durumunda, hakem yine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından atanır (MTK m. 7/B, 4).

Tahkim anlaşmasında (veya daha sonra), hakemlerin (veya üçüncü hakemin) bir üçüncü kişi tarafından seçileceği kararlaştırılabilir. Tarafların hakem seçmek üzere yetkilendirecekleri üçüncü kişinin hakem seçme işini yapacağından veya yapabileceğinden emin olmaları gerekir. Aksi takdirde hakem, Milletlerarası Tahkim Kanununun üçüncü maddesinde belirtilen mahkeme tarafından atanacaktır.

Her şeyden önce, hakem seçecek olan üçüncü kişinin medeni hakları kullanma (fiil) ehliyetine sahip, iki tarafla menfaat ilişkisi olmayan bir kişi olması gerekir.

Bazı durumlarda üçüncü kişi hakem seçme işini üstlenmek istemeyebilir. Örneğin, tarafların hakem seçmek üzere yetkilendirdikleri bir meslek odası, hakem seçme konusunda bir faaliyetlerin olmadığını belirterek hakem seçme görevini üstlenmeyebilir. Ayrıca, hakem seçmekle görevlendirilen kişinin, konumu hakem seçmeye uygun olmayabilir. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere,

¹⁸⁵ Hakemlerin, belli bir hâkim tarafından seçilmesine ilişkin anlaşmalar Anayasa'nın 140/V maddesi uyarınca geçersiz olduğu gibi, hakem seçiminde taraflara tanınan eşitlik ilkesi uyarınca, taraflardan birinin temsilcisi olan kişiye de bu yetkinin tanınması mümkün değildir. Ayrıca bkz. 15 HD, 07.11.1984, 1639/3389; 15 HD, 21.05.1981, 1070/1198 (Bkz. Kostakoğlu, C.: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2005, s. 251).

¹⁸⁶ Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 136-137.

hakemlerin, belli bir hâkim tarafından seçileceğine ilişkin anlaşma geçersizdir¹⁸⁷. Çünkü hâkimler ve (savcılar), kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.(Anayasa m.140, V)

Bununla beraber, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, daha yeni kararlarında, hakem seçimlerine ilişkin anlaşmada, hakemin belli bir hâkim tarafından değil de mahkeme tarafından seçilmesinin amaçlanmış olması halinde mahkemenin hakem seçebileceği görüşünü benimsemiştir. 1991 tarihli bir kararında Yargıtay, "...özellikle, ikinci ek sözleşmenin altıncı maddesinde yer alan 'hakemini belirtilen sürede seçmeyen tarafın hakemini Ankara Ticaret Mahkemesi Başkanı seçer' ibaresinin hakemlerin belli bir hâkim tarafından değil mahkeme tarafından seçileceği şeklinde anlaşılması gerekmesine..." karar vermiştir¹⁸⁸.

Tarafların, üçüncü hakemi, belirli bir mahkeme veya mahkeme başkanının seçmesi konusunda anlaşmaları, üçüncü hakemin taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça yetkili mahkeme tarafından seçileceğini öngören hüküm (MTK m. 7) karşısında yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin bir yetki kayıdır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesinde mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahale etmesi gereken hallerde yetkili mahkeme gösterilmektedir. Bu madde de tarafların yetkili mahkemeyi belirleyebileceklerine dair açık bir hüküm yoktur. Ancak HUMK' un 22. (HMK'un 17 ve 18.) maddesi dikkate alındığında, burada kamu düzenine ilişkin bir yetki, olmadığından tarafların yetki kaydı koyabilecekleri ve üçüncü hakemi seçecek yetkili mahkemeyi belirleyebilecekleri sonucuna varılmalıdır.

Tarafların herhangi birisi üçüncü kişi durumunda bulunamayacağından ona hakem seçme yetkisinin tanınması eşitlik ilkesine uygun düşmez. Bunun gibi, taraflardan birinin temsilcisi olan kişiye de bu yetki tanınmaz¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Bu yönde Yargıtay kararları için bkz.: Y. 15.HD, 13.1.1976 t., 3653/53(YKD.1976/4, s. 534-535); Y. 15. HD,29.5.1986 t., 1969/2192(YKD. 1986/10, s. 1518-1520; İzmir BD.1986/4, s. 88-89)

¹⁸⁸ Y. 15. HD, 11.7.1991 t., 3329/3693 (Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 160-161)

¹⁸⁹ Y.15. HD, 12.9.1994 t. 2006/4808 (Bkz. Ertekin, E./Karataş, İ.: age. s. 165)

Tarafların kararlaştırmış oldukları üçüncü kişinin hakem seçiminden kaçınması veya ölmesi halinde, taraflar hakem seçimi hakkında ek bir anlaşma yapabilirler. Tarafların böyle bir anlaşma yapmamaları durumunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, mahkeme tarafından hakem tayin edilecektir.

5. Hakem Seçimine ve Sayısına İlişkin Bir Açıklık Bulunmaması

Tahkim anlaşmasında hakem sayısı ve seçimine ilişkin hiçbir açıklık bulunmaması durumunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi A fıkrası "Hakemlerin sayısı taraflarca kararlaştırılmamışsa üç hakem seçilir." hükmü uyarınca, hakem kurulu üç hakemden oluşur.

Bu durumda, davacı taraf kendi hakemini seçerek davalıya bildirir. Davalı taraf da, 30 gün içerisinde kendi hakemini seçer. Davalı taraf, kendi hakemini seçmezse, davalı adına hakem, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından atanır. Taraflarca hakemlerin seçilmesinden sonra, bu iki hakem üçüncü hakemi belirler ve taraf hakemlerinin üçüncü hakemin belirlenmesi konusunda anlaşamamaları durumunda, üçüncü hakem yine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından atanır (MTK m. 7/B, 3).

6. Hakem Seçimine İlişkin Mahkeme Kararı

Davalı tarafın hakemini seçmemesi veya tarafların seçtiği hakemlerin üçüncü hakemin belirlenmesi konusunda anlaşamamaları durumunda, hakem, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından atanır.

Milletlerarası Tahkim Kanununda, taraflarca hakemlerin seçimi usulü kararlaştırılmış olmasına rağmen, bazı durumlarda hakemin yine mahkemeler tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Buna göre, hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen taraflardan biri anlaşmaya uymaz ya da kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen hakemlerin, hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği halde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşamazlarsa, hakem, mahkeme tarafından atanabilecektir. Bundan başka, hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, bu durumda da hakem tayini mahkeme tarafından yapılır (MTK m. 7/B, 4).

Mahkeme, gerektiğinde tarafları dinleyerek kararını verir. Mahkemenin hakem atanması ile ilgili olarak verdiği karar kesindir. Bu nedenle, mahkemenin hakem seçimi ile ilgili kararları temyiz edilemez.

Mahkeme hakem atanması ile ilgili olarak karar verirken, öncelikle tarafların anlaşmasını; dolayısıyla taraflar arasındaki anlaşmada yer alan, hakemin belirli bir yabancı dil bileceği, hakemin hukukçu, mühendis gibi belirli bir meslek sahibi kişi olacağı veya banka hukuku, inşaat hukuku, deniz hukuku alanında uzmanlaşmış bir kişi olacağı şeklindeki hükümleri dikkate alır¹⁹⁰.

Mahkeme, hakem atanması ile ilgili karar verirken, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması şartını da arar. Bu nedenle, taraflardan herhangi biri ile ekonomik veya idarî açıdan bağlantılı olan bir kişinin hakem olarak atanması söz konusu olamaz.

Az yukarıda da belirtildiği üzere, tarafların milletlerarası tahkime başvurma sebeplerinden en önemlisi, uyuşmazlığı çözümlenecek olan hakemin ya da hakem kurulunun milliyetinin, tarafsızlığı etkilemeyecek ve tarafları tedirgin etmeyecek şekilde belirlenmesidir.

Bu sebeple, hakem kurulunun üç hakemden oluştuğu durumlarda, mahkeme hakem atarken, bunlardan ikisinin taraflardan birinin tâbiyetinde olmamasına dikkat edecektir. Hakem kurulunun üçten fazla hakemden oluştuğu durumlarda da, yine aynı şekilde, taraflardan, herhangi birinin tâbiyetinde olan hakemlerin çoğunlukta olmamasına dikkat edilmelidir.

Yukarıda açıklandığı üzere, davalı tarafın hakemini seçmemesi durumunda veya tarafların seçtiği hakemlerin üçüncü hakemin kim olacağı konusunda anlaşamamaları durumunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilen mahkeme, hakem atayacaktır.

¹⁹⁰ Bkz. Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 105.

Prensip olarak, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda mahkemelerin müdahalesi en aza indirilmektedir. Ancak, hakem seçiminde mahkemenin müdahalesi, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenmesi iradesi ile gelişmemekte, hatta tam tersine, mahkemeler, uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlenebilmesi için, hakem atamak suretiyle destek olmaktadır. Bu yaklaşımdan hareketle, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmış olmalarına rağmen, bazı durumlarda hakemin yine mahkemeler tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Buna göre hakemlerin seçimi usulüne kararlaştırmış olmalarına rağmen taraflardan biri anlaşmaya uymazsa, mahkeme hakem atayabilecektir. Aynı şekilde, kararlaştırılmış olan usule göre tarafların veya taraflarca seçilen mahkemelerin hakem seçimi konusunda birlikte karar vermeleri gerektiği halde, taraflar ya da hakemler bu konuda anlaşmazlarsa, hakem, mahkeme tarafından atanabilecektir. Nihayet, hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse bu durumda da hakem tayini mahkeme tarafından yapılabilecektir. Görüldüğü gibi, burada kanun koyucu, hakem seçiminde karşılaşılan zorlukların, tarafların hâkim iradesini sakatlamamasını sağlamaya çalışmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'ndan önce, hakem atanması için kendisine başvurulmuş mahkemenin dosya üzerinden mi yoksa tarafları davet edip dinledikten sonra mı karar vereceği tartışma konusu olmuştur. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında “hakem tayini davasının hasımlı olarak açılması ve mahkemece duruşma yapılarak basit yargılama usulü ile görünüp karara bağlanması”nın gerekli olduğuna karar vermiştir¹⁹¹. Milletlerarası Tahkim Kanunu bu konuyu açıkça düzenlemiştir. Bunu göre, mahkeme, hakem atanması için kendisine başvurulduğunda “gerekirse” tarafları dinleyecektir. Böylece, duruşma günü vermesine gerek olmaksızın ve tahkimin hızlı bir şekilde gerçekleşmesi engellenmeksizin, mahkemenin evrak

¹⁹¹ (...) Hakem tayini konusunda kanunda evrak üzerinde karar verileceğine dair herhangi bir hüküm yer almadığından, hakem tayini davasının hasımlı olarak açılması ve mahkemece duruşma yapılarak HUMK' un 507/1 ve 176/8.maddeleri hükümleri gereğince basit yargılama usulü ile görülüp karara bağlanması gerekir. Buna rağmen mahkemenin hızsız açılan davaya evrak üzerinden bakıp karara bağlanması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir”. Bkz.: Y. 15. HD. 25.11.1994 t., 2509/7055 (Ertekin, E./Karataş, İ.: Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997, s. 174-175).

üzerinden karar vermesine imkân verilmiştir. Ancak mahkeme gerekli gördüğü durumlarda, tarafları davet ederek, tarafları dinleyebilecektir.

Mahkemenin hakem atanması ile ilgili olarak verileceği karar kesindir. Bu sebeple, mahkemenin hakem seçimi ile ilgili kararı temyiz edilemeyecektir. Mahkemenin hakem ataması kararına karşı temyiz yolunun kapatılmasında, yine tahkimin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını sağlamak hedeflenmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, mahkemenin hakem atarken dikkate alacağı bir başka önemli nokta, hakemin milliyetidir. Milletlerarası tahkimde tarafların en önemli beklentilerinden biri, uyuşmazlığı çözecek hakemin veya hakem heyetinin milliyetinin, tarafsızlığı etkilemeyecek ve tarafları tedirgin etmeyecek şekilde belirlenmesidir. Bu sebeple, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, tarafların farklı tabiiyette olmaları halinde mahkeme tek hakem seçecek ise bu hakemin tarafların tabiiyetinden olmaması gerekmektedir. Yine, Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, hakem heyetinin üç hakemden oluştuğu durumlarda, mahkeme hakem tayin ederken, bunlardan ikisinin taraflardan birinin tabiiyetinden olmamasına dikkat edecektir.

7. Hakemlerin Görevini Yerine Getirmemesi Halinde Yeni Hakem Seçimi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi E fıkrası hükmü uyarınca, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür.

Yine Kanununun 7. maddesi "F" fıkrası uyarınca, bir hakem hukukî veya fiilî sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getiremediği takdirde hakemlik yetkisi, hakemin çekilmesi veya tarafların bu yönde anlaşmaları ile sona erer. Bu sebeple, tarafların aralarında anlaşarak, görevini yerine getirmeyen bir hakemin yetkisine son vermeleri mümkündür. Hakemin görevinden çekilmesi veya diğer tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin ret sebeplerinin varlığının kabulü anlamına gelmez.

Tarafların, hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı hakkında anlaşamaları durumunda, hakemin çekilmesini isteyen taraf, Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurabilir. Bu durumda mahkeme, hakemin çekilmesini gerektiren bir durum olup olmadığına karar verir, mahkemenin bu konuda verdiği karar kesindir.

8. Yeniden Hakem Seçimi

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi "G" fıkrası uyarınca, hakemlerden birinin görevi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilecektir.

Bunun tek istisnası, hakemlerin tahkim anlaşmasında ismen belirlenmesi durumudur. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/G maddesi uyarınca, "tahkim anlaşmasında hakemin veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise; hakemin, hakem kurulunun ya da kurulun karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin görevinin herhangi bir sebeple sona ermesi halinde tahkim sona erer".

Az yukarıda da açıklandığı üzere, tahkim anlaşmasında hakem ismi belirlenmesi durumunda, tarafların, ancak ismi belirtilen hakemlerin uyuşmazlığı çözmesi koşuluyla tahkim yolunu kabul ettiği varsayılmaktadır. Bu sebeple, tahkim anlaşmasında ismi belirlenen hakemlerin herhangi bir sebeple görev yapmaması veya yapamaması durumunda, bu hakemlerin yerine yeni hakem atanması söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, artık tahkim yoluna başvurmak mümkün olmayacak ve uyuşmazlık mahkemede çözümlenecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun, yeniden hakem seçimi ile ilgili olarak kabul ettiği prensip son derece açıktır. Eski hakem, hangi yöntemle seçilmiş ise, yeni hakem de o yöntemle seçilecektir. Hakem seçiminde, öncelikle tarafların anlaşmaları dikkate alınacak tahkim anlaşmasında hakem seçim yöntemine ilişkin bir hüküm olmaması durumunda ise Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümleri uygulanacaktır. Bu sebeple, örneğin, taraflardan birinin atadığı hakem yerine hakem seçiliyorsa, yeni hakem, eski hakemi atayan tarafça seçilecektir. Aynı şekilde, üçüncü hakem yerine yeniden hakem seçilmesi söz konusu ise, üçüncü hakem

tarafkların anlaşması veya anlaşma sağlanamaması durumunda,(aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça) mahkeme tarafından seçilecektir.

Burada tartışmalı olabilecek bir durum, süresinde hakem seçmemesi dolayısıyla mahkemenin davalı için atamış olduğu hakem yerine yeniden hakem seçilecekse, bu hakemin davalı tarafından mı seçileceği, yoksa yine mahkeme tarafından mı atanacağı sorusudur. Milletlerarası Tahkim Kanunu lâfzen ve dar yorumlanacak olursa, “hakemlerden birinin görevi herhangi bir sebeple sona ererse, onun yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilir”. Bu ifadeden hareketle, örnekte olduğu üzere, davalı için fakat mahkeme tarafından atanan bir hakem yerine yeniden hakem seçilmesi durumunda, yeni hakemi yine mahkeme atayacaktır.

Ancak böyle bir yorum kanun koyucunun amacını aşacaktır¹⁹². Eski hakem yerine seçimindeki usul uygulanarak yeni bir hakem seçilmesi prensibindeki maksat, eski hakem hangi sıfatla seçilmişse (tek hakem, davalı veya davacı hakemi veya üçüncü hakem gibi), yeni hakemin de yine aynı şekilde seçildiğidir. Bu sebepte, örnekte olduğu üzere, süresinde hakem seçmemesi dolayısıyla mahkemenin davalı için atamış olduğu hakem yerine yeniden hakem seçilecekse davalının süresi içinde kendi hakemini seçmesi mümkündür. Zira mahkemenin taraflardan biri yerine hakem ataması, bir ceza vermek amacını değil, fakat taraflardan birinin hakem seçmemesi dolayısıyla tahkim prosedürünün aksamasını engellemeyi amaçlamaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, tahkim süresinin işlenmesi, bir veya birden çok hakemin değiştirilmesi nedeniyle durmaz. Ancak, yeniden hakem atanması için mahkemeye başvurulması durumunda geçecek süre, tahkim süresinin önemli ölçüde azalmasına sebep olabilir. Bu durumda, tarafların tahkim süresinin azalması hususunda anlaşmaları veya mahkemeye başvurarak sürenin uzatılmasını talep etmeleri gerekecektir¹⁹³.

¹⁹² Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 118.

¹⁹³ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 119.

9. Hakem Seçimi Usulüne Riayetsizlik ve Sonuçları

Taraflardan biri kararlaştırılan hakemlerin seçimi usulüne uymazsa veya kararlaştırılan usule göre, hakem seçimi konusunda tarafların veya taraf hakemlerinin birlikte karar vermeleri gerektiği halde, bu konuda anlaşma sağlanamıyorsa yahut Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi veya hakem kurulunu seçmezse, seçim asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır.

Burada, Milletlerarası Tahkim Kanununun üçüncü maddesinde zikredilen asliye hukuk mahkemesi görevli¹⁹⁴ ve yetkili¹⁹⁵dir.

Asliye hukuk mahkemesinin hakem seçiminde göz önünde bulunduracağı hususlar, Kanunun 7. maddesi “B” fıkrası “i” bendi gereğince Asliye Hukuk Mahkemesi gerektiğinde tarafları dinler mahkemenin hakem seçiminde göz önünde bulundurulacağı hususlar, Kanunun 7. maddesi B fıkrası (IV/ B) bendinde düzenlenmiştir.

Bu hususlar; tarafların hakem seçimi ile ilgili anlaşmaları, hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması, tarafların farklı tabiiyette olmaları halinde tek hakem seçilecek ise onun, üç hakem seçilecek ise, bunlardan ikisinin bir tarafın tabiiyetinde bulunmamasından ibarettir.

Üçten fazla hakem seçilecekse, keza aynı usulün uygulanması gerekir

Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya Milletlerarası Tahkim Kanunda belirlenen usule uyulmaması, hakem kararının iptali sebebidir. (MTK. m. 15/A-1.b)

¹⁹⁴ MTK. m.15’e göre de, iptal davasında görevli mahkeme, Asliye Hukuk Mahkemesidir. Kanunda her ne kadar Asliye Hukuk Mahkemesi denmekteyse de iş bölümü açısından Asliye Ticaret Mahkemesi bulunan yerlerde, görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir. Bir yerde birden fazla aynı çeşit bulunması halinde bunlar arasındaki ilişkiye işbölümü ilişkisi denir. Ticaret Mahkemesi ile Asliye Hukuk Mahkemesi arasındaki ilişki kanuna dayanmaktadır.(Bkz. TTK’nın m.5)

¹⁹⁵ Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözümlendiği durumlarda mahkemeye başvurulmasının söz konusu olabileceği yani tahkime ilişkin ihtilafların çözüleceği hususlar için hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu hususu MTK’nın 3. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun’un anılan maddesinde; “Bu kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde davalının yerleşim yeri ve olağan oturma yeri ya da iş yerinin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.” denilmektedir.

D. Maddi Hukukun Seçimi

Genellikle milletlerarası sözleşmelerde, sözleşmeye tatbik edilecek hukuk ayrı bir madde de tanzim edilir. Bu durum tespit edilen hukuk sisteminin uyumsuzluk halinde hakemlerce de kullanılıp kullanılmayacağı hususunda sorun yaratmaktadır. Onun için sözleşmeye tatbik edilecek hukukun ayrıca tahkim (uyumsuzluk) maddesinde uyumsuzluğa uygulanacak hukuk olarak belirtilmesi faydalı olur¹⁹⁶. Taraflar uygulanacak hukuku kendileri tespit etmezlerse bunu hakemler tespit edecektir.

E. Tahkim Usulünün Seçimi

Taraflar genel olarak tahkim usulüne tatbik edilecek kaidelerin tayinini, uyumsuzluğun mahiyetine göre tespit edebilmeleri için hakeme bırakırlar. Taraflar istedikleri usul hükümlerini tahkim şartına yazabilirler. Örneğin delillerin ibrazı ve kabulü ile ilgili olarak ilave hükümler koyabilirler. Bir sözleşmenin Türk tarafı, gayet haklı olarak, çapraz sorgulama ve yazılı ifade usullerinin hakemlerce kullanılmaması için gerekli hükümleri tahkim şartına koyabilir¹⁹⁷.

Yukarıda belirtildiği üzere, uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözümlenmesi için taraflar arasında mutlaka bir tahkim anlaşmasının bulunması gerekmektedir. Bu tahkim anlaşmasında tarafların uyumsuzluğun tahkim yolu ile çözülmesi konusundaki iradeleri açıkça yazılı olacaktır. Yine yukarıda görüldüğü üzere, zorunlu olmamakla beraber taraflar, tahkim anlaşmasına önemli gördükleri bazı konuları belirtebilirler. Bu konulardan bir tanesi de, tahkim usulüne uygulanacak kurallardır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca, "Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulanacağı yargılama kurallarını, bu Kanun'un emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler".

Görüldüğü gibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu, tahkim usulüne uygulanacak kuralların belirlenmesinde taraflara serbesti tanımıştır. Buna göre, taraflar tahkim

¹⁹⁶ Yeşin, E.: Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, Ankara, 1996, s. 445.

¹⁹⁷ Yeşin, E.: age., s. 445.

usulüne uygulanacak kuralları kendileri belirleyebilirler. Taraflar tahkim şartında, tebligatlar, duruşma, delillerin toplanması, ispat yükü, bilirkişi seçimi, yargılama dili, dilekçelerin sunulması, hakem kararının içeriği gibi konuları veya bu konulardan bazılarını düzenleyerek, tahkim usulüne uygulanacak kuralları kendileri oluşturabilirler. Tahkim usulüne aykırılık dolayısıyla iptal yoluna başvurulduğunda, ihlal edilen usul hukuku kuralı, tarafların tahkim usulüne uygulanmak üzere kararlaştırmış oldukları bir usul kuralı olabilir. Taraflar tahkim usulüne ilişkin kuralları tahkim şartı veya sözleşmesinde kararlaştırabilecekleri gibi, bu kuralları tahkim yargılaması başladıktan sonra da kararlaştırılabilir. Tarafların yargılama sırasında kabul ettikleri usul hukuku kuralları prensip olarak geriye yürümeksizin uygulanacaktır¹⁹⁸.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda taraflara tanınan bir başka serbestlik, tarafların usule uygulanacak kuralları tek tek belirlemek yerine, tahkim usulüne ilişkin bir düzenlemeye de atıf yapabilmeleridir. Milletlerarası Tahkim Kanunu dikkate alındığında, atıf yapılan bu düzenlemenin bir kanun olması mümkün olduğu gibi, milli hukuk sistemlerinden özerk olarak gelişen milletlerarası veya kurumsal tahkim kuralları da olabileceği ifade edilmektedir.

Buna göre, taraflar tahkim usulüne belirli milli hukuk sistemine ait tahkim mevzuatının uygulanmasını isteyebilirler. Bundan başka taraflar, tahkim usulüne uygulanacak kuralları, “milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler”. Taraflar tahkim usulüne uygulanacak kuralları seçerken UNCITRAL Tahkim Kuralları gibi milletlerarası tahkim kurallarına atıf yapabilecekleri gibi, Milletlerarası Ticaret Odası, GAFTA, FOSFA gibi kurumsal tahkim kurallarına da atıf yapabilirler.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 8. maddesinde, Kanun'un emredici hükümlerinin saklı tutulmuş olması, özellikle tahkim süresinin uzatılması açısından önemlidir. Zira; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10/B maddesi uyarınca, tahkim

¹⁹⁸ Bununla beraber, taraflar tahkim prosedürü başladıktan sonra uygulanacak usule ilişkin olarak yaptıkları anlaşmada, kararlaştırılan usul hukuku kurallarının geçmişe yürüyecek şekilde uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Bkz.: Kaplan, Y.: Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002, s. 45.

süresinin uzatılması için mahkemeye başvurulması gerekmektedir ve Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun bu hükmü emredici niteliktedir. Buna karşılık, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında tahkim süresinin uzatılmasında genellikle tahkim enstitüsünün yetkilendirdiği bir organın (örneğin Milletlerarası Tahkim Odası Divanı) veya bizzat hakemlerin kendisinin yetkili olduğu görülmektedir. Bu sebeple, tarafların anlaşarak ya da mahkemeden talep ederek tahkim süresini uzatmamaları halinde, emredici kurallara aykırılık söz konusu olacak, hatta usulüne uygun bir uzatma olmadığı için, hakem kararı süresi içerisinde verilmediği sonucuna varılabilecektir.

Tarafların tahkim usulüne uygulanmak üzere kararlaştırdıkları usul kurallarının, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun emredici kurallarına aykırı olması durumunda, ilginç bir durum ortaya çıkacaktır¹⁹⁹. Zira hakemler tarafların kararlaştırdıkları usul hukuku kurallarını uygulamazlarsa, söz konusu hakem kararının tenfizi, New York Sözleşmesi'nin VI(d) maddesi uyarınca engellenebilecektir.

Buna karşılık, hakemlerin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun emredici kurallarına aykırı davranması durumunda da, hakem kararının iptali söz konusu olabilecektir. Artık bu durumda, tarafların tahkim usulüne uygulanan kuralları belirleme yetkisinin, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun tanıdığı sınırlar çerçevesinde gerçekleşebileceğini kabul etmek ve hakemlerin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun emredici kurallarını dikkate almasını beklemek daha gerçekçi olacaktır. Zira hakemlerin en önemli görevlerinden bir tanesi, tahkim yargılaması sonucunda, geçerli ve icra edilebilir bir hakem kararının ortaya çıkmasını sağlamaktır.

Tarafların, tahkim anlaşmasında tahkim usulüne ilişkin herhangi bir hükme yer vermemeleri durumunda, tahkim usulüne Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer alan hükümler uygulanacaktır. Prensip olarak, Milletlerarası Tahkim Kanunu, milletlerarası tahkimle ilgili usulü sorunları önemli ölçüde düzenleyen özel bir kanundur. Hakem veya hakem kurulu, tahkim usulüne, Milletlerarası Tahkim

¹⁹⁹ Akıncı, Z.; Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994, s. 91.

Kanunu'na aykırı olmamak kaydıyla yürütecek, gerekirse usule ilişkin kuralları kendileri oluşturacaktır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 17. maddesi "bu kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz". hükmü uyarınca, tahkim usulüne ilişkin olarak konular Milletlerarası Tahkim Kanunu tarafından düzenlendiği takdirde, prensip olarak, artık HUMK hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

F. Tarafların Eşitliği

Hangi yargılama kuralları uygulanırsa uygulansın, tarafların eşitliği prensibi, yargılama usulüne hakim olan prensip olacaktır. Bu sebeple, taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu eşitliğin tüm yargılama boyunca devam etmesi gerekir. Taraflara eşit davranılması ilkesi, yargılama süresince taraflar arasında usul hukuku bakımından eşitliği ifade eder. Bu sebeple, hakemlerin, taraflı davranışlardan kaçınması ve tarafsızlığını her halde koruması gerekmektedir.

Usul hukukunda tarafların eşitliği prensibi denildiğinde, tarafların yargılama sonunda verilen karara eşit şekilde etki edebilme, bunun için eşit biçimde iddiada bulunabilme ve karşı tarafın iddialarına karşı savunma yapabilmesi anlaşılmaktadır.²⁰⁰

Tarafların ileri sürdüğü delillerin incelenmesi, taraflara iddia ve savunmada bulunmak üzere imkân tanınması ve söz verilmesi de taraflara eşit davranılması prensibinin kapsamındadır. Tarafların usulüne uygun olarak davet edilmemesi, kendisine söz hakkı verilmemesi, belge ve delilleri inceleme imkânı tanınmaması eşitlik ilkesine aykırılık olarak değerlendirilmektedir²⁰¹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 8. maddesinde "taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler" hükmü yer almıştır.

²⁰⁰ Pekcanitez, H.: Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD., Nisan 1997, S. 2, s. 35 vd.

²⁰¹ Pekcanitez. H./Atalay, O./Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006, s. 255-259

Bu maddenin sonuçlarından birisi uygulanacak usul hukukuna aykırı olmadıkça, hakemlerin, taraflar arasındaki eşitlik prensibine uymak suretiyle, tahkim usulüne en uygun gördükleri şekilde idare etmek serbestisine sahip olmalarıdır.

Taraflara eşit davranma borcu, hakem heyetindeki tüm hakemler açısından söz konusudur. Bu sebeple, uyuşmazlık taraflarınca atanan hakemler de aynı şekilde taraflara eşit şekilde davranmakla yükümlüdür.

Taraflara eşit davranılması prensibinden, tarafların irade olarak vazgeçmeleri de mümkün değildir. Bazı durumlarda, tarafların irade olarak iddia olarak ve savunma haklarından vazgeçebilecekleri kabul edilse de söz konusu haklardan, taraflardan sadece bir tanesinin vazgeçtiğini beyan eden hükümlerin geçerli olmadığını kabul etmek gerekir²⁰².

G. Yabancı Avukatla Temsil

Uyuşmazlığın Türkiye’de devlet yargısında çözümlenmesi durumunda olduğu gibi, tahkim yolu ile çözümlenmesi durumunda da avukat tutmak zorunlu değildir. Başka bir deyişle, taraflar davalarını kendileri takip edebilirler. Ancak taraflardan biri, davayı vekil (temsilci) aracılığıyla takip etmek isterse, yalnız belirli kişileri (kural olarak avukatları) vekil tutabilir²⁰³.

Uyuşmazlığın Türk mahkemeleri tarafından çözümlenmesi durumunda, ancak Türk avukatlar görev yapabilir, yabancı avukatların Türk mahkemeleri önünde dava takip etmeleri mümkün değildir. Avukatlık Kanunu’nun 3.maddesi uyarınca, avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için Türk vatandaşı olmak ve yine Avukatlık Kanunu’nun 35/1.maddesi uyarınca Türkiye’de vekil olarak dava takip edebilmek için Avukatlık Kanunu hükümleri dairesinde baroya kayıtlı bulunmak gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Avukatlık Kanunu’na 02.05.2001 tarih ve 4667 sayılı Kanun ile gelen değişikliklerle, yabancı avukatların Türkiye’de çalışmalarına belirli ölçüde izin verilmiştir. Avukatlık Kanunu’nun, “Avukatların birlikte veya avukatlık

²⁰² Kaplan, Y.: Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002, s. 45.

²⁰³ Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul, 2001, s. 1231-1234.

ortaklığı şeklinde çalışmaları” başlıklı 44/B maddesine göre²⁰⁴ , yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye’de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşulu ile yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar. Bu nev’i avukatlık ortaklıkları için ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmaz. Bu kuralın uygulanması karşılıklılık esasına bağlanmıştır²⁰⁵.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca, hakem önündeki davaları takip etme yetkisi de sadece Türk avukatlara tanınmış bir yetkidir. Bununla beraber, Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamındaki uyuşmazlıklar açısından bu duruma bir istisna getirilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca, "tahkim

²⁰⁴ Avukatlık ortaklığı, aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın bu Kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir. Avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması olup, ticari sayılmaz ve vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümler uygulanır. Avukatlık ortaklığının adı, bir ya da birkaç ortağın ad ve/veya soyadlarına(Avukatlık Ortaklığı) ibaresi eklenerek belirlenir.(Avukatlık Kanunu.m.44)

²⁰⁵ Yabancı avukatlık ortaklıkları 15.11.2001 tarihli ve 24594 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Ortaklık Yönetmeliği’nde düzenlenmektedir (Yönetmelik.m.2). Adı geçen Yönetmeliğin 11.maddesine göre, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde faaliyet göstermek isteyen Yabancı Avukatlık Ortaklıkları; faaliyette bulunacakları yer Barosuna başvururlar. Yabancı Avukatlık Ortaklığı, mütekabiliyet esası sınırları içinde Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmuş olmak kaydıyla faaliyette bulunurlar. Yabancı Avukatlık Ortaklığı da kuruluşa ilişkin olarak bu Yönetmelik ve Avukatlık Kanununda belirlenen şartları yerine getirmek ve belgeleri temin etmekle yükümlüdür. Yabancı Avukatlık Ortaklıkları, sadece yabancı hukuklar ve uluslararası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlamanın dışına çıkarak mesleki faaliyette bulunamaz ve avukatlık yapamazlar. Bu sınırlama; Yabancı Avukatlık Ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayan birden fazla avukat birlikte ya da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan ve olmayan avukatlar birlikte, birinci fıkrada yazılı koşullarla bir Yabancı Avukatlık Ortaklığı kurmak istediklerinde, Türkiye’de faaliyet göstermek istedikleri yer Barosuna başvururlar. Avukatlık Kanununda yer alan mütekabiliyet ön koşulu nedeniyle Yabancı Avukatlık Ortaklıklarının yabancı hukuklar ve uluslararası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilmesi için, yabancı ortaklarından her birinin ülkesinde de Türk avukatlarına ve Türk avukatlık ortaklıklarına aynı esaslar çerçevesinde avukatlık hizmetleri verebilme imkânının tanınmış olması gerekir. Avukatlık Kanunu ve Yönetmelikte öngörülen koşullara uygun olarak kurulacak Yabancı Avukatlık Ortaklığını oluşturan ortakların Baroya kayıtlı olması şartı aranmaz. Ancak, ortaklığın, faaliyette bulunacağı yer Barosunun Avukatlık Ortaklığı Siciline kaydolması zorunludur. Aksi hâlde ortaklık unvanı kullanılamaz ve ortaklık adına faaliyette bulunulamaz. yabancı Avukatlık Ortaklıkları ve ortakları da Avukatlık Kanunu'na, yönetmeliklere ve mesleki kurallara uymakla yükümlüdürler.

yargılamasında taraflar, yabancı gerçek veya tüzel kişiler tarafından da temsil edilebilirler".

Milletlerarası Tahkim Kanunu ile getirilen bu düzenleme, Türkiye'nin bir tahkim merkezi olabilmesi için gerekli ve yerindedir.

Belirtmek gerekir ki, yabancı avukatlar sadece hakem veya hakem kurulu önündeki uyuşmazlıkta görev yapabilirler. Aynı uyuşmazlıkla ilgili olsa dahi, bu hüküm tahkimle ilgili olarak mahkemelere yapılan istemlere uygulanmaz. Örneğin, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı istenmesi veya hakem kararının iptali için mahkemeye başvurulması durumlarında, tarafların Türk mahkemelerinde Türk avukatlar tarafından temsil edilmeleri gerekmektedir.

H. Tahkimde Kullanılacak Lisan

Tahkim dili Milletlerarası Tahkim Kanununun 10. maddesi C fıkrasında düzenlenmiş ve "Tahkim yargılaması, Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmi dilinde yapılabilir"²⁰⁶. Yargılamada kullanılacak dil veya diller, taraflar arasında kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu tarafından belirlenir. Tarafların anlaşmasında veya hakemlerin konu ile ilgili ara kararında aksi öngörülmemiş ise, bu dil veya diller, tarafların bütün yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem veya hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılır.

Hakem veya hakem kurulu, tarafların dayandığı belgelerin tahkim yargılamasında kullanılan dil veya dillerdeki çevirisi ile birlikte sunulmasına karar verebilir." hükmü yer almıştır.

Bu hükme göre; Tahkim yargılaması, Türkçe veya Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınan devletlerden birinin resmi diliyle yapılabilir.

Böyle bir kayıt, Kanunun mehzamını teşkil eden UNCITRAL Model Law' da yoktur.

²⁰⁶ Kalpsüz, T.: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010, s. 41.

Milletlerarası uygulamada taraflara kolaylık sağlamak ve tercüme masraflarından tasarruf etmek için tarafların ve vekillerinin kurula tevdi edecekleri bütün dilekçeleri kendi lisanlarında kullanabilecekleri yahut daha sık olarak, delillerin hangi lisanda yazılmışlarsa, o lisanda kurula sunulmasının kararlaştırılması haline rastlanmaktadır.

Yalnız burada Türk uygulaması bakımından kararın Türkiye’ de infazı talep olduğunda, Asliye Ticaret Mahkemesine yapılacak müracaatta, hale göre bütün dosya münderecatının noter tasdikli tercümelerinin ibrazının gerekeceği (HUMK. m. 325, HMK m. 223 ve MÖHUK. 61, 1, c) göz önünde bulundurulmalıdır.

Yargılamada kullanılacak dil veya diller taraflarca kararlaştırılmamışsa, hakem kurulunca belirlenir. Yerel Kanunların tahkim yerinin lisanının kullanılacağını emretmesi hali bu kuralın istisnasıdır²⁰⁷.

Hakem Kurulu, tarafların dayandığı belgeler, yani delillerin tahkim yargılamasında kullanılan dil veya dillerdeki tercümeleri ile birlikte sunulmasına da karar verebilir.

Tarafların anlaşmasında veya hakemlerin konu ile ilgili ara kararlarında aksi öngörülmedikçe, tahkim dili yargılamanın bütün safhalarında, tarafların yazılı beyanlarında, duruşmalarda, hakem kurulunun ara kararlarında, nihai kararında ve yazılı bildirimlerinde kullanılır.

Tahkimde kullanılacak lisanın gerek psikolojik gerekse ekonomik önemi vardır.

Tarafların hakem önünde eşitliğini sağlamak için her iki tarafça seçilen lisana tam manası ile vakıf olmaları gerekir (bilhassa hukuki terminoloji bakımından).

Lisanı hakem tayin ederken aşağıdaki hususları göz önüne alır:

²⁰⁷ Yeşin, E.: Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, Ankara, 1996, s. 445.

- Sözleşme lisanı (tarafların uyuşmazlık halinde bu lisanı kullanma niyetinde oldukları farz edilir)

- Taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda kullanılan lisan

Sözleşme iki lisanda yapılmış ve her ikisi de aynı derecede geçerli ise tahkim iki lisanda yapılabilir ki, bu, masrafın artmasına sebep olur. Tabii hakemlerinde her iki lisana vakıf olmaları gerekir.

İ. Temyiz ve İptal Yoluna Gidilemeyeceği:

Hakem kararının temyiz edilmeyeceği ve iptali yoluna gidilmeyeceği taraflarca tahkim şartına dercedilebilir. Hatta bazı organize tahkim müesseseleri kendi usullerinin seçilmesi, neticesi olarak tarafları böyle bir feragatte bulunmuş kabul eder²⁰⁸. Örneğin, ICC nd. 24 “Hakem kararı kesindir. Anlaşmazlıkları Milletlerarası Ticaret Odası’na getirmekle, taraflar verilecek hakem kararını derhal icra etmeyi ve temiz etmemeyi, böyle bir feragat geçerli olarak yapılabildiği takdirde, taahhüt ederler” hükmünü ihtiva eder.

Böyle bir feragatin geçerli olup olmadığı hususunda ilk bakılacak yer, tahkim yeri hukukudur. Ayrıca hakem kararının Tenfizi için başvurulacak ülke kanunları da neticeye tesir edecektir.

J. Egemenlik Masuniyetinden Feragat

Eğer bir devlet veya amme hukuku tüzel kişisi ile sözleşme yapılıyorsa tahkim şartına devletin veya devlet tüzel kişisinin “egemenlik masuniyeti”nden ve sair masuniyetlerinden feragat ettiklerine dair hüküm koymak gereklidir²⁰⁹.

Burada dikkat edilecek nokta feragatin sadece hakemleri yetkisini değil, hakem kararının icrasını da kapsamı hususudur. Diğer bir deyişle taraf devlet ve devlet tüzel kişisi hakem önündeki davaya katılacağını ve aleyhine verilen bir hakem kararının infazına karşı masuniyet iddiasında bulunmayacağını peşinen kabul eder ve bu haklarından feragat ederler

²⁰⁸ Yeşin, E.: Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, Ankara, 1996, s. 446.

²⁰⁹ Yeşin, E.: Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, Ankara, 1996, s. 446.

K. Tahkim Süresi

Tahkim süresi, esas hakkındaki hakem kararının kendisi içerisinde verilmesi gereken süredir.

Milletlerarası Tahkim Kanununda tahkim süresi Kanunun 10. maddesi B fıkrasında “Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.

Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesince uzatılabilir. Başvurunun reddi halinde tahkim süresi sonunda yargılama sona erer. Mahkemenin kararı kesindir.” hükmü yer almıştır.

Kanunun mehzazını teşkil eden UNCITRAL Model Kanununda tahkim süresi ile ilgili bir hüküm yoktur. Mehaza uygun olarak hazırlanan ilk Kanun Taslağında da böyle bir hükme yer verilmemiştir²¹⁰.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun tahkim süresi ile ilgili 10. maddesinin “J” fıkrasında tahkim süresinin sureti tayini, sürenin başlangıcı, uzatılması ve uzatma başvurusunun reddinin sonuçları hükme bağlanmıştır.

1. Tahkim Süresinin Tayini

Tarafların Anlaşması ile Kanun milletlerarası tahkimin düzenlenmesine hâkim olan iradenin serbestîsi prensibinden hareketle hakem kararının kendisi içerisinde verilmesi gereken süreyi, tarafların serbestçe kararlaştırabileceklerini ifade etmiştir.

Tarafların müştereken kararlaştıracakları süre, onun bu suretle tayin edilmemiş olması halinde kanunen öngörülen süreden daha kısa veya daha uzun

²¹⁰ Kalpsüz, T.: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 5 vd. C. II, s. 325 vd.

olabilir. Ancak herhalde taraflarca tahkimin konusunu teşkil eden uyuşmazlığın çözümüne yeterli bir sürenin kararlaştırılması, sürenin uzatılmasına bir tarafın muvafakat etmemesi veya süre uzatımı başvurusunun mahkemece reddedilmesi riskini ortadan kaldıracığı cihetle, uygun olur.

Yalnız tahkim süresinin taraflarca "uyuşmazlığın halli için gerekli süre " veya "hakem kararının verilmesine kadar geçecek süre" şeklinde kararlaştırılması, onun tam olarak tayinine imkân vermediği için geçerli değildir.

Tarafların tahkim süresini kararlaştırma yetkisine, bu sürenin başlangıcını, Kanunda belirlenenden farklı bir şekilde tespit yetkisi de dâhildir. Ezcümle, taraflar sürenin dava ve cevap dilekçelerinin teati edilmesinden sonra yapılacak ilk toplantı tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını kararlaştırabilirler²¹¹.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakemler bir yıl içerisinde esas hakkında karar vermek zorundadırlar.

Bu bir yıllık süre tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise, hakem kurulunun ilk toplantı tutanağını düzenlediği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Önce bir kere Milletlerarası Tahkim Kanununda da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda benimsenmiş olan, hakemlerin tahkim süresi zarfında karar vermek zorunda oldukları esasının kabul edildiğini belirtmek gerekir.

Kanunu'nun 15. maddesi "A" fıkrası 1. bendinin "c" alt bendi uyarınca, Hakemlerin bu süre zarfında karar vermemeleri iptal sebebi oluşturur.

Karar bu sebepten iptal edilir de iptal kararı temyiz edilmezse veya temyiz talebi reddedilirse, tahkim yargılaması sona erer.

²¹¹ Bkz. TMTD. nin 13.07.1966 tarih ve E. 3455 ve K. 3437 s.lı kararı, keza aynı Dairenin 25.03.1965 t. ve E. 86 ve K. 1117 s.lı ve 02.06.1978 t. ve E. 4615 ve K. 2358 s.lı kararları, Akıncı, Z: Milletlerarası Tahkim, sh. 131; bkz. ayrıca, Bkz. Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul, 2001, s. 6057-6060.

Taraflar arasındaki tahkim anlaşması mürtefi olur ve hakem kurulunun yetkisi ortadan kalkar.

Kanunu'nun 15. maddesinin "A" fıkrası 2. bendinin 7. paragrafı uyarınca, tarafların hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirlemeleri söz konusu olmaz. Hakem kurulu tarafından yapılan bütün işlemler geçersiz hale gelir ve eğer iptale kadar geçen sürede hakem kararı verilmişse, bu karar da hiçbir hüküm ifade etmez. Bundan böyle davacının davasını görevli ve yetkili mahkemede açması gerekir.

Böylece Milletlerarası Tahkim Kanununda sürenin bitimine terettüp eden hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 529. maddesinde olduğu kadar açık ve kesin bir biçimde ifade edilmiş olmamakla birlikte²¹² aynı sonucu doğurur. Dolayısıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tebaen cereyan eden tahkimde, tahkim süresi ile ilgili hükmün kamu düzeninden olduğuna dair Yargıtay içtihadının, Milletlerarası Tahkim Kanunundaki düzenleme için de geçerliliğini koruduğunu kabul etmek gerekir. Esasında tahkim süresinin kamu düzeni ile ilgili olduğu, Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 10.03.1994, ve E. 2064 ve K. 1513 sayılı kararında: "tahkim süresi kamu düzeni ile ilgili olup, hakem kurulunca ve kararın temyizi halinde Yargıtay'ca res'en nazara alınmalıdır. Çünkü kanunda tahkim süresi geçtikten sonra verilen kararların "batıl olduğu" nun belirtildiği yerlerde, bu yönün kamu düzeni ile ilgili ve res'en nazara alınması kabul edilmiş olduğundan²¹³ temyiz olunan hakem kararının bu nedenle bozulmasına karar verilmesi gerekir." denilmek suretiyle ifade edilmiştir²¹⁴.

Daha sonra bu husus, gene Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 19.01.1995 gün ve E. 1994/ 2876 ve K. 1995/164 sayılı diğer bir kararı ile de, "Tahkim istisnaî bir yoldur. İşlevleri arasında öncelikli olan çekişmenin kısa sürede halledilmesidir. Bunun içindir ki, 6 ay olarak öngörülen süreye uyulmamasının sonuçlarının ne

²¹² Bkz. HUMK. 529. m.si: "Hakemler ilk içtimalarından itibaren 6 ay zarfında hüküm vermeye mecburdurlar, Aksi halde yapılan muameleler batıl olup, münazaa salâhiyettar mahkemece halledilir."

²¹³ TMTD. nin 30.11.1954 gün ve 4924/9ZM, 18.05.1972 gün ve 1684/2514 s.lı kararları

²¹⁴ Ertekin, E./Karakaş, İ.: Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Ankara 1997, sh. 245.

olacağı ve bu sürenin ne kadar uzatılabileceği yasada hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ve açık-seçik gösterilmiştir. Hakemlerin yetkisi, süre ile sınırlı olmakla; uyuşmazlığın artık mahkemede çözülmesi gerekeceğinden ve süre tamamlandığında işlemler batıl sayılacağından, yanların daha sonra zaten sona ermiş süreyi uzatması veya bu sebeple batıl olan işlemlere geçerlik tanınması düşünülemez... Anılan süre kamu düzenine ilişkin olmakla kararın süresinde verilip verilmediğinin doğrudan göz önünde bulundurulmalıdır. Kararın bu süre içinde verilmediği açıklanan nedenlerle tespit edildiğine göre sair hususlar incelenmeksizin kararın bu yönü ile ve HUMK 533. m.sinin 1. bendi uyarınca bozulmasına" denilmek suretiyle teyit edilmiş ve istikrar kazanmıştır²¹⁵. Türk ilmî içtihatlarında da aynı görüş hâkimdir²¹⁶.

Aynı yönde, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²¹⁷nun 439. Maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde "Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi" iptal nedenleri arasında sayılmıştır.

2. Tahkim Süresinin İşlemeye Başlayacağı Tarih

Milletlerarası Tahkim Kanununda tahkim süresinin işlemeye başlayacağı tarihi tek hakemli tahkim davaları ile birden çok hakemli tahkimi davaları arasında bir tefrik yapılarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu düzenleme, tek hakemli davalarda sürenin başlangıcını tespitinde güçlük ve tereddüt doğuracak mahiyettedir. Tek hakemin seçimi kaideten onun gıyabında cereyan eder. Seçimi üzerine tek hakemin tahkimle ilgili işleri yürütmeye başlaması, ancak bu seçimin ona bildirilmesi ve onun kabulü ile mümkün olur. Tek hakem seçilmiş ama bu durum ona 3 ay sonra bildirilmiş ise, tahkim süresinin bu kadarlık kısmı boşuna cereyan etmiş olacaktır. Bunun gibi tek hakemin tahkim şartında ismen belirtilmek suretiyle tayin edilmiş olması halinde, tahkim süresinin hatta tahkim

²¹⁵ Bkz. YKD., Y. 1995, C. 21, S. 29, sh. 1433'de yayınlanmıştır. Yargıtay'ı mahiyette olan daha önceki kararları için bkz. Dayınlarlı. K.: Millî- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkisi (Kamu Düzeni), Ankara 1994, sh. 209 vd.

²¹⁶ Kalpsüz, T.: Praktische Erfahrungen und Empfehlungen zum Deutsch Türkischen Rechtsverkehr, (Praktische Erfahrungen), DIS Mitteilungen 1/91, sh. 24 ve Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri (Hakem Kararının Temyizi), Batider, C. XIX, S. 1, sh. 35/36; Dayınlarlı, K: Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994., s. 25/26; Ertekin/Karataş: age., sh. 245.

²¹⁷ 04.02.2011 tarih ve sayılı 27836 sayılı RG.

davası açılmış sayılmadan evvel işlemeye başlaması gibi garip bir durum ortaya çıkacaktır.

Birden fazla hakemli davalarla birliktelik sağlamak üzere, tek hakemli davalarda ilk toplantı tutanağına tekabül eden "tensip kararının" verildiği tarihten itibaren tahkim süresinin işlemeye başlayacağını kabul etmek daha uygun olurdu. Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tebaen cereyan eden tahkimde tek hakemli davalarda uygulama, sürenin terkip kararının verildiği tarihten itibaren başlatılması merkezindedir.

Birden fazla hakemli davalarda tahkim süresinin işlemeye başlayacağı tarihin ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarih olarak tespiti de haklı olarak tenkit edilmiş ve hakemler fiilen bir araya gelmeseler de, birlikte düzenlendikleri ilk tutanağın veya bu da yoksa kurul olarak yapılan ilk işlemin tarihinin tahkim süresinin başlangıcı olarak kabul edilmesi teklif olunmuştur²¹⁸.

Tarafların, tahkim anlaşmasıyla, tahkim süresinin ne zaman başlayacağını belirlemeleri de mümkün olduğu gibi bu yönde hakem veya hakem kuruluna yetki vermeleri halinde hakem veya hakem kurulunca tahkim süresinin ne zaman başlayacağı tayin olunabilir. Taraflar, bir düzenleme yapmamışlarsa tek hakemli davalarda; hakem, tarafların ortak iradeleriyle belirlenmişse hakemlik teklifinin hakeme iletildiği anda; hakemin seçiminin bir kuruma bırakılması durumundaysa bu kurumun hakemi atamasıyla tahkim süresi işlemeye başlayacaktır.

Hakem seçimi için mahkemeye başvurulduğu durumlardaysa bu süre, hakemin mahkeme tarafından atanmasından itibaren başlayacaktır.

3. Tahkim Süresinin Uzatılması

Tarafların anlaşması ile veya böyle bir anlaşma yoksa, kanunen tayin edilen süre içerisinde esas hakkında karar verilmesi, hakem tahkikatının uzaması, hakem

²¹⁸ Akıncı, Z: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 133.

değişikliğine gidilmesi, bilirkişi raporuna itirazlar vs. gibi sebeplerden mümkün olmayabilir. Bu takdirde tahkim süresinin uzatılması cihetine gitmek gerekir²¹⁹.

Tahkim süresinin ne şekilde uzatılacağı, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 10. maddesi "B" fıkrası 2. bendinde; "Tahkim süresi, tarafların anlaşmaları ile anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye mahkemesince uzatılır" şeklinde düzenlenmiştir.

Tahkim süresi işlemeye başladıktan sonra hakemlerin karar vermesini geciktiren hukuki ve fiili sebeplerin ortaya çıkması her zaman mümkündür.

Hakemin reddi, bilirkişi incelemesi, tespit davası gibi durumların varlığı halinde bunların sonucunun beklenmesi gerekir. Buna benzer durumlarda hakemlerden taraflarca kararlaştırılan veya kanuni süre içerisinde hüküm vermelerini beklemek doğru olmaz ve tahkim süresinin uzatılması zorunlu hale gelir.

Kanunu'nun az yukarıda verilen 10. maddesi "B" fıkrası 2. bendi hükmü, sadece uzatmanın kimin tarafından yapılabileceğini düzenlemektedir. Uzatmanın ne zaman, nasıl, ne kadar süre için yapılacağı suallerine cevap vermemektedir.

Normal olarak uzatmanın tayin edilen süre zarfında uyuşmazlığının çözülemeyeceğinin anlaşıldığı bir tarihte, sürenin bitiminden kısa bir süre önce yapılması yeterli olur. Ancak oldukça karışık bir uyuşmazlıkta tahkim: da meselâ, bir aylık bir sürenin kararlaştırılmış olması halinde, başlangıcında, tensip kararının hemen akabinde sürenin uzatılması gitmek gerekebilir.

Tahkim süresi ancak belli bir zaman için uzatılabilir. Diğer bir ifade ile tahkim süresi gibi, uzatılan sürenin de belli olması gerekir. Yoksa tarih söz konusu olmaksızın müddetin uzatılması, tahkim süresinin olmasını emreden usul kanunu hükmüne aykırıdır²²⁰.

²¹⁹ Kalpsüz, T.: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010, s. 70.

²²⁰ Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü., C. VI, İstanbul, 2001, s. 6061; TMTD. nin 30.11.1954 t. ve E. 4924 \ 9270 sayılı kararı, TYK. Y. 1955, S. 71, sh. 1798-99'da yayınlanmıştır.

Sürenin uzatılması, ya tarafların bir araya gelerek tahkim anlaşmasının süre ile ilgili hükümlerini değiştirmeleri veya mektup teatisi yolu ile süre üzerinde mutabık kalmaları suretiyle yapılır.

Taraflardan biri uzatmaya razı olmadığı takdirde, izlenecek bir yol vardır: Uzatma isteyen taraf, bir uzatma talebi ile asliye hukuk mahkemesine başvurur. Milletlerarası Tahkim Kanununun 3. maddesine göre bu mahkeme, davalının yerleşim yeri veya oturma yeri yahut işyerinin bulunduğu yer, böyle bir yer yoksa, İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Tahkim süresi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörüldüğü gibi, mahkeme reisi veyahut hâkim kararı ile değil (HUMK. m 529, c. 3, HMK m. 529), mahkeme kararı ile uzatılır.

Mahkemedен süre uzatımını taraflardan birinin istemesi gerekir. Hakemlerin böyle bir yetkisi yoktur²²¹.

Mahkemedен tahkim süresinin uzatılması, tahkim süresi içinde, nihayet tahkim süresinin son günü talep olunmalıdır. Zira tahkim süresinin sona ermesi ile tahkim anlaşması da ortadan kalkar. Ortadan kalmış olan bir tahkim anlaşmasına göre mahkeme tahkim süresinin uzatılmasına karar veremez²²².

Ayrıca Yargıtay, tahkim anlaşmasında tahkim süresinin ancak tarafların anlaşması ile uzatılabileceğini, taraflar anlaşamazlarsa hakemin görevinin sona ereceğinin kararlaştırılmış olması halinde, hâkimden tahkim süresinin uzatılmasının istenemeyeceğini kabul etmektedir²²³.

²²¹ Y. 15. HD.nin 15.04.1977 t. ve E. 781 ve K. 896 sayılı kararı, YKD., Y.1978, s; 9 sh. 1525-1526'da yayınlanmıştır.

²²² Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü., C. VI, İstanbul, 2001, s. 6065 ve orada zikredilen müteaddit Yargıtay kararları.

²²³ Bkz. Y. 15. HD.nin 04.05.1976 t. ve E. 4247 ve K. 2044 sayılı kararı, İKİD., Y. 1976, S. 190, sh. 4898-4900'de yayınlanmıştır. Bu kararın gerekçesi, tahkim süresinin yalnız tarafların anlaşması ile uzatılabileceği yolundaki anlaşmanın geçerli olması ve belirli sürede karar vermeyen hakemlerin görev ve yetkilerinin ortadan kalkacağına taraflarca daha başlangıçta kabul edilmesinde HUMK. nun 522.m.sinde vazedilen esasa bir aykırılık bulunmadığıdır.

Mahkemenin evrak üzerinde mi, yoksa celse açıp tarafları dinleyerek mi karar vereceği Kanunda belirtilmemiştir. Ancak başvurunun reddinin doğuracağı sonuçların ciddiyetini nazara alan bazı görüşler, mahkemenin süre uzatımı talebinin haklı bir gerekçeye dayanıp dayanmadığını ve istenen sürenin işin mahiyetine uygun olup olmadığını, karşı tarafı da dinleyerek ve hakemdeki dosyayı celbederek inceleyeceğini ve ona göre kararını vereceğini kaydetmektedirler²²⁴.

Kanun tahkim süresinin ne kadar uzatılabileceği hususunda Kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu süre ICC tahkimi uygulamasında normal olarak üç ay, birçok kalemlerden oluşan uyuşmazlıklarda ICC Milletlerarası Tahkim Divanı, hakemin açık ve kanaatkâr bir iş programı vermesi şartı ile 6 aylık, bir çok istisnai hallerde hakemlerin ve tarafların hep birlikte gerekçesini göstererek yazılı şekilde talep etmeleri üzerine 12 aylık bir süre uzatımı verilmektedir.²²⁵

4. Tahkim Süresinin Uzatılması Talebinin Reddi

Tarafların tahkim süresinin uzatılmasında anlaşamamaları ve bunun üzerine taraflardan birinin uzatma başvurusunun görevli ve yetkili mahkeme tarafından reddedilmesi halinde ne olacağı, Kanunun 10. maddesi “B” fıkrası 2. bendi son cümlesinde “Başvurunun reddi halinde tahkim süresi sonunda yargılama sona erer. Mahkemenin kararı kesindir.” şeklinde tespit edilmiştir.

Buna göre tahkim süresinin uzatılması için mahkemeye yapılan başvurunun reddi, tahkimin mukadderatını tayin edici bir tesire haiz bulunmaktadır. Bu nevi kararlara karşı temyiz yolunun kapatılmasının sebebi, tahkimin sürüncemede kalmasını önlemek olabilir.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 13. maddesi “B” fıkrasının 4 nolu bendi uyarınca, 10. maddenin “B” fıkrasının ikinci paragrafı hükmü dairesinde tahkim

²²⁴ Balcı, M.: İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim, B. I, İstanbul 1999. sh. 209; Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, sh. 136.

²²⁵ Derains, Y./Schwartz. E. A.: A Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2nd ed., The Hague 2005, s. 305;

süresinin uzatılmasına ilişkin talebin mahkemece reddi ile tahkim yargılaması sona erer. Aynı maddenin “B” fıkrası son paragrafı uyarınca da yargılamanın sona ermesi ile hakemlerin yargılama yetkisi ortadan kalkar. Dolayısıyla hakemlerin bundan sonra yapacakları işlemler veya verecekleri karar geçersizdir; hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Onun için uzatma başvurusunun reddi hakkındaki mahkeme kararı yalnız taraflar için değil, hakemler için de önemli sonuçlar doğuracak nitelikte bir karardır. Zira haklı bir sebep olmaksızın tahkimi süresinde sonuçlandırmayan hakemler, yapmaya tevkil edildikleri işi ihtimamla ifa etmiş sayılamazlar.

Borçlar Kanununun 390. maddesi 1. fıkrasında yapılan atıf sebebiyle hakemin sorumluluğu, genel olarak işinin sorumluluğuna ait hükümlere tabidir. Buna göre hakemler tevkil edildikleri işi ihtimam ile ifaya mecburdur (BK. m. 321, TBK. m. 396, 400). Esasen iki tarafın da vekili durumunda olan hakemler Borçlar Kanunu 390. maddesi 2. fıkrası uyarınca da müvekkilleri olan taraflara karşı yapmaya tevkil edildikleri işi sadakat ve ihtimamla ifaya mecburdurlar²²⁶.

Tahkimin süresinde sonuçlandırılmamasından kasıt, ihmal veya dikkatsizlikleri varsa, bu yüzden iş sahibine iras ettikleri zararlardan sorumlu tutulabilirler (BK. m. 321, E, TBK. m. 396, 400).

Yukarıda tahkim şartının kaleme alınmasında dikkate alınacak hususlardan bazıları belirtilmiştir. Taraflara ve sözleşmenin mahiyetine göre tahkim şartının içeriği değişebilir. Önemli olan uyumsuzluk halinde hiçbir sorun çıkartmadan tarafların beklentilerine cevap verebilecek açık ve seçik yazılmış bir tahkim şartı elde etmektir.

VIII. Tahkim Anlaşmasının Akdedilmesinin Meydana Getireceği Sonuçlar

Tahkim literatüründe istisnasız olarak kabul edildiği üzere bir tahkim anlaş akdedilmesinin biri müspet, diğeri menfi belli başlı iki tesiri vardır²²⁷:

²²⁶ Kalpsüz, T.: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010, s. 72.

²²⁷ Kalpsüz, T.: Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 1053 vd.

A. Tahkim Anlaşmasının Müspet Tesiri

Önce tahkim anlaşması, hakemlere taraflar arasındaki uyuşmazlığı muhakeme etmek ve hüküm vermek suretiyle halletme yetkisini bahşeder. Bu suretle taraflar da muhakemenin hakem huzurunda icrası ve sonuçlandırılması hususunda işbirliği yapmayı üstlenmiş olurlar. Bu mükellefiyete tarafların tahkimi sürüncemede bırakmamak, sonuçlanmasını uzatmamak için gerekeni yapmaları, anlaşmanın gayesine muhalif davranışlarda bulunmamaları dâhildir. Bu manada hakemler yetkilerini, devlet mahkemeleri gibi, Anayasanın 9. maddesiyle mahkemelerin kuruluşu ve görev yetkileri hakkında kanunlardan değil, sadece ve sadece taraflar arasındaki tahkim anlaşmasından alırlar. Hakem heyetinin teşkilinin yegâne dayanağı tarafların iradeleridir. Buna uygun olarak, hakemler, devlet mahkemesi gibi, Türk Milleti adına adaleti tevzi etmezler; uyuşmazlığı taraflar adına onların serbest iradeleri ile verdikleri yetkiye istinaden çözerler. Bunu yaparken de bazen yürürlükteki maddî hukuku, bazen yabancı bir hukuku, bazen milletlerarası sözleşme hükümlerini, hatta bazen milletlerarası hukuk genel prensipleri, ticarî teamülleri veya örf ve adet derlemelerini, bazen de hakkaniyet ve nesafet esaslarını uyguluyorlar (Milletlerarası Tahkim Kanunu 12, C). Devlet mahkemeleri ise, prensip itibarıyla mensup oldukları devletin yürürlükteki hukukunu uygulamak zorundadır.

Hakemlerin muhakeme etme yetkilerine, taraflar arasındaki uyuşmazlığın halli için tahkik ve tetkiki icap eden bütün hususları araştırmak, tespit etmek ve adli işlemleri yapmak yetkisi girer. Türk hukukuna göre hakemler, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yapılacak tahkikatın şeklini ve müddetlerini tayin ederler (HUMK m. 525, HMK m. 424). Ayrıca deliller hakkında kanunen tayin olunan kaideler hakem huzurundaki tahkikatta da uygulanır (HUMK m. 526, karşı HMK m. 432). Bu kabilden hakemler duruşma yapabilirler; şahit dinleyebilirler; keşif icra edebilirler; bilirkişi incelemesi yaptırabilirler (MTK m. 12). Ancak yemin icrası, gelmeyen şahitlerin zorla getirilmesi ve doğru söyledikleri konusunda tanıklara yemin ettirme, yabancı mahkemenin istinabe olunması, senetlerin aslının ibrazına, ibrazı müşkül vesikaların mahallinde tetkikine, asıllarının suretlerine uygunluğunun tespitine, özel hukuk kanunları uyarınca bir vesikayı ibraz ile mükellef olan kimselerden başka bir şahıs nezdinde bulunan vesikaların ibrazına karar verilmesi, hakemlerin yetkileri dışında kalır. Hakemler bu işlemlerin yapılması için sulh mahkemesine müracaat edebilirler (HUMK m. 527, karşı HMK m. 432). İhtilâfin

Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre halli söz konusu ise, hakemler delillerin toplanmasında anılan Kanunun 3. maddesinde belirtilen asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilirler. Bu takdirde mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerini uygular (MTK m. 12/B).

Bunun gibi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre cereyan eden tahkimde hakemler ihtiyatî tedbir kararı da veremezler. Taraflar tahkime başvurmadan önce veya hakem huzurunda dava açtıktan sonra yetkili bütün adalet mahkemelerinden ihtiyatî tedbire karar verilmesini isteyebilirler²²⁸. Milletlerarası Tahkim Kanununa göre cereyan eden tahkimde ise, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakemler, taraflardan birinin talebi üzerine ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilirler. Ancak hakemler bu hususta karar vermeyi, talepte bulunan tarafın uygun bir teminat vermesine bağlı kılabilirler. Hakemlerin bu yetkileri ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararının tahkim yargılaması sırasında istenmiş olmasıyla sınırlıdır. Bu yargılama başlamadan veya sona erdikten sonra tedbir talep edilmesi ve verilmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine tâbidir. Tahkim yargılaması sırasında dahi hakemler cebri icra organları tarafından icrası veya diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken veyahut üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz karar veremezler. Devlet kudretini kullanma yetkisini haiz olmayan ve yetkilerini doğrudan doğruya tahkim

²²⁸ 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “İhtiyati tedbir ve delil tespiti” başlıklı 414. maddesinde ise : “(1) Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilir.

(2) Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının, geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir.

(3) Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hallerde, taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu haller mevcut değil ise mahkemeye başvuru, sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır.

(4) Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı, aksine karar verilmedikçe, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar.

(5) Mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir.” şeklinde hükme yer verilmiştir.

anlaşmasından ve onları seçen tarafların iradesinden alan hakemlerin, verdikleri ihtiyatî tedbir veya haciz kararlarının cebren icrasını temine muktedir olmadıklarından kararlarının üçüncü şahısları bağlamayacağı açıktır. Taraflar, bu kararları kendiliklerinden yerine getirirlerse, mesele yoktur. Lâkin taraflardan biri hakemlerin verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmese, karşı taraf Milletlerarası Tahkim Kanununun 3. maddesine göre, yetkili asliye hukuk mahkemesine başvurarak ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararının verilmesini isteyebilir. Yetkili mahkeme gerekirse, başka bir mahkemeyi istinabe edebilir. Herhalde tarafların Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile İcra ve İflâs Kanununa göre talepte bulunma hakkı mahfuzdur (MTK m. 6).

Hakemler takibat sırasında zuhur eden ceza takibatını müstelzim bir sahtelik hadisesi hakkında karar veremezler. Bu husus devlet mahkemelerinin kazai yetkisine tabi kalmakta devam eder.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda tahkimde devlet mahkemelerinin yardımına gerek duyulan halleri düzenleyen bir hüküm yoktur²²⁹. Buna mukabil Milletlerarası Tahkim Kanununun 3. maddesinde, bu Kanunun mahkeme tarafından yapılacağını belirttiği işlerde görevli ve yetkili mahkeme tayin edilmiş ve bu mahkemenin "müdahale" olarak tavsif edilen faaliyeti milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar ve kanun hükümlerinde tasrih edilen hallerle sınırlandırılmıştır²³⁰. Kanunun 12. maddesi "B" bendinde hakemlerin delillerin toplanmasında asliye hukuk mahkemesinden yardım isteyebilecekleri tasrih edilmekle Kanunun 3. maddesinde düzenlenen hususun, aslında devlet mahkemesinin tahkime "müdahalesi" değil, "yardımcı" olduğu anlaşılır²³¹.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun benimsediği sistemde hakemler kendi yetkileri hakkında karar veremezler. Bu manada Kanunun 519. m. sinde bir nizam

²²⁹ 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Mahkemenin yardımı" başlıklı 411. maddesinde ise : "Tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı, bu Kısımda açıkça izin verilmiş olan hallerde mümkündür." şeklinde hükme yer verilmiştir.

²³⁰ Kalpsüz, T.: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 5 vd. C. II, sh. 22, 27 vd.

²³¹ Bkz. Kalpsüz, T.: age.. 24-25 vd.

hakemler marifetiyle hal edilip edilmeyeceği hususunda tevellüd eden ihtilâfların mahkemece basit usulü muhakeme ile hallolunacağı hükme bağlanmıştır²³². Kanaatimce hakem yargılamasının herhangi bir anında hakemlerin yetkilerine itirazda bulunulabilir. Tahkim sırasında hakemlerin yetkilerine itiraz edilmiş olması kendiliğinden tahkim süresinin işlemlerini durdurmaz. Sürenin durması için itirazda bulunan tarafın yetkili mahkemede dava açması ve bu dava devam ettiği sürece tahkimin duracağına dair mahkemeden alacağı bir kararı tahkim süresi dolmadan hakem heyetine ibraz etmesi gerekir. Zira aksi takdirde suiniyetli olan bir tarafa sadece, hakemin yetkisine itiraz edeceğini beyan etmekle tahkim süresinin işlemlerini durdurmak, böylece adaletin tecellisine mani olmak imkânı verilmiş olur²³³.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²³⁴nun 422. maddesinde ise; “Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz.” şeklinde hükme yer verilerek, Milletlerarası Tahkim Kanununun 7. maddesi 4. bendindeki düzenlemeye paralel hüküm getirilmiştir.

Nitekim, Milletlerarası Tahkim Kanununun 7. maddesi 4. bendinde HUMK’un tam aksi prensip benimsenmiştir. Buna göre hakemler tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkileri haklarında karar verebilirler. Hakemlerin yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap

²³² 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi” başlıklı 422. Maddesinin 1. fıkrasında ise : “Hakem veya hakem kurulu, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. Bu karar verilirken, bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz..” şeklinde hükme yer verilmiştir.

²³³ Kalpsüz, T: Praktische Erfahrungen und Empfehlungen zum deutsch- türkischen Rechtsverkehr. DIS Mitteilungen 1/91, sh. 25 vd.

²³⁴ 04.02.2011 tarih ve sayılı 27836 sayılı RG.

dilekçesinde yapılır. Hakemler yetkisizlik itirazını bir ön sorun olarak inceler ve karara bağlar. Yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasını sürdürür ve davayı karara bağlar. Bundan anlaşıldığına göre, hakemlerin yetkilerine vaki itirazı esasla birlikte karara bağlamak yetkisi yoktur. Bunun gibi mehzada mevcut olan, hakemlerin yetkili oldukları hakkında verecekleri ön karara karşı taraflardan her birinin 30 gün içerisinde asliye ticaret mahkemesine müracaat edebileceklerine dair hüküm de madde metninden çıkarılmıştır. Hakemlerin yetkileri hakkında verecekleri bu kadar önemli bir kararın ancak bütün dava görülüp karara bağlandıktan, tabir caizse, iş işten geçtikten sonra hakem kararı ile birlikte iptali talep olunabilecektir. Sonuçta hakemlerin yetkili oldukları hakkında verdikleri karar iptal edildiği takdirde, o zamana kadar geçmiş olan zaman, sarf edilen emek ve masraflar heba edilmiş, ihtilafın çözümlenmesi kısılacacağına, uzamış olacaktır²³⁵.

Hakemlerin yetkilerini aştığına dair bir itiraz her zaman ileri sürülebilir. Bu itiraz hakem yargılaması sırasında hakemlerin yetkisi dışında kaldığı iddia edilen hususun dermeyan edilmesi üzerine derhal ileri sürülmezse geçerli olmaz (MTK m. 7 H/III).

B. Tahkim Anlaşmasının Menfi Tesiri

Tahkim anlaşmasının menfi tesiri ise, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın hali için devlet mahkemelerine müracaat etmeleri imkânını ortadan kaldırması, böylece adli kazaya müracaat yolunu kapamasıdır. Bundan böyle taraflar, tahkime konu teşkil etmesinde anlaşmaları uyuşmazlığı, ancak özel bir kaza nevi olan tahkim yoluna müracaat suretiyle halledebilirler. Lakin bu yola müracaatta mutabık kalınmış, diğer bir ifade ile tahkimin kararlaştırılmış olması, devlet mahkemelerinin genel yetkisini nihaî olarak bertaraf etmez. Tahkimin kararlaştırılmış olmasına rağmen, taraflardan birinin devlet mahkemelerinde dava açması üzerine, diğer taraf tahkim itirazında bulunmazsa, uyuşmazlık genel yetkiyi haiz devlet mahkemelerinde

²³⁵ Kalpsüz, T.: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 5 vd. C. II., s. 134-135 ve 247 vd.

hallolunur²³⁶. Tahkim itirazında bulunulmadığı takdirde, devlet mahkemesi bu hususu kendiliğinden nazarı itibara alamaz.

Milletlerarası Tahkim Kanununun 5. maddesinde tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa karşı tarafın tahkim itirazında bulunabileceği hükme bağlanmaktadır. Kanun taslaklarının hazırlanması sırasında tahkim itirazının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 187. ve müteakip maddeleri manasında ilk itirazlardan olup olmadığı hususu uzun uzadıya münakaşa edilmiştir²³⁷. Sonuçta tahkim itirazının hukukî mahiyeti üzerindeki tereddütler nazara alınarak onun doğrudan doğruya "ilk itiraz" olarak tavsifinden kaçınılmış ve fakat ilk itiraz gibi işlem görmesi kabul edilip tahkim itirazının ileri sürülmesi ve mahkemede tahkim anlaşmasının geçerliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünün, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabi olacağı zikredilmekle yetinilmiştir. Tahkim itirazının mahkemece kabulü halinde dava usulden red edilecektir. Mezkûr Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında yargılama sırasında tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde dava dosyasının mahkemece ilgili hakemlere gönderileceği hükme bağlanmıştır. Davacı taraf hakeme gideceğine mahkemede dava açmış, karşı taraf da süresinde tahkim itirazında bulunmamakla bir daha tahkime dayanma hakkını kaybetmişse, devlet mahkemesinin genel yetkisi avdet etmiş olacağından bu hüküm isabetli bulunmamaktadır²³⁸.

IX. Tahkim Anlaşmasının İcrası ve Tahkim İtirazı

Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunmasının iki önemli sonucu vardır. Bunlardan birincisi, tarafların, tahkim anlaşmasına dayanarak uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurabilmesidir. İkincisi ise geçerli bir tahkim şartı veya tahkim sözleşmesi bulunmasına karşın, taraflardan birinin

²³⁶ Y. 15.HD.'nin 18.04.1988 t. e E. 1988/1470 ve K. 1988/1534 s. lı Kararı, YKD. Y. 1988, C. XV, S. 10, sh. 1413'de neşredilmiştir.

²³⁷ Kalpsüz, T.: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 5 vd. C. II sh. 111 vd. ve I 14 vd.

²³⁸ Kalpsüz, T.: Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003, s. 1053

mahkemeye başvurması durumunda, davalı tarafın, tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim itirazında bulunabilmesidir.

İşte Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5. maddesi, tahkim anlaşmasına karşın, taraflardan birinin davayı devlet yargısına götürmesi durumunda söz konusu olabilecek tahkim itirazını düzenlemektedir. Söz konusu madde uyarınca, "tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf tahkim itirazında bulunabilir". Bu madde, esas itibarıyla UNCITRAL Model Kanunu'nun 8. maddesinden hareket edilerek hazırlanmıştır. Ancak bu madde ile UNCITRAL Model Kanunu'nun 8. maddesi arasında bazı farklar bulunmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, bir tarafın davalıya tahkim anlaşması bulunmasına karşın mahkemeye başvurulmasına itiraz etme hakkı verilirken, diğer taraftan bu itiraz belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmıştır. Zira, tahkim şartı bulunmasına karşın, davalı tahkim itirazında bulunmazsa, mahkeme tahkim itirazını kendiliğinden dikkate alamayacak ve davanın esasına girecektir. Davalının, esasa girildikten ve uyuşmazlığın çözümlenmesi için yargılamaya başlandıktan sonra tahkim itirazında bulunabilmesine izin vermek, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturabileceği gibi, usul ekonomisi açısından da yerinde olmayacaktır.

Kanunu'nun 5. maddesinde, tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tabi tutulmuştur..

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 04.10.2004 Tarih ve E: 2004/189, K: 2004/9234 sayılı kararında²³⁹ : *"Davacı vekili, müvekkili şirkete sigortalı film emtiasının, İzmir'den Amerika'ya denizyolu ile taşınması işini davalının üstlendiğini, varma yerinde malların nemli olduğunu belirlendiğini, müvekkilince sigortalısına 39.128.100.000-TL. ödeme yapıldığını ileri sürerek, bu meblağın temerrüt faiziyle birlikte rücuhan tahsilini talep ve dava etmiştir.*

²³⁹ Bkz. YKD, 2005/3, s. 212-214

Davalı vekili, konşimentonun 24. maddesinde yer alan tahkim ve yetki şartı nedeniyle, mahkemenin görevsiz ve yetkisiz olduğunu süresinde savunarak, davanın öncelikle bu nedenle reddini istemiştir.

Mahkemece, davalının adresi olan İzmir itibariyle, yetkisizlik kararı verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

1- Dava, taşıma sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat alacağıının rücuca tahsili istemine ilişkindir.

*Dairemizin 30.9.2002 tarih ve 3512-8305 sayılı ilamında da açıklandığı üzere, Yasa tarafından bir uyuşmazlığın mutlaka mahkemede çözümlenmesi öngörülmedikçe veya böyle bir zorunluluk işin niteliğinden anlaşılmuş olmadıkça, tarafların hukuki ilişki kurulması sırasında yahut uyuşmazlığın doğmasından sonra yaptıkları ve adına ihtiyari hakem sözleşmesi denilen sözleşme ya da herhangi bir sözleşme içerisinde tahkim şartı, uyuşmazlığın salt bir biçimde her halükarda hakem yolu ile çözümlenmesini zorunlu kılmaz. Böyle bir sözleşmeye ya da tahkim şartına rağmen, taraflardan biri hakem yoluna gitmeyerek genel hükümler uyarınca mahkemede dava açar ve hasmı savunma yoluyla mahkemenin işi inceleyemeyeceğini bildirmezse mahkeme, işi inceleyip çözümlenme ödevi içine girer. **Çünkü, tahkim şartı, ne göreve ilişkin bir dava şartı, ne bir ilk itiraz, ne de usul hukuku yönünden teknik anlamda bir itiraz ile ilgili olmayıp, buna dayanılması bir savunma (def'i) nedenidir. Savunma nedenleri de, kural olarak esasa cevap süresi içinde bildirilmelidir. Somut olayda, tahkime ilişkin savunma uzatılan yanıt süresinde yapılmıştır.***

Davacının sigortalısı taşıyan, aynı zamanda alıcı-gönderilen olup, bu husus konşimentodan da anlaşılmaktadır. TTK.nun 1110/1. maddesi uyarınca, taşıyan ile gönderilen arasındaki hukuki münasebetlerde konşimento esastır. Dosyada mevcut konşimentonun 24. maddesinde, "Konşimento kapsamında nakliyeciyeye yöneltilecek herhangi bir talep, İngiliz Yasalarına göre ve sadece Londra'daki Yüksek Adalet Mahkemesi nezdinde karar altına alınacaktır." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde geçen tahkim şartı, mahkemeye gitme yetkisi vermemekle, uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmekle, kesin, tereddütsüz ve açık olup, davacının sigortalısı, konşimentonun şartları ile de bağlanmıştır. Tahkim şartının taşıyanla yükleten arasında kararlaştırılmış olduğunu, kendisinin 3. şahıs durumunda bulunduğunu ve bu nedenle konşimentoda kararlaştırılan tahkim şartı ile

bağlı tutulamayacağını iddia edemez. Konşimentoda yer alan tahkim şartı böylece gönderileni bağlayacağı gibi, TTK.nun 1361. maddesindeki halefiyet ilkesi uyarınca davacı sigorta şirketini de bağlar. Tahkim sözleşmesi ile, taraflar, aralarındaki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi için tahkim yoluna başvurmayı (gitmeyi) kararlaştırırlar (HUMK.nun 516. md.) 24. maddedeki şart, önce göreve, sonra yetkiye ilişkin olup, mahkemenin önce göreve ilişkin olan tahkim şartına göre, değerlendirme yapması gerekirken, önce yetki yönünden davayı ele alması doğru değildir.

Mahkemece, konşimentoda yer alan tahkim şartı uyarınca, görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ve gerekçe ile işin esasına girilmesi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.” şeklinde gerekçeye yer verildiği görülmektedir.

Davanın esasına girmeye engel teşkil eden ve davanın başında ileri sürüldüğünde dikkate alınması usule ilişkin itirazlara ilk itirazlar dava engelleri denilmektedir²⁴⁰. İlk itirazların nelerden ibaret olduğu HUMK'ta sınırlı olarak sayılmıştır ve bu sayım dışında ilk itiraz ileri sürmek mümkün değildir. Bu sebeple, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda tahkim itirazının ilk itiraz olduğu belirtilmiştir.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu²⁴¹nun 116. Maddesinde : “(1) İlk itirazlar aşağıdakilerden ibarettir:

- a) Kesin yetki kuralının bulunmadığı hallerde yetki itirazı.
- b) Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı.**
- c) İş bölümü itirazı.”

117. maddesinde ise : “(1) **İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde ileri sürülmek zorundadır; aksi halde dinlenemez.**

(2) İlk itirazlar, dava şartlarından sonra incelenir.

(3) İlk itirazlar, ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır.”

Şeklinde hükme yer verilerek, Milletlerarası Tahkim Kanunundaki düzenlemeye paralel ve açık bir hüküm getirilmiştir. Böylece tahkim itirazı süresinde yapılmaz ise mahkemece davanın esasına girilerek karar verilecektir.

²⁴⁰ Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006, s. 314.

²⁴¹ 04.02.2011 tarih ve sayılı 27836 sayılı RG.

Hukukumuzda, ilk itirazların bir kısmı, sadece davalı tarafından ileri sürülebilirken; bir kısmı, hem davacı hem de davalı tarafından ileri sürülebilir. Tahkim itirazı, davalı tarafından ileri sürülebilecek bir ilk itirazdır²⁴².

Böylece, tahkim sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen taraflardan biri, tahkime konu sözleşmeden doğan herhangi bir ihtilafı Türk mahkemelerine götürür ise diğer tarafın ilk itiraz olarak davanın başında tahkim itirazında bulunması gerekecektir. Söz konusu itiraz, HUMK'un 187 (HMK m. 116) ve devamı maddelerine göre karara bağlanacak, mahkeme itirazını kabul ederse, davayı usulden reddedecektir²⁴³.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5. maddesinde "tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder" denilmektedir. Görüldüğü gibi, tahkim itirazının kabulü durumunda mahkemenin davaya bakmayı reddedeceği ve artık davanın esasına girerek karar vermesinin mümkün olmadığı düzenlenmektedir.

Burada ilginç bir sorun, mahkemenin tahkim itirazını kabul etmesi kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Davalının tahkim itirazında bulunması, üzerine, mahkeme prensip olarak tahkim anlaşmasının var olup olmadığını araştıracaktır. Acaba mahkemece tahkim anlaşmasının varlığı tespit edilmekle birlikte, tahkim şartının geçerliliği ile ilgili bazı tereddütlerle karşılaşılması durumunda, tahkim şartının geçerliği hakkında yine mahkememi karar verecektir. Bu konuda iki yaklaşım söz konusu olabilir²⁴⁴.

Bunlardan ilki, geçerliliği tartışmalı olsa da, mahkemenin tahkim anlaşmasının varlığını belirlemesi üzerine, davaya bakmayı reddetmesi ve tahkim şartının geçerli olup olmadığı hakkında hakemlerin karar vermesidir. Zira Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7/H. maddesi uyarınca, "hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir". Başka bir deyişle, tahkim

²⁴² Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: age. s. 314.

²⁴³ Şanlı, C: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 2005, İstanbul, s.232.

²⁴⁴ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 97.

anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verme yetkisi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hakemlere verildiği için, mahkeme tahkim itirazı üzerine davaya bakmayı reddedecek ve tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında hakem heyeti karar verecektir.

İkinci yaklaşım ise tahkim itirazında bulunulması üzerine, mahkemece tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı araştırılırken, söz konusu tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığının da incelenmesidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5. maddesinin lafzı incelendiğinde, “tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder” denilmektedir. Öyleyse, burada mahkemenin görevi, sadece hukuki durumu ne olursa olsun bir tahkim şartının var olup olmadığını incelemek değil, fakat geçerli bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığını incelemektir. Zira Kanun'da “tahkim itirazının kabulü halinde” denilmekle, mahkemenin davaya bakmasını engelleyecek nitelikte, geçerli kısaca “kabul edilebilir” bir tahkim anlaşmasının bulunması şartı aranmaktadır. Bir an için tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili olarak mutlaka hakemlerin karar vermesi gerektiği düşünülecek olsa dahi²⁴⁵ hakemlerin tahkim şartının geçerli olup olmadığı hakkındaki kararlarının, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca mahkemeler tarafından denetlenebileceğini unutmamak gerekir. Zira, hakemlerin tahkim şartının geçerli olup olmadığı yolundaki kararlarına karşı, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15. maddesi gereği iptal davası açabilecektir. Bu sebeple tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında kesinleşmiş bir mahkeme kararı bulunması, geçerli olmayan bir tahkim anlaşmasına rağmen büyük bir zaman ve para kaybına yol açacak şekilde, uyuşmazlığın boşu boşuna tahkimde çözülmesini engelleyecektir.

Mahkemenin geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunduğunu hükme bağlaması durumunda da aynı şekilde, hakem kararına karşı, tahkim anlaşmasının geçerli olmadığı sebebiyle iptal davası açmak söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle tahkim itirazında bulunulması üzerine mahkemenin tahkim anlaşmasının varlığının yanı sıra, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını da incelemesi, tahkim prosedürünü uzatan değil, tam tersine boşa zaman ve para harcanmasını engelleyecek bir yol

²⁴⁵ Zira, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 5. Maddesi uyarınca, “Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler, sadece bu Kanun'un hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler”.

olacaktır. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu'na kaynak oluşturan, UNCITRAL Model Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca, mahkeme, tahkim anlaşmasının geçersiz, etkisiz veya icra edilemez olduğunu tespit etmediği müddetçe tahkim itirazını dikkate alabilecektir²⁴⁶.

SONUÇ

Türkiye'de kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu ve sözleşmelerin akdedilmesinden sonra doğan uyuşmazlıkların adli yargının görev alanına girdiği kabul edilmektedir.

5 Ocak 2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun bu sözleşmelerde tarafların "eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğunu" belirten 4. maddesi ve aynı Kanunun, "bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağını" hüküm altına alan 36. maddesi bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunu göstermektedir.

Sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak Türk İdareleri "Tahkim Şartı"ni Kabul veya Bir "Tahkim Sözleşmesi"ni Akdetme Yetkisine sahiptirler.

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, bu sözleşmelerde "anlaşmazlıkların çözümü"ne dair hüküm bulunması zorunludur. Bu sözleşmelerden doğan ihtilaflarda tahkim yolunun seçilmesi hususu ise ayrı bir özellik arz etmektedir.

Yerli ve yabancı tüm isteklilerin katılımına açık şekilde yapılan ihalelerde, sözleşmenin yürütülmesi sırasında taraflar arasında çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak milletlerarası tahkim öngörülmesi ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının 1 nolu bendinde sayılan hallerin varlığında ise sözleşme maddelerinin; "İdare ve yüklenici arasında karşılıklı müzakere yolu ile giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin anlaşmazlıklar (*sözleşme hükümlerine göre İdarenin re'sen hareket etme ve karar verme yetkisine haiz olduğu haller hariç olmak üzere*) 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir.

²⁴⁶ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007, s. 96.

Tip Sözleşmelerde; hakem veya hakem kurulunun seçimi, görevli ve yetkili mahkeme, uygulanacak hukuk ve tahkim yerine ilişkin hükümlere yer verilmekte ise de; bu hükümlerin yanında hakemlerin nitelikleri, hakem kurulunun yetkisi, tarafların delil ikamesi, hakem kurulunun delil toplama yetkisi ve usulü, bilirkişilerin seçimi, hakem ücreti, yargılama giderleri gibi hususlarında ayrıntılı biçimde düzenlenmesinin faydalı olacağı düşünülmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

AKINCI, Z.: Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2007.

AKINCI, Z.: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir, 1994,.

AKINCI, Z.: Tahkim Giderlerinin Azaltılması ve Elektronik Tahkim, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003.

ALANGOYA, Y.: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973.

BALCI, M.: İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim, B. I, İstanbul, 1999.

BERBER L. K.: Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi, (Kompetenz-Kompetenz), Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001.

BİRSEL, M. T./ BUDAK, A.C.: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 11 Nisan 1997.

BİRSEL, M.T.: Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları -Uygulanacak Usul Hukuku Belirsizlikleri-, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt 1, İstanbul, 2001.

- BİRSEL, M.T.:** Türkiye’de Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinin Anayasal ve Küresel Boyutları, Prof. Dr. İrfan Baştuğ’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi (DEÜHFD.), Cilt:7, Özel Sayı 2005, İzmir, 2005.
- CANDANER ELVER, N.:** Tahkim Sistemlerinde Hakemlerin Seçimi, Tayini ve Konuya İlişkin Güncel ve Somut Sorunlar, Uluslararası Ticarî Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul, 2004.
- DAYINLARLI, K.:** HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim (m. 516-536), Ankara, 2004.
- DAYINLARLI, K.:** Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara 1994.
- DAYINLARLI, K.:** Milli- Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Ankara, 1994.
- DAYINLARLI, K.:** Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkisi (Kamu Düzeni), Ankara, 1994.
- DEREN-YILDIRIM N.:** Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004.
- DURAN, L.:** Yap-İşlet-Devret, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Dergisi (AÜSBFD.), Cilt XLVI, Ocak-Haziran S.1-2, 1991.
- DOĞANAY, İ.:** Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu ve Tahkim Müessesesi, Ankara, 1964.
- EKŞİ, N.:** İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca İcrid Kurallarında Tahkim Deneyimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, S: 1-2, 2002.
- EKŞİ, N.:** Milletlerarası Deniz Ticaret Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul, 2004, s. 71, 72.; Kalpsüz T., Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, İstanbul 2003.
- ERDİKLER, Ş.:** Yapılan Değişikliklerden Sonra Uluslararası Tahkimin Hukuki Çerçevesi, Yaklaşım Aylık Dergi, Yıl:8, S.87, s. 94-97, Mart 2000.
- ERDOĞAN, F.:** Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara, 2004.
- EREN, F.:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2003.
- ERTAŞ, Ş.:** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara, 2006.
- ERTEKİN, E./KARAKAŞ, İ.:** Uygulamada İhtiyarî Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Tanınması, Ankara, 1997.

ERTURGUT, M.: Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, 2004..

ESEN, E.: Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının 3. Kişilere Teşmili, İstanbul, 2008, s. 6; Şanlı, C.: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s. 243; Şanlı, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986.

ESEN, E.: Hakem Kararının Tenfizi veya İptali Davalarında Tahkim Anlaşmasının Yetkisiz Temsilci Vasıtasıyla Yapıldığı İtirazı ve Konuya İlişkin 11.10.2000 Tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, Prof. Dr Gülören Tekinalp'e Armağan, 23 MHB 2003/1-2.

GÖZLER, K.: İdare Hukuku, C. II, Bursa, 2009.

GÜRDOĞAN, B.: Davaya Vekâlette Özel Mezuniyet Gerektiren Haller, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977.

HACALOĞLU, A.: Uluslararası Tahkim ile ilgili Olarak Anayasanın 47., 125. ve 155. Maddelerinde Değişiklik Öngören Yasa Tasarısı Hakkında Bilgilendirme ve Tartışma Notu, 25 Temmuz 1999.

KALPSÜZ T.: İnşaat Sözleşmelerinde Tahkim, Ankara, 1996.

KALPSÜZ, T.: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2010.

KALPSÜZ, T.: IV Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 1997.

KALPSÜZ, T.: İsviçre Hukukunda Milletlerarası Tahkim, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, C. II, Ankara, 11 Nisan 1997.

KALPSÜZ, T.: Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara, 2003.

KALPSÜZ, T.: Praktische Erfahrungen und Empfehlungen zum Deutsch Türkischen Rechtsverkehr, (Praktische Erfahrungen), DIS Mitteilungen 1/91, sh. 24 ve Türk Hukukunda Hakem Kararlarının Temyizi Sebepleri (Hakem Kararının Temyizi), Batider, C. XIX, S. 1.

KALPSÜZ, T.: Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, İstanbul, 2003.

KAPLAN, N.: In the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice? 12(1) Arb Int 1996.

KAPLAN, Y.: Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara, 2002.

- KAPLAN, Y.:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Seçilmesi ve Sonuçları, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2.
- KESKİN, B.:** Kamu Hizmetinin Görülmesine İlişkin Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü, Ankara, 2006.
- KILIÇOĞLU, A. M.:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2002.
- KOSTAKOĞLU, C.:** İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2005.
- KURU, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul, 2001.
- KURU, B.:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, İstanbul, 2001.
- NOMER, E./EKŞİ, N./ÖZTEKİN G.:** Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2003.
- OĞUZMAN K.M/SELİÇİ O/OKTAY-ÖZDEMİR S.,** Eşya Hukuku, İstanbul, 2004.
- ORMANOĞLU, B.:** Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Tahkim, Ankara, 2004.
- ÖZDEMİR, T./DURGUT, R:** Uluslararası Tahkimde Sözleşme Serbestisi (EÜHFD, 2006/2,
- PEKCANITEZ, H.:** Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzBD., S. 2, Nisan 1997.
- PEKCANITEZ. H./ATALAY, O./ÖZEKES, M.:** Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006.
- POLATKAN, V.:** Yap-İşlet-Devret Modeli ile Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ankara, 2000.
- ŞANLI, C.:** 21 Nisan 1961 Tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Hukuku, Avrupa (Cenevre)-New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, s. 1-12, Ankara, 10 Mayıs 1990.
- ŞANLI, C.:** Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve "Perdeyi Kaldırma Teorisi" Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, 22 MHB 2002/2.
- ŞANLI, C.:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005.
- ŞEN-DOĞRAMACI, H.:** Çerçeve Sözleşmeler, Eskişehir, 2010
- TANRIBİLİR, F. B./ ŞİT, B.:** Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu (Milletlerarası Tahkim Müessesesi), Milletlerarası

Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl:22, Sayı:2, 2002.

TAŞKIN, A.: Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2000,

TEKİNALP G.: Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul, 1977.

TEKİNALP G.: Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun ve Bazı Problemler, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul, 1977.

TURHAN, T.: Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler : İç Tahkim Ve Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2002.

TURHAN, T.: Ticari Tahkimi Düzenleyen Temel Metinler : İç Tahkim Ve Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2002.

ULUOCAK, N.: Milletlerarası Tahkim Şartının Alacağı Temlik ile İntikali-Fransız İçtihadı, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 19-20 MHB 1999-2000/1-2.

ÜSTÜNDAĞ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul, 2000.

YEĞENGİL, R.: Tahkim, İstanbul, 1974.

YEŞİLOVA, B.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardım ve Denetimi, İzmir, 2007.

YEŞİN, E.: Milletlerarası Sözleşmelerde Tahkim Şartı, Ankara, 1996.

YILMAZ, İ.: Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü ve ICSID, İstanbul, 2004.