

TÜRKİYE
İNŞAAT SANAYİCİLERİ
İŞVEREN SENDİKASI



İÇ TAHKİM VE UYGULAMALARI

IVXX. ÇÖZÜM ARAMA
KONFERANSI



IVXX. ÇÖZÜM ARAMA KONFERANSI

İÇ TAHKİM VE UYGULAMALARI

ISBN

İNTES

**TÜRKİYE İNŞAAT SANAYİCİLERİ
İŞVEREN SENDİKASI**

4. Cadde 719. Sokak No:3 06550 Yıldız-Çankaya/ANKARA

Tel: 0.312 441 43 50 (Pbx) - 441 43 72 - 441 32 89

Faks: 0.312 441 36 43

www.intes.org.tr

e-mail: intes@intes.org.tr

TASARIM ve BASKI

Artı Tanıtım Reklam Promosyon Organizasyon

Doğanbey Mah. Rüzgarlı Cad.

Eser İşhanı 14/235 K:5

Altındağ / ANKARA

Tel: 0312 311 26 90

Fax. 0312 311 26 90

Yayın No:23

ANKARA

ÖNSÖZ

İçinde bulunduğumuz çağda ticaret faaliyetler gerek ülke içinde gerekse milletlerarası alanda sınırlarını tanımaksızın büyük bir hızla yaygınlaşmaktadır.

Yurt içinde ve yurt dışında ticari faaliyetlerin artan hızı, ülkemizde yerli ve yabancı kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör arasındaki akdi ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde iç tahkim uygulamalarına duyulan ihtiyacı da artırmaktadır.

Nitekim çok uluslu ticari ilişkilerde yaşanan sorunların çözümü de her geçen gün karmaşıklaşmaktadır. Tahkim, bu sorunların çözümü için bulunan önemli ve etkili yöntemlerin başında gelmektedir.

Teknolojik gelişmelerin artması ve etkin hale gelmesi ile ticari yaşamın bir gerekliliği olarak hızlı ve ekonomik çözüm yollarına duyulan ihtiyaç, iç tahkim kurallarına ilişkin yeni düzenlerle ve bu bilincin yaygınlaştırılmasına yönelik çalışmaları da beraberinde getirmelidir.

Konuya Türk müteahhitlik hizmetleri açısından baktığımızda sektörümüz açısından önemi de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. İnşaat sektöründe yapılan proje ve işlere bağlı olarak akdedilen sözleşmelerde taraflar arasında meydana gelmesi muhtemel uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında artık yaygın bir şekilde tahkim yolunun seçildiği gözlemlenmektedir.

Ticari hayatın bir gerekliliği olarak şirketlerin özellikle rekabet güçlerini artıracak ortak girişimlere yönelmeleri, Joint Ventures ve konsorsiyum şeklindeki ortaklıkların oluşması bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu gibi ticari ortaklıkların tarafları arasında yaşanan uyuşmazlıkların ise en kısa zamanda ve en ekonomik şekilde sonuçlanması önem arz etmektedir.

Tahkimde uyuşmazlıkların süratle ve titizlikle ele alınması ile sorunların çözüme kavuşturulması şirketlerin önemli bir ihtiyacına hizmet etmektedir.

Türk müteahhitleri bugün dünyanın yüzü aşkın farklı ülkesinde çalışmaktadır. Bu ülkeler, aynı zamanda yüzlerce farklı hukuk sistemi ve idari yapı ile çalışmak anlamını taşımaktadır.

Bunlar arasında birbirine çok yakın sistemler olduğu kadar birbirinden çok farklı sistemler de bulunmaktadır.

Yurt içi ve yurt dışı ticari faaliyet hacmi yüksek olan ÷lkemizde akdi ilişkilerden doğan ihtilafların çözümü hususunda tüm taraf ve paydaşlarca kabul görececek iç tahkim düzenlemelerine mutlaka ihtiyaç vardır.

İNTES olarak konunun öneminden hareketle dünyanın tüm coğrafyalarında çalışan firmalarımızın, ihtiyaç duyabileceği tahkim uygulamasının, iç hukuk alanında da zenginleştirilmesi ve yaygınlaşmasının önemini vurgulayan bir toplantı düzenlenmesine karar verdik. Bu toplantının organize edilmesinde İnşaat Mühendisi ve Avukat Sayın Ali Rıza yücel bizlere büyük destek verdi.

Toplantımızın değerli konuşmacıları; Prof. Dr. Kemal Dayınlarlı, Prof. Dr. Yüksel Ersoy, Doç. Dr. Sema Taşpınar Ayvaz ve Doç. Dr. Adnan Değnekli konferansta konuya ilişkin aydınlatıcı bilgiler verdiler.

Biz de bu önemli bilgileri sektörün hizmetine sunmak amacıyla elinizdeki kitapçığı bastırmaya karar verdik.

Bizlerle bilgilerini paylaşan çok değerli hocalarımıza teşekkürlerimizi sunuyor, kitabımızın sektörümüze faydalı olmasını diliyoruz.

Saygılarımızla

...09.2013

İÇİNDEKİLER

Önsöz	3
AÇILIŞ	
İNTEB Başkanı M. Şükrü Koçoğlu	7
PANELİSTLER	
MODERATÖR –İnşaat Mühendisi Avukat Ali RIZA YÜCEL	9
Prof. Dr. Kemal DAYINLARLI	9
Prof. Dr. Yüksel ERSOY	9
Doç.Dr. Adnan DEĞNEKLİ	10
Doç.Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ	10
TAHKİM NEDİR VE TAHKİMİN FAYDALARI NELERDİR?	17
PROF. DR. Kemal DAYINLARLI DAYINLARI HUKUK BÜROSU	17
TAHKİMİN FAYDALARI	24
1. Tahkimin Günümüzde Uzmanlık Alanı Olması	24
2. Tahkimde Kısa Zamanda Sonuca Ulaşılr	24
3. Tahkim Davaları Adli Tatilde de Görülmeye Devam Edilir	25
4. Tahkim Davası Daha Ucuza Mal Olur	25
5. Dava Adedinin Azlığı	25
6. Tahkimin Gizli Cereyan Etmesi	26
7. Kredi Veren Kuruluşların Talebi	26
TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ	29
Prof. Dr. Yüksel ERSOY	29
HMK'YA GÖRE TAHKİMDE YARGILAMA USULÜ	37
Doç. Dr. Adnan DEĞNEKLİ YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ ÜYESİ	37
HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI KONUSUNDA HMK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI	49
Doç. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	49
SORU-CEVAP BÖLÜMÜ	59

AÇILIŞ

İNTES GENEL SEKRETERİ NECATİ ERSOY

Sayın konuklar, İç Tahkim ve Uygulaması” konulu 42. Çözüm Arama Konferansımıza hoş geldiniz.

Bugünkü Konferansımızın konuşmacıları, Prof. Dr. Kemal Dayınlarlı, Prof. Dr. Yüksel Ersoy, Doç. Dr. Sema Taşpınar, Doç. Dr. Adnan Değnekli.

Konferansımızın Moderatörü İnşaat Mühendisi ve Avukat Ali Rıza Yücel’dir.

Açılış konuşmasını yapmak üzere, İNTES Yönetim Kurulu Başkanı Sayın Şükrü Koçoğlu’nu kürsüye davet ediyorum.

İNTES BAŞKANI M. ŞÜKRÜ KOÇOĞLU

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Değerli hocalarım, çok değerli katılımcılar, hanımefendiler, beyefendiler; hepiniz hoş geldiniz.

Bugün İNTES’in 42. Çözüm Arama Konferansını düzenliyoruz. Bu teknik toplantıları 11 yıldır yapıyoruz.

Tahkimin, yargının çok hızlı, çok çevik olamadığı anlarda pratik bir çıkış yolu olarak uygulamaya sokulmuş olduğunu düşünüyorum. Türkiye’de uzun yıllardan beri tahkim bazı eksiklikleri ile de olsa uygulanıyor ama şimdi artık kanun değişikliğiyle daha hızlı, daha yoğun bir şekilde uygulanacağını umuyoruz.

Gerek yurt dışında gerek yurt içinde sektörümüz açısından tahkim ile yoğun bir şekilde karşı karşıyayız. Konunun sektörümüzü çok fazla ilgilendirmesi dolayısıyla böyle bir toplantı düzenlemeye ihtiyaç duyduk.

Dünya küreselleşiyor. Mesafeler her geçen gün kısalıyor, daha hızlı seyahatler yapıyoruz. İşte tahkim de dünyanın bu globalleşme sürecinin hızlanmasından kaynaklanıyor. Bu globalleşme sürecinde özellikle dünyadaki finansal kriz sürecinden sonra yaşanan ekonomik dar boğazlar nedeni ile şirket evlilikleri, şirket satın almaları oldu. Türkiye’nin de büyüyen ekonomisi ile tahkimin önemi burada karşımıza bir kez daha geldi.

Bütün ülkelerde farklı farklı hukuk sistemi bulunmaktadır. Türk müteahhitleri olarak 101 farklı ülkede çalışıyoruz. Hemen hemen 101 tane farklı hukuk sistemi dersem belki abartıyor olurum. Ama neticede hep farklılıklar bulunmakta, ya da bazı teorik farklılıklar ile karşılaşıyoruz. Ama tahkimde o kadar farklılık da yok. Dolayısıyla bu farklılıklarda da çok büyük kayıplar da söz konusu olabilmektedir. Öte yandan gidilen ülkenin hukuk ve muhasebe sistemini bilmek çok önemlidir.

Hukukçular biliyordur ama belki tahkim bizim için, biraz daha yeni bir kavram oldu. İç tahkim de kaçınılmaz oldu. Çünkü biraz evvel de söylediğim gibi, biz artık Türkiye’de kendimizle yani Türk firmalarıyla birlikte ortak girişimler yapıyoruz. Bunu neden yapıyoruz? İşte, birlikten kuvvet doğsun diye ama çoğu birlikten kuvvet doğmaktan dolayı değil, işte Kamu İhale Yasamızın getirdiği zorunlulukların da etkisi ile. Kamu İhale Yasası da bizi böyle evliliklere zorladı. Tabii, küçük de olsa anlaşmazlık da olabilir. Hukuk dosyaları belli, mahkemeler belli, Yargıtay belli. İç Tahkim burada bizim için çok önemli.

Ekonomik olması da iç tahkimin önemini arttırıyor. Yalnız ekonomik derken, yine başımdan geçen bir olayı anlatayım. 20 sene evvel, İzmir’de bir işimiz vardı. Devlet Bakanlığını mahkemeye verdim, Devlet Bakanlığı verilemediği için Başbakanlığı tahkime verdim. Dünya Bankası kredili bir işti. Tahkimi kazandım. Firmamız adına değerli Hocamızı atadı, Başbakanlık da yine değerli bir hocayı atadı, o iki hocamız yine bir değerli hocayı hakem olarak atadı, üç tane hakemimiz var. Başhakem de Paris Ticaret Odası. Ben kazandım davayı ama cebime bir kuruş girmede. “Bu para nereye gitti?” diyeceksiniz, hocalarımıza ve Paris Ticaret Odasına gitti. Yani bu da bir realite, bunu anlatmak zorundayım. Belki daha çok Paris Ticaret Odası aldı bu parayı. Benim cebime hiç para girmede. Böyle tahkim olacaksa da olmasın, ne olur! O zaman ben mahkemeye verirdim, üç kuruş, beş kuruş bilmiyorum, bir harç yatırırdım, kazanırım, kazanmazdım ama kazanırsam da para alırdım. Ama ben kazandım görünüyorum. Yani tahkim de böyle olmasın.

Evet, ben fazla uzatmayayım. Değerli hocalarıma çok teşekkür ediyorum; Sayın Prof. Dr. Kemal Dayınlı, Sayın Prof. Dr. Yüksel Ersoy, Doç. Dr. Sayın Sema Taşpınar Ayvaz ve Dr. Adnan Değnekli Hocamız ve de Sayın Mühendis ve Avukat Ali Rıza Yücel meslektaşına bu güzel toplantıda, güzel sunum yapacakları, bizi aydınlatacakları için sektörümüz adına çok teşekkür ediyorum. Sizlere de katılımlarınızdan dolayı teşekkür ediyorum, desteklerinizi beklediğimizi ifade etmek istiyorum.

Çok teşekkür ederim, sağ olun.

PANELİSTLER

MODERATÖR –İNŞAAT MÜHENDİSİ AVUKAT ALİ RIZA YÜCEL

Sayın Başkana, bu konuşmalarından ötürü çok teşekkür ediyoruz.

Kamu idarelerinin değerli mensupları, yargının değerli mensupları, İNTES'in değerli temsilcileri, değerli konuklar, bayanlar ve baylar; panele başlamadan önce hepinize hoş geldiniz diyor, en içten dileklerimle sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası (İNTES) tarafından düzenlenen ve moderatörlüğünü yapmış olduğum “ İÇ TAHKİM ve UYGULAMASI “ konulu panele, panelist olarak katılmak suretiyle büyük katkı ve emeklerini esirgemeyen konunun uzmanları sayın Hocalarımızı sizlere takdim etmekten büyük sevinç ve onur duyduğumu ifade etmek isterim.

Prof. Dr. Kemal DAYINLARLI ,

1970 yılından beri hukuk alanındaki çalışmaları ve eserleri ile tanınmaktadır.

Şimdiye kadar 74 adet İsviçre Federal Mahkeme İçtihadını Fransızca aslından Türkçeye çevirmiş ve bunlar, başta Yargıtay Dergisi olmak üzere, çeşitli meslek dergilerinde yayınlanmıştır.

Profesör Doktor Kemal DAYINLARLI'nın Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku ve özellikle Tahkim Hukuku alanlarında yayınlanmış çeşitli eser ve makaleleri vardır. Ayrıca, hukuk alanındaki Türkçe, İngilizce ve Fransızca eserlerinin sayısı 51 olmuştur. Halen Yerli ve Yabancı Firmalar Arasında Çıkan Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümünde hakemlik yapmakta, millî ve milletlerarası tahkim üzerine konferanslar vermeye devam etmektedir. İlâveten, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünde Borçlar Hukuku ve Milletlerarası Tahkim Hukuku alanlarında ders vermektedir. Ayrıca Milletlerarası Ticaret Odası yani ICC'nin Türkiye Millî Komitesinin hakem listesinde ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği hakem listesinde kayıtlı bulunmaktadır.

Prof. Dr. Yüksel ERSOY,

Ceza Hukuku ve Uluslararası Hukuk konularında pek çok araştırması

bulunmaktadır. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden 2003 yılında emekliye ayrılan ERSOY, daha önceden başlattığı avukatlık hizmetlerini kendi hukuk bürosunda devam ettirmektedir. Kurduğu büro; Sözleşme Hukuku, Borçlar Hukuku, Ticaret Hukuku, Uluslararası Özel Hukuk ve Ceza Hukuku alanlarında hukuki yardım ve gerektiğinde mahkemelerde veya tahkimde dava takibi faaliyetlerinde bulunmaktadır.

ERSOY, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsündeki bir sertifika programında “Eser Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerden Çıkan Uyuşmazlıklarda Mühendis-Hukukçu İlişkileri” konusunda bir dersi sürdürmektedir.

Ayrıca, 2005-2006 Öğretim yılından itibaren Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Uluslararası Ticari Tahkim dersleri vermektedir.

Doç.Dr. Adnan DEĞNEKLİ

18.01.2010 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Adnan DEĞNEKLİ, halen Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Üyesi olarak görevini sürdürmektedir.

İngilizce bilen ve İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Mali Hukuk dalında master ve doktora yapan Sn. DEĞNEKLİ'nin İflasın Vergi Alacağına Tahsiline Etkisi, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, İtirazın İptali Davaları, Konkordatonun Tasdiki ve Kambyo Senetlerine Özgü İflas Yoluyla Takip, Medeni Usul Hukukunda Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli adlı eserleri ve İhtiyati Haciz adlı müşterek eserleri, Medeni Usul Hukuku, İcra İflas Hukuku ve Ticaret Hukuku ile ilgili sayısız makalesi bulunmaktadır.

Doç.Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ,

1990'da Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitiren AYVAZ ,aynı üniversitede Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak çalışmaya başladı. 2006 yılında Doçent unvanını aldı. Ankara Üniversitesi'nde çeşitli akademik ve idari görevler üstlendi. 2007-2009 tarihleri arasında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Yardımcılığı görevini yaptı. 2010-2012 yılları arasında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığını üstlendi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi dışında, çeşitli üniversitelerde ders vermektedir.

Ayrıca alanında yayınlanmış çok sayıda makale, konferans, panel ve bildiri metinleri vardır.

Değerli Okurlar,

Bu panelin, kitap halinde basılmasında emeği geçen Sayın Av. Pınar ÇOLAKOĞLU BAYDAR başta olmak üzere, herkese teşekkürü borç bilirim.

Ayrıca ,TAHKİM gibi önemli bir konuyu işlememize olanak sağlayan, desteklerini esirgemeyen, İNTES Başkanı Sayın Şükrü KOÇOĞLU'na, İNTES yönetim kuruluna ve İNTES Genel Sekreteri Sayın Necati ERSOY'a ben ve hocalarım adına teşekkür ederiz.

Kuşkusuz çok kıymetli hocalarımın panelist olarak katıldıkları böylesi bir toplantıda moderatörlük yapmanın kolay olmadığını itiraf etmek isterim. Ancak bu zorluğun yanı sıra, çok değerli hocalarımın birlikte olmanın benim için ne büyük bir mutluluk ve kıvanç kaynağı olduğunu da ifade etmek istiyorum.

Efendim, hocalarımız zaten iç tahkimi detaylı olarak anlatacaklar ancak ben tahkime Sayın İNTES Başkanının değindiği gibi kabaca değinmek istiyorum hem iç tahkime hem de milletlerarası tahkime.

Bilindiği üzere, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına **“tahkim”** diyoruz. Uyuşmazlığın çözülmesi, kendilerine bırakılan kişilere ise **“hakem”** denir. Hakemlerin kendilerine havale edilen uyuşmazlığı çözmek konusunda hiçbir resmî sıfatları yoktur. Ancak taraflar uyuşmazlığın çözümünü onlara havale etmekle hakemlerin verecekleri karara önceden razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık bakımından âdeta bir mahkeme sıfatını kazanmıştır. Bu nedenle, hakem ya da hakemlerden müteşekkil bu oluşuma **“hakem mahkemesi”** de denilmektedir. Ancak tahkim kural olarak ihtiyaridir yani isteğe bağlıdır ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen tahkim yolu, ihtiyari tahkimdir. O nedenle panel konumuz olan iç tahkim, ihtiyari tahkimdir. İhtiyari tahkimde taraflar aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için hakeme başvurmak zorunda değildirler. Davalarını devlet mahkemelerinde de açabilirler fakat taraflar devlet mahkemesinde dava açmak yerine, aralarındaki uyuşmazlığı seçecekleri hakemler tarafından çözümlenmesini de kararlaştırabilirler. Hakemler uyuşmazlıkları mevcut yasalara göre çözümlenebilecekleri gibi, eğer tahkimin tarafları hakemlere böyle açık bir yetki vermişse, adalet ve nesafet esasları uyarınca da karar verebilirler. Kararları da Yargıtayca belirli nedenlerle denetime tabi tutulabilir.

Bütün bu temel esaslar, tarafların aynı derecede korunması ve tahkim usulünün kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla bazı özel koşulların kabulünü gerektirmiştir. Bu koşullar hiç kuşkusuz hakemlerin de hâkimler gibi uyuşmazlığın çözümünde tarafsızlıklarını sağlayacak biçimde belirlenmiştir. Esasen millî hukukumuz, tahkime yabancı değildir. Ülkemizde tahkimle ilgili 86 yılı aşan düzenlemelere karşılık, millî ve milletlerarası tahkim olması gereken yere gelmemiş ve gelişmemiştir. Kaldı ki, yurt dışında iş yapan yüklenicilerimiz sözleşmelerinde tahkim ile sık sık karşılaşmaktadırlar. Yüklenicilerimizin tahkim konusunda yeterli deneyim ve donanıma sahip olmaması ve ancak yabancı ülkelerdeki taahhütlerinde tahkimle karşılaşmaları ne yazık ki uyuşmazlıklarda tahkim süreci genellikle onların aleyhine sonuçlanmaktadır. O nedenle, milletlerarası tahkimden de kısaca söz etmek gerektiği kanısındayım.

Esasen, AB'ye katılım yolundaki Türkiye'nin tahkime ilgisiz kalması zaten olanaklı değildir. Nitekim, devletin taraf olduğu yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümünün önündeki engelleri kaldırmak için 1999 yılında, başta Anayasa olmak üzere, Danıştay Kanunu'nda, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda değişiklikler yapılmış, 2000 yılında 4501 sayılı Kamu Hizmetleri İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulacak İlkelere Dair Kanun kabul edilmiştir.

Ayrıca, 2003 yılında yürürlüğe giren 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin (e) bendinde, yabancı sermaye yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi esası öngörülmüştür. Kaldı ki Türkiye, 1963 yılından beri onayladığı iki taraflı yatırım anlaşmalarında, yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözülmesini kabul etmiştir.

Yabancı sermaye yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla Türkiye ilk defa 1963 yılında Almanya ile bir anlaşma yapmıştır. Daha sonra 1988 yılında İslam Konferansı Teşkilatı'na üye ülkelerle yaptığı anlaşmayı, 1989 yılında Amerika ile yaptığı anlaşma izlemiştir. Bahse konu antlaşmayı 1988 yılından itibaren art arda imzalanan Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmaları izlemiştir.

İkili yatırım antlaşmalarının en önemli özelliği, uyuşmazlık halinde tahkim merkezlerine başvurunun, ev sahibi devletin isteğine bırakılmayıp, zorunlu hale getirilmiş olmasıdır. Başvurulacak tahkim merkezleri olarak "ICSID"(International Convention on the Settlement of Investment

Disputes) ve “ICC”(International Chamber of Commerce) belirlenmiş, ayrıca UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) tahkim kurallarına göre *ad hoc* tahkime başvurulması öngörülmüştür. Türkiye söz konusu ikili yatırım anlaşmalarının yanı sıra, ICSID olarak anılan ve 1965 yılında Washington’da imzalanan Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyona 1988 yılında taraf olmuştur.

Türkiye, Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 10 Haziran 1958 tarihli New York Konvansiyonunu 1991 yılında onaylanmıştır. Enerji Şartı Sözleşmesi ve eklerini 2000 yılında onaylamıştır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’muz ise 5 Temmuz 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4734 sayılı Kamu İhale Yasası uyarınca çıkarılan tip sözleşmelerin, “Anlaşmazlıkların Çözümü” başlıklı maddesinde; “ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2. maddesinin birinci fıkrasının 1 nolu bendinde belirtilen hallerin varlığında, “İdare ile yüklenici arasında karşılıklı müzakere yoluyla giderilemeyen her türlü fikir ayrılığı ile Sözleşme kapsamındaki hükümlerin tatbiki, yorumlanması ve benzeri konulara ilişkin anlaşmazlıklar 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre çözülecektir.” denilmek suretiyle tahkim yöntemi benimsenmektedir. Kaldı ki Kamu İhale Yasası’na tabi olmayan pek çok kamu alımında da uyuşmazlık halinde tahkim yolu tercih edilmektedir.

Taraf olduğumuz **ICSID Konvansiyonu** (Sözleşmesi) ve **New York Konvansiyonu**’ndan kısaca söz etmek isterim.

ICSID Konvansiyonu ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için Washington’da bir Uluslararası Tahkim Merkezi kurulmuştur. Türkiye’de özellikle enerji sektöründe yatırım yapan yabancıların son yıllarda, başta ICSID olmak üzere, diğer uluslararası tahkim kurumlarında Türkiye aleyhine dava açmış olmaları, uluslararası tahkimin Türkiye açısından önemini daha da artırmıştır. Esasen, 1999-2000 yıllarında yapılan yasal düzenlemelerden önce, hatta Cumhuriyetin ilk yıllarında bile Türk devleti ve Devlet kurumlarına karşı tahkime başvurulmuştur. Bunun ilk örneklerini 1937 ve 1961 yıllarında verilen Danıştay kararlarına konu olan uyuşmazlıklar oluşturmaktadır.

Fransız şirketler grubu tarafından Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü’ne karşı ICC’de açılan Keban Barajı davasında verilen hakem kararının Türkiye’de tenfizi için dava açılmıştır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 1976

tarifli kararında, devlet veya devlet kurumlarına karşı tahkim yoluna başvurulamayacağından söz etmemiştir. 1999-2000 yıllarında yapılan yasal düzenlemelerden önce imtiyaz sözleşmelerinde yer alan tahkim şartlarının sözleşmeden çıkarılmasını isteyen Danıştay, 1937 yılında ve 1961 yılında verdiği kararlarında idari uyuşmazlıklar konusunda tahkime gidilmesini kabul etmiştir. Nitekim 1937 yılında verdiği karar, **Fenerler İmtiyazı** ile ilgilidir. 1961 yılında verilen karar, Cenup Demiryollarının İşletmesine ait İtilafname'ye ilişkindir. Taraflar ICSID tahkimine rızalarını uyuşmazlıktan önce ya da sonra verebilirler. Yabancı yatırımcı ile yatırıma ev sahipliği yapan devlet veya kamu kurumu, tahkim iradelerini yatırım sözleşmesine koyacakları bir kloz ile ifade etmektedirler. Bununla beraber, ICSID tahkimine gitme iradesi, başka şekillerde de açıklanabilir. Örneğin, devlet yatırım teşvik kanunlarında ICSID tahkimini öngörebilir veya diğer bir devletle yapacağı iki taraflı yatırım anlaşmasına ICSID tahkimine ilişkin bir madde koyabilir. Bu madde ile belirli şartların varlığı halinde yatırımcı, ev sahibi ülkeyle birlikte ICSID Tahkim Merkezi'ne müracaat edebilir.

ICSID hakem kararları, akit devletlerde kendi mahkemelerinden verilen nihai kararlar gibi tenfiz edilir. Böylece millî mahkemelerin ICSID hakem kararlarını gözden geçirmeyetkisi bulunmamaktadır. ICSID hakem kararları, kendiliğinden tenfiz edilecektir. İcranın mutlaka ICSID hakem kararı aleyhine verilen devletle yapılması da zorunlu değildir, üçüncü bir ülkede de yapılabilir. Diğer bir anlatımla ICSID hakem kararı, devlet tarafından kendiliğinden yerine getirilmezse yatırımcı bu kararın icrasını yatırıma ev sahipliği yapan devlet de dahil olmak üzere, diğer akit devletlerden de isteyebilir. Yatırımcı ICSID hakem kararı aleyhine olan devletin hangi ülke veya ülkelerde haczedilebilir malı olduğunu araştıracaktır. Hatta malların bulunduğu ülke hukukuna göre, devlet mallarının icra muafiyeti ve bu muafiyetin sınırlarını da tespit etmek zorunda kalacaktır.

ICSID'in kendi bünyesinde bir icra organı yoktur. Bu sebeple kararın icrası millî mahkemelere bırakılmıştır. Ancak devletler uluslararası alanda güvenilirliklerinin sarsılmaması, milletlerarası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş duruma düşmemek, yatırımcının diplomatik himaye hakkını kullanmaması ve yatırımcının vatandaşı olduğu devletin yatırım yapıldığı akit ülkenin konvansiyondan doğan borçlarını ihlal ettiği gerekçesiyle Milletlerarası Adalet Divanı'na başvurmaması için ICSID hakem kararı kendiliğinden yerine getirirler. Kaldı ki Dünya Bankası ve IMF'den kredi alamama riski ICSID hakem kararlarını kendiliğinden yerine getirilmesine etki eden diğer önemli bir faktördür. Üstelik tanınmış

yatırımcılar, ICSID hakem kararlarını icra etmemekte direnen ülkelerde proje almak da istemezler.

Son olarak, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin **New York Konvansiyonu**'na kısaca değinmek istiyorum; New York Konvansiyonu, çok sayıda devletin taraf olduğu bir sözleşmedir. 1 Ocak 2007 tarihi itibarıyla bütün Avrupa devletleri, Avrupa Birliği üyeliğine kabul edilmiş eski Doğu Bloku ülkeleri, Güney Amerika ülkelerinin hemen hemen tamamı, Çin ve yeni bağımsızlıklarına kavuşan bazı Avrasya devletleri de dâhil olmak üzere, 142 ülke –belki bu sayı şimdi artmış olabilir- bu Sözleşme'nin üyesidir. Bu Konvansiyonun 3. maddesine göre, akit devletlerden her biri diğer akit devletlerde verilen hakem kararlarının geçerliliğini tanıyacak ve hakem kararının öne sürüldüğü devlette Sözleşme'de yer alan hükümler çerçevesinde tanınması ve tenfizine karar verecektir.

New York Konvansiyonu, tanıma ve tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devlet ülkesine verilen hakem kararlarına uygulanır.

Bilindiği üzere, **Tanıma**; Yabancı bir mahkeme veya hakem kararının kesin hüküm kuvvetinin, icra kabiliyetinden bağımsız olarak tanıma işleminin yapıldığı devlet tarafından kabul edilmiş olması anlamına gelir. **Tenfiz** ise; yabancı mahkeme veya hakem kararının, tenfiz işleminin gerçekleştiği devlet ülkesinde icra kabiliyeti kazanmasını ifade eder.

New York Konvansiyonun uygulanması için hakem kararını mutlaka akit devletlerinden birinde verilmesi de zorunlu değildir. Akit devletler, yabancı olarak kabul ettikleri bütün hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde New York Konvansiyonu'nu uygulayabilirler. New York Konvansiyonu, Konvansiyona taraf olsun veya olmasın, tenfiz ülkesinde yabancı kabul edilen hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulanır.

Hakem kararları verildiği yerde iptal edilirse, alacaklı bu kararı, borçlunun mal varlığının bulunduğu diğer ülkede veya ülkelerde tenfiz ettirmeye çalışacaktır.

New York Konvansiyonuna çok sayıda ülke taraf olduğundan, alacaklı için önemli olan borçlunun muhtelif ülkelerde mal varlığının bulunmasıdır. Hakem kararı verildiği yerde iptal edilse bile, New York Konvansiyonuna taraf olan ülkelerden herhangi biri alacaklıya tenfiz imkânı sağlayabilir. Tenfiz devletin iç hukukunda veya taraf olduğu milletlerarası antlaşmalarda iptal, tenfizin reddi sebebi değilse, iptal edilmiş hakem kararını tenfiz etmesine engel teşkil etmeyecektir.

Milletlerarası sözleşmelerden söz etmemin nedeni, bahse konu sözleşmeler Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası anlaşmalar kanun hükmünde olduğundan, düzenledikleri alan içerisinde özel hüküm niteliğinde sayılırlar ve bu nitelikleri nedeniyle de öncelikli olarak uygulanmaları söz konusudur.

Değerli dinleyenler, ülkemizde tahkimin geçmişi oldukça eski olmasına rağmen, millî ve milletlerarası tahkimimiz ne yazık ki gelişmemiştir. Son yıllarda yapılan yasal düzenlemeler umut verici olmakla birlikte, bu düzenlemelerin gereği uygulamalara yeterince yansıtılmamıştır. Çin, Rusya, Ukrayna, Bulgaristan, Sırbistan, Hırvatistan, Kore, Mısır, Dubai, Singapur, Malta gibi ülkelerin uluslararası tahkim merkezleri uluslararası üne kavuşmuş iken, biz hâlâ İstanbul Uluslararası Tahkim Merkezi olsun mu olmasın mı tartışması içindeyiz. Bildiğim kadarıyla bu konudaki kanun tasarısı da bir köşede beklemektedir.

O nedenle, ülkemizde tahkimin gelişebilmesi için, başta Yargıtayımız olmak üzere, mahkemeler, kamu idareleri, akademik çevreler ve esasen bu işin tarafı olan özel sektörün bu hususa sıcak bakmaları ve dünyadaki gelişmeleri yakından izlemeleri gerekmektedir. Kısacası tahkim bilincinin oluşması şarttır. Aksi halde uluslararası arenada tahkim konusunda söz sahibi olamayacağımız gibi, korkarım kaybeden taraf hep biz olacağız.

Teşekkür ederim.

Programımızın bu bölümünde sayın hocalarım konuşacaklar.

PROF. DR. KEMAL DAYINLARLI **DAYINLARI HUKUK BÜROSU**

İlk konuşmayı Sayın Profesör Doktor Kemal Dayınlarlı Hocam yapacak.

Buyurun Hocam.

TAHKİM NEDİR VE TAHKİMİN FAYDALARI NELERDİR?

PROF. DR. KEMAL DAYINLARLI – Sayın Başkanım, benim hakkımda söylediğiniz ifadeler için çok teşekkür ederim.

Siz anlatırken ben düşünmeye başladım, aşağı yukarı yerli tahkimle, başka deyişle iç tahkimle ilgili olarak anlatacağım konuların hemen hemen hepsini siz de aynen anlatmış oldunuz. Bu bakımdan, ben daha önce hazırladığım kendi metnime sadık kalmadan doğrudan doğruya iç tahkimle ilgili başka hususlarda izahat vermeyi daha uygun buldum. Çok iyi bir noktaya temas ederek milletlerarası tahkimin de Türkiye için çok önemli olduğunu ve mutlak surette Türkiye’de bu konunun gelişmesi gerektiğini çok açık bir şekilde vurguladım. Artık bundan sonraki toplantılarda öyle görünüyor ki, mutlaka milletlerarası tahkim üzerinde faydalı ve devamlı olabilecek toplantılar yapmak gereğini duyacağız.

Benim iç tahkimle ilgili olarak anlatacağım konu zaten belli, “*Tahkim Nedir?*” ve “*Tahkimin faydaları nelerdir?*” Gayet tabii ki sizin de belirttiğiniz gibi, tahkim, uzun zamandan beri Türk hukukunda yer almaktadır. Başka bir deyişle, 1927’den beri bizim mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 516 ile 536. maddeleri arasında tahkim konusu düzenlenmişti. Bu hükümler 85 yıllık uzun bir uygulamadan geçti ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda zaman içinde pek çok değişiklik yapılmış olduğu halde, bu Kanun’un 516-536. maddelerinde aşağı yukarı hiç değişiklik olmadı. Peki, olmadı ama elbette tahkim de Türkiye’de uygulanıyordu. Ne oldu da tahkim bu şekilde yaygınlaşmadan kaldı? Efendim, mahkemelerimizin verdiği kararlardan sonra, Yargıtayımızın ihtiyaç duyulan hususlarda içtihatlar meydana getirmek suretiyle bu boşlukları gidermeye çalıştığını bu konuda bir uygulamacı olarak ifade edebiliriz.

Şimdi, tabii bu içtihatlar ve eski Kanunumuz, duyulan ihtiyaçlara cevap vermedi. Çünkü hukuk sürekli gelişme gösteriyor ve mutlak

surette ticari hayat acele davranılmasını ve uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını istiyor. Ancak şunu ifade edebiliriz ki Anayasa'mızın temel kurallarına göre, bir gerçek kişi veya bir tüzel kişi belli konularda haklı olduğuna inanırsa, doğrudan doğruya taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye müracaat eder, esas olan da budur. Bütün ülkelerde böyle olmasına rağmen farklı çözüm yolları aranıyor. Genelde ticari hayat, hukukun çok önünde gidiyor, hukuk yetişmeye çalışıyor, fakat yetişemiyor. Şimdi şöyle bir geriye dönerek düşünersek, son 20 veya 30 yıldan beri Türkiye ticarî ilişkilerde kabına sığmaz bir hale geldi ve mutlak surette Türk müteahhitleri yurt dışına gidiyor ve orada taahhüt ettikleri sözleşmeler kapsamında yüz güldürücü işler yapıyorlar, bu durum Türkiye'de de aynı şekilde devam ediyor. Artık Türkiye, her tarafta bir inşaat şantiyesi halindedir. Peki, başlangıçta, "İşveren" ve "Yüklenici" olarak sözleşmenin tarafları arasında ihtilaf olmaz. Hatta bir iş alındığı zaman, gerek kamu sektöründe gerek özel sektörde, taraflar çok memnundur. Duruma göre eser sözleşmesi yaparlar, ticari sözleşmeler imza ederler, hatta bunu kutlarlar. İşte, şu anda bu tahkimin yapıldığı Sheraton Otel'inde ki bu salon çoğu kez, bu kutlamalara tanık olmuştur. Sonra bakıyorsunuz ki, taraflar arasında işin ifası esnasında farklı görüşler ortaya çıkıyor. Başlangıçta evet, bir eser sözleşmesi ve onun hükümleri var; ama o hükümler sonradan taraflar arasında uyuşmazlık konusu olabiliyor. O zaman ne oluyor? Taraflar arasında menfaat çatışmaları başlıyor. Menfaat çatışmalarının olduğu yerde ihtilaf doğuyor.

Peki, bu ihtilafı çözmek için ne yapabiliriz? Evet, devlet mahkemesine müracaat edilebilir, doğru. Ama mahkemede dava süreci uzun sürüyor. Çünkü bu inşaat sektöründe veya ticari işlerde öyle çetrefil hususlar vardır ki, bunu mahkemelerde çabuk çözmek mümkün olmuyor. Hal böyle iken esas olan, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması amacıyla devlet mahkemelerine gitmekle birlikte, istisnaî olarak tahkim yolunun seçilmesi söz konusu oluyor. Demek ki, hukukumuzda tahkim istisnaî bir hak arama yoludur ve bu Anayasa'mızda da kabul edilmiştir. Tabii, Anayasa'mızdaki değişiklikler dolayısıyla –biraz evvel Sayın Başkanın da ifade ettiği gibi- Anayasa'mızın 125. maddesinde yapılan değişikliklerle milletlerarası tahkim yoluna başvurulması mümkün olmuştur.

Başlangıçta HUMK'da düzenlenen Türkiye'nin tahkimi, iç tahkim idi. Buna Fransızca'da "*Arbitrage interne*" diyoruz, eğer dış tahkim olursa veya milletlerarası tahkim ise buna da "*Arbitrage International*" diyoruz. İngilizcesini de ifade etmek gerekiyorsa, o zaman "*International Arbitration*"

ifadesini kullanıyoruz. Eğer taraflar ihtilafı tahkimle çözümlenmek isterlerse, o takdirde de esas eser sözleşmesinin veya ticari sözleşmenin içerisine mutlak surette bir tahkim şartı (clause compromissoire) koymak gerekiyor.

Bakınız, bu tahkim şartı çok önemli, hatta ticari sözleşme kadar önemlidir. Neden? İhtilaf doğunca taraflar ticari sözleşmeye bakmıyor. Ancak tahkim şartının olup olmadığına bakıyorlar. Çünkü bu takdirde taraflar arasındaki ihtilafı çözüme kavuşturmak artık tahkim şartına dayanıyor.

Uygulamada uzun zamandan beri görüldü ki, tahkime gitmek bir çözüm olmakla beraber, bunun yanında zamanımızda *“Alternative Dispute Resolution”* dediğimiz, alternatif uyuşmazlık çözümleri de uygulama alanı bulmaktadır. Bunların biri de *“Amicable settlement”*, dostane uzlaşma şeklinde karşımıza çıkıyor. Artık yabancılar dahi, örneğin *“International Chamber of Commerce”* 2012 tarihinde yürürlüğe giren son düzenlemesinde: *“Tahkime gitmeden önce bir uzlaşma olup olmadığını denemek gerekir”* demektedir. Neden? Çünkü, ticari hayatın beklemeye tahammülü olmadığından hak sahibi hakkına bir an evvel kavuşmak istemektedir.

Bakınız, milletlerarası tahkimde dahi süreler bellidir. Örneğin, (International Chamber of Commerce) Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarına göre nihaî hakem kararını verme süresi, altı aydır. *“Terms of Reference”* veya *“Acte de mission”* veya Görev Belgesi'nin yazılıp taraflar ve hakemlerce imzalanmasından itibaren 6 ay içinde Hakem Mahkemesinin nihaî kararını vermesi gerekmektedir. Bu da bize gösteriyor ki altı ay içerisinde nihai karar vermek için hakemler çok çalışmalıdır.

Peki, bu arada Türk hukukunda ne oldu? 2001 yılına kadar milletlerarası tahkim kanunumuz mevcut değildi. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 01.07.2001 tarihinde yürürlüğe girdi. Ondan sonra artık biz de diyoruz ki: *“Bizim de Milletlerarası Tahkim Kanunumuz var”* ve uyguluyoruz. Ondan önce örneğin, UNCITRAL Tahkim kurallarına veya ICC Tahkim kurallarına müracaat ediyorduk veyahut Moskova kurallarına gidiyorduk yahut İsveç'teki Stockholm Ticaret Enstitüsü Tahkim kuralları taraflarca tahkim kuralı olarak seçiliyordu. Artık bizim de Milletlerarası Tahkim Kanunumuz var ve geç de olsa artık uygulanmaktadır.

Peki, yerli tahkimde (iç tahkimde) durumumuz ne? İç tahkimde 85 yıllık tecrübede ve uygulamada çok ileri gittiğimiz söylenemez. Ama şurası muhakkak ki 1.10.2011 tarihinde mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan 516-536. maddelerindeki tahkim hükümleri

yürürlükten kalkmıştır. Şimdi ise artık Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 407-444. maddeleri arasında yeni hükümler getirilmek suretiyle iç tahkim hükümleri güncelleştirilmiştir. Şimdi bu Kanun'un esasına girmeye vaktimiz yok. Burada düşünce tarzımız şu: Artık bundan sonra uygulamada yerli tahkim yanında ayrıca milletlerarası tahkimimiz de var, diyoruz.

Peki, bu konularda uygulamamız ne durumdadır? Baktığımız zaman, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama alanları çok önemlidir. Uygulama alanları ile ifade edilmek istenen nedir? Acaba uyumsuzluğu gidermek için nerede, hangi kanunu uygulayabiliriz? Tahkimde bu çok önemli bir noktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddede diyor ki:

“Bu Kanunun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyumsuzluklar hakkında uygulanır.

Bu Kanun'un 5 ve 6'ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır.

Bu Kanun, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki ayrı haklara ilişkin uyumsuzluklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyumsuzluklarda uygulanmaz.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyumsuzluklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi de bu Kanun'a tabidir.

Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri saklıdır.”

Bu madde ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun uygulama sınırlarını çizilmiştir.

Peki, 2. maddedeki yabancı unsur nedir? Yabancı unsur da bu maddede 4 alt madde halinde ayrı ayrı sıralanmıştır. Buna göre:

“Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyumsuzluğun 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 hâllerde tahkim yerinden,*
 - b) *Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyumsuzluk konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması.*
3. *Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.*
4. *Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkisinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.*

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.”

Böylece, Milletlerarası Tahkim Kanunu’muzun uygulama alanını da belirlemiş olduk. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, bu kanunumuzdaki hükümlerin tamamı 19 madde halinde sıralanmıştır. Bu durumda iç tahkimin hükümlerinin uygulama sınırları ne olacaktır? Yeni Kanunu’muz bu noktayı 407. maddesinde şöyle ifade ediyor:

“Uygulanma alanı

MADDE 407- Bu Kısımda yer alan hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyumsuzluklar hakkında uygulanır.”

Demek oluyor ki her iki tahkim Kanunu’n da sınırları bellidir. O halde, buna göre hazırlık yapıp, sistemimizi geliştirerek bu iç tahkimi ve milletlerarası tahkimin uygulamasını yaygınlaştırılarak geliştirmemiz gerekiyor. Bunu geliştirmek için, evvela hukuktaki düşünce tarzımızı değiştirmemiz kaçınılmazdır. Yabancı ülkelere baktığımız zaman, mesela ABD hukuk sisteminde bu işlerin %70’i tahkimle çözülüyor, taraflar mahkemeye gitmiyorlar. Ama hukuk alt yapıları buna göre kurulmuş olduğundan hukuk büroları da kendilerini buna göre yetiştirmiştir. Türkiye’de bu yeni sistem, İstanbul’da başlamak suretiyle Ankara’da ve diğer yerlerde yaygınlaşmaya başlamıştır.

Yurt dışında taraflardan birinin Türk şirketi olduğu tahkim davalarında

1971'den beri gerek avukat olarak gerekse hakem olarak görev yapıyorum. Anladım ki yabancılar bu işi esasını temelden almışlar ve belli bir disiplin içinde çalışıyorlar. Peki, bizim tahkim hükümlerine, tahkim mevzuatımıza baktığımız zaman, bizim mevzuatımızın onlardan geri olmadığı açıkça görülmektedir. Şöyle ki, tahkim mevzuatımızı hem İngilizceye hem de Fransızcaya çevirip, yabancılara gönderiyoruz ve onlar da bu çevirileri inceledikten sonra şöyle diyorlar: *"Aa! Sizin tahkim mevzuatınız bizim tahkim kurallarına benziyor"* Bu ifade doğrudur. Çünkü, biz de yabancı ülkelerde uygulanan en son durumu, mevzuat olarak yabancı hukuktan almış bulunuyoruz. Ama uygulama henüz başlangıç safhasında. Bunun ilerlemesi ve yaygınlaşması için hukukçular olarak çalışmalarımızla hep birlikte geliştirmeliyiz. Sadece hukukçular değil, hukukçular yetiştikten sonra iş sahipleri de buna sahip çıkmalıdır. İş sahipleri, tahkimi farklı düşünüyorlar, hiç bilmedikleri veya az bildikleri anlaşılıyor. Tahkim uygulamasındaki kanaatimiz bu doğrultudadır. Bu nedenle, ihtilafa düşen tarafları da bu konuda hukukçular olarak bilinçlendirmeliyiz. Esasen hakem olmak için hukukçu olmaya gerek yoktur. Hakem, mühendis veya başka bir meslekten olabilir. Ama gayet tabii işini iyi bilen, mesleğinde uzman olan, tarafsız ve bağımsız olmalıdır.

Demek ki, böyle bir durumda muhakkak surette hukukçu olarak bizlere düşen görevler vardır ve o görevleri yerine getirmeliyiz. Zaten tahkimin tanımını da Sayın Başkan biraz önce yaptı. Kanun'umuzda da bunların ayrıca tarifleri de mevcuttur. Diyelim ki mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu zamanda, hem Yargıtayımızın hem de bazı yazarlarımızın tahkimin tanımı hakkında ifadeleri vardı. Bazı yazarlarımız tarafından, *"Tarafların kanunun yasaklamadığı konularda ortaya çıkan uyuşmazlıklarını çözmeleri için ihtilafı seçecekleri özel kişilere götürmek üzere yaptıkları yazılı sözleşme veya asıl sözleşmelerine bu hususta koyacakları şarttır."* şeklinde ifade ediliyordu. Yargıtay 15. Hukuk Dairemizin de 2002 tarihinde verdiği bir kararında gene buna paralel olarak genel bir anlatımla diyordu ki: *"Tarafların, kanunun yasaklamadığı konularda ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmeleri için ihtilafı seçecekleri özel kişilere –yani hakemlere- götürmeleri işlemidir."*

Şimdi ise HMK'nda yer alan iç tahkimimizin 412. maddesinde tahkimin tanımı yapılmıştır. Bu tanım de şöyledir: *"Tahkim sözleşmesi, tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünde hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır."* Bu tanımdan görüyoruz ki, taraflar ihtilafa

düştükleri zaman, ihtilaf konularının bir kısmının veya tamamının tahkim yargılamasında görülmesi için tahkime müracaat edebilirler.

Ayrıca bir de sözleşmeden doğan konular olduğu gibi, sözleşme dışı konular da bu tarife içerisinde yer almıştır.

Bu tariften anladığımızı göre, ihtilafın iç tahkimde görülebilmesi için ihtilafın tahkimde görülebileceğine ilişkin taraflarca imzalanmış bir belge olmalıdır. Demek ki tahkim şartı yazılı olmak zorundadır. Bu nedenle, taraflar arasında teati edilen bir mektup, telgraf, teleks, faks veya iletişim aracına geçirilmiş olmalıdır.

Ayrıca böyle bir yazılı durumun elektronik ortama geçirilmiş olması da yeterlidir. Bu hükmün geliş noktası şöyledir: Biraz önce ifade etmeye çalıştım, bizim yürürlükte olan mevzuatımız Avrupa mevzuatından kesin olarak geri değildir. Bakınız, şu söylediğim husus 10 Haziran 1958 New York Sözleşmesi'nin yani Yabancı Hakem Kararının Tanınması ve Tenfizi Sözleşmesi'nin 2. maddesindeki yazılı hususu içermektedir. 2006'da yeni tavsiye kararları düzenlenmiştir. Çünkü 1958'de internet ya da elektronik ortam yoktu. O zaman özellikle, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi için "Yazılı bir belge olsun ve taraflar da bu belgeyi imzalasınlar" isteniyordu. 2. madde halen de öyledir, değişmedi, ama Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda tavsiye kararı alındı. O tavsiye kararında diyor ki: *"Tarafların bir araya gelerek bir belgeyi imza etmeleri şart değil, elektronik ortamda da birbirlerine serbestçe iradelerini ifade etmeleri ile yazılı olma şartı yerine getirilmiş olmaktadır."* Tabii, ondan sonra 1958'den sonra faks ve diğer iletişim araçları uygulandı, internet ve e-mail yaygınlaştı. Bütün durumlarda yazılı şart sorunu ile karşılaşıldı. Ancak yazılı şart artık, ille de tarafların karşılıklı bir araya gelip de yazdıkları bir belgeyi karşılıklı imzalarını gerektirmiyor. Fakat taraflar isterlerse karşılıklı gelip imza da edebilirler. Buna ilaveten Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine dair 10 Haziran 1958 tarihli New York Sözleşmesinin II. maddesinin 2. paragrafının ve VII. maddesinin 1. paragrafının yorumuna ilişkin Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından 7 Temmuz 2006 tarihinde 39. toplantısında hakem kararlarının uygulanmasını kolaylaştıran tavsiye kararları kabul edilmiştir¹.

Öte yandan, Tahkim anlaşmasının oluşması için taraflardan biri dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığını iddia ederse, "Aramızda tahkim sözleşmesi var." Derse ve eğer hakikaten böyle bir

¹ Bu tavsiye kararı için bkz. 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Onbirinci Kısım İç tahkim, Ankara 2012, sh.42-44.

yazılı tahkim anlaşması varsa, o takdirde mahkeme hâkimi: “Aranızda bir tahkim sözleşmesi var, bu sözleşmeye göre siz artık aranızdaki ihtilafın çözümlenmesi için tahkime gidin.” demek durumundadır.

Bundan başka, şöyle de olabiliyor: Taraflar mahkemeye gidiyorlar, mahkemede görülmekte olan bir davada tarafların menfaati, davanın mahkemede değil de, tahkim yolu ile çözümlenmesini gerektiriyorsa, taraflar mahkemeye müracaat ederek “biz tahkime gitmek istiyoruz.” derlerse o zaman hâkim de ihtilafın çözülmesi için kurulmuş olan veya kurulacak olan hakem heyetine bu dava dosyasını gönderir.

Tahkimi kısaca bu şekilde gördük diyelim. Peki bunun ne faydası var? Tahkimin faydalarını size şöyle aktarabilirim.

TAHKİMİN FAYDALARI

1. Tahkimin Günümüzde Uzmanlık Alanı Olması

Günümüzde, taraflar arasında meydana gelen ihtilâflar, işin niteliği gereği teknik bilgi, beceri, deneyim isteyen, karmaşık yönleri çok bulunan işlere ilişkin ihtilâflardır. Tarafların bu tür ihtilâfları tahkim yolu ile çözümlenmesini çözüme kavuşturmasını istemelerinin en önemli sebeplerinden birisi, ihtilâf konusunda karar verecek hakemlerden birisini seçme imkânı olmasıdır. Zira böylece taraflar, tahkim davasını oluşturan ihtilâfi anlayacak, konu hakkında bilgi becerisi ve uzmanlığına güvenebileceği bir hakemi seçme imkânına sahip olacaktır. Üç hakemden oluşan tahkim mahkemesinde taraflardan her biri kendi hakemini seçerken bilgisine, becerisine ve aynı zamanda meslek ahlakına güvendiği, çalışkan birini seçme imkânına sahiptir. Böyle olmakla birlikte hakemler seçildikten sonra zaten mutlaka bağımsız ve tarafsız olurlar. Uyuşmazlığı anlayabilecek, o konularda tecrübeli ve uzman olan hakem seçme imkânı var. Halbuki böyle bir imkân mahkemede görülen davalarda yoktur. O zaman, işte tahkimin bir faydası da bu oluyor.

2. Tahkimde Kısa Zamanda Sonuca Ulaşılr

Taraflarca tahkim usulünün seçilmesinin sebeplerinden biri de bu usulde sonuca kısa zamanda ulaşılmasıdır.

Örneğin, iç tahkim’de HMK⁽²⁾ m. 427 hükmüne göre hakemler, ilke

2 ⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

olarak, ilk toplantı tarihinden itibaren 1 yıl içinde davanın esasına dair karar verirler.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun m. 10 B paragrafı hükmüne göre bu süre, tek hakemli davada hakemin seçiminden, 3 hakemli davalarda ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıldır.

Tabii ki bu süreler tarafların mutabakatı veya taraflardan birinin talebi ile yetkili mahkeme kararı ile uzatılabilir.

1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren ICC (International Chamber of Commerce) Kurallarınının 30/1. maddesine göre görev belgesinin "*terms of reference*" imzasını müteakip bu süre 6 aydır. Peki, nihai kararı altı ayda verebiliyorlar mı? Hayır, veremiyorlar. Bizim şimdiye kadarki tecrübemiz bir veya bir buçuk yılda, dava çok ihtilafli, grift olursa -Çünkü onun usulü de farklı- iki buçuk yılda çözülüyor ama iki yılı pek geçmiyor. Onu da ifade etmiş olalım.

3. Tahkim Davaları Adli Tatilde de Görülmeye Devam Edilir

Kanunu'muza göre, 20 Temmuzda başlayan adli tatil süresi 31 Ağustos'ta sona erer. Yeni adli yıl 1 Eylül'de başlar Bu süre esnasında devlet mahkemelerinde davaların görülmesine ara verilir. Bu da zaman kaybına sebep olur. Oysa 6100 sayılı HMK'nın 130/g maddesi gereğince tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işler bakımından adli tatilde tahkim davalarının görülmesine devam edilir. Bu madde, tahkime gidip de tahkimden sonra -iptal davası veya diğer hususlar için- mahkemeye gönderilmiş olan davaların adli tatilde de görülmesini öngörüyor. Tahkimin bir başka faydası da budur.

4. Tahkim Davası Daha Ucuza Mal Olur

Tahkim davasının meblağı ne kadar yüksek olursa olsun davacı tahkim davasını açarken nispî harç ödemez. Devlet mahkemelerinde ise meblağı büyük davalar için başlangıçta dava açmak mali bakımdan külfetli olur.

5. Dava Adedinin Azlığı

Tahkim davasını gören hakemlerin bir yıl içinde inceledikleri dava sayısı çok azdır. Bu sayede hakem veya hakemler ihtilâf konusunu derinlemesine inceleme fırsatı ve imkânı bulurlar. Onun için, hakem kendisini o davaya

hasreder, öğrenir ve netice itibarıyla sonuca erken ulaşma ve hakkı koruyan durumlarla karşılaşırız. Daha fazla çalışma imkânı doğmaktadır.

Hâlbuki normal mahkemelerde hâkimlerin incelediği dosya sayısı çok fazladır, bu itibarla nihaî karar esnasında tüm dosyaya nüfuz etmeleri daha zor olur ve zaman alır.

6. Tahkimin Gizli Cereyan Etmesi

Tahkim davası, hakem kurulu ve tarafların bulunduğu bir ortamda cereyan eder. Duruşma ve müzakereler alenî değildir. Bu gizlilik muhakkak surette işin başından sonuna kadar devam eder. Çünkü bazı davaların alenî olarak görülmesi, tarafların toplumdaki ticarî ve kişisel itibarını sarsabilir. Bu bakımdan taraflar, aralarında çıkan ihtilafların çözüme kavuşturulması için tahkim usulünü tercih ederler.

7. Kredi Veren Kuruluşların Talebi

Dış krediye ihtiyaç duyulan işlerde, özellikle ihracat ve ithalat işlerinde, gerek Dünya Bankası veya ona bağlı kredi kuruluşları veya özel bankaların oluşturduğu bankalar konsorsiyumu gibi kuruluşlar, ticarî sözleşmelerinde taraflar arasında çıkması muhtemel ihtilâfların halinde tahkim usulünü kredi vermenin ön koşulu olarak talep etmektedirler. Aksi takdirde, o iş için kredi almak mümkün olmamaktadır. Bu itibarla, ticarî ve yatırım sözleşmelerinde noksansız ve iyi kaleme alınmış bir tahkim şartının kaçınılmaz olduğu ifade edilebilir. Eğer taraflar sözleşmelerinde ihtilafların çözüme kavuşturulması için tahkim şartını öngörmemişlerse, kredi kuruluşları kredi vermiyorlar. Bunun sebebi de, kredi veren kuruluşların, tahkime gidince haklarını daha çabuk alacakları ve verdikleri kredinin geri dönüşünün daha kısa zamanda sağlanmasını temin edebilmek için gördükleri bir çözüm şeklidir.

Yukarıda belirtilen ihtiyaç doğrultusunda ihtilaflarını tahkim yolu ile çözüme kavuşturulması hususunda iradelerini ortaya koyan taraflar, *ad hoc*/kurumsal olmayan tahkim kurallarını kabul edebileceği gibi, kurumsal olan milletlerarası tahkim müesseselerinin tahkim kurallarını da seçebilirler. Örneğin; taraflar 1 Ocak 1998 tarihinden beri uygulanmakta iken değiştirilen ve 1 Ocak 2012 tarihinde yeni yürürlüğe giren Milletlerarası Ticaret Odasının Organize Tahkimine müracaat edebilecekleri gibi, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonunun hazırladığı ve

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda oybirliği ile kabul edilen

- *Organize olmayan ve günün ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde hazırlanan “ad hoc”,*
- *1980 tarihli UNCITRAL Uzlaşma Kurallarını,*
- *15 Ağustos 2010 tarihli UNCITRAL Tahkim Tüzüğüünü,*
- *2006 tarihinde gözden geçirilen Ticari tahkime ilişkin model kanununu,*
- *2002 tarihli Ticarî uzlaşmaya ilişkin model kanununu ya da*
- *21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Türkiye’nin Milletlerarası Tahkim Kanunumuzu kabul edebilirler.*

Zaman kısıtlı olduğundan sözlerime burada son veriyorum. Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür eder, hepinize saygılar sunarım.

ALİ RIZA YÜCEL : Hocamıza, bu güzel konuşmalarından dolayı teşekkür ediyoruz. İşin hem teorisini hem de pratiğini bilen birisi olduğu için, engin bir tecrübeye sahip olduğu için çok yararlandık, çok teşekkür ediyoruz.

Şimdi sıra Profesör Doktor Yüksel Ersoy’da.

TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ

PROF. DR. YÜKSEL ERSOY : Sayın meslektaşlar, değerli davetliler; hepinizi saygıyla selamlıyorum. Aynı zamanda bize, sizlere hitap etme olanağını sağladığı için İNTES ve yöneticilerine teşekkürü de bir borç biliyorum.

Ben konu olarak “Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği” konusunu seçtim ancak gerek Sayın Ali Rıza Yücel gerek meslektaşım Sayın Dayınlarlı söyleyeceklerimin önemli bir kısmını sizlere zaten ifşa eylediler. Ben, kendimce önemli gördüğüm, üzerinde durmakta yarar olacağını düşündüğüm bazı konuları sizlerin dikkatine özet olarak sunmaya çalışacağım.

Bu geçerlilik konusuna geçmeden önce yalnız, birkaç genel değerlendirme yapmak istiyorum. Bu, hem öğretim faaliyetinde hem hakem ya da taraflardan birinin avukatı sıfatıyla tahkim çalışmalarında edindiğim deneyimlere dayanıyor.

Tahkim konusu bizde kökeni eski olmakla beraber, uygulaması yeterince gelişmemiş, ne olduğu tam anlaşılmayan, biraz ihmal edilmiş, biraz da hani normal adli yargılamaya istisna olması dolayısıyla da çok da takdir görmeyen bir kurum olarak kalmış görünüyor. Son yıllarda bazı gelişmeler olduğu kuşkusuz. Bu gelişmenin devam etmesi, uyuşmazlıkların çözümünde daha kısa yoldan ve daha isabetli kararlar alınmasına yol açabilir ümidini taşımaktayız. Ancak bunun olabilmesi için de birtakım şartlar gerekiyor. Bizim sistemimizde, özellikle özel hukuk ilişkilerinde bu tahkim olanağı bulunduğu için bu ilişkilerin –ki bunlar genellikle sözleşme ilişkileridir– bu sözleşmelerin tarafını teşkil edenlerin bu konuda bilinçlenmesi çok önemli. Ama onların bilinçlenip tahkim yolunu seçmeleri kadar önemli olan, tahkimde görev alacak olanların bu konuda iyi yetişmiş olmalarıdır. Tahkimin gerektirdiği tarafsızlık ve bağımsızlık kadar önemli olan, bilgi sahibi olmaktır, uzman olmaktır, deneyim sahibi olmaktır. Bunlar eğer olmazsa, adil yargılama dediğimiz yargılamayı gerçekleştirmek de mümkün olmamaktadır.

Genellikle istisna akdi dediğimiz eser sözleşmeleriyle ilgili olarak tahkim çalışmaları yapılır. Bu eser sözleşmelerinin tarafları, çoğu zaman şirketler veya şirketlerin oluşturdukları joint venture ya da konsorsiyum tarzı birlikteliklerdir. Biz bunları adi şirket, adi ortaklık olarak niteliyoruz.

Maalesef bizim eski Borçlar Kanunu’muzda adi şirket hükümleri son derece yetersizdi, İsviçre’nin o zaman geçerli ekonomik hayatını esas alan basit adi ortaklıklardan söz ederdi. Halbuki bugünün adi şirket saydığımız “joint venture”leri ve konsorsiyumlar çok büyük projelere imza atmaktadırlar.

Son Borçlar Kanunu değişti, yeni hükümler geldi fakat bu hükümlerin de yeterli olduğu söylenemez. Hukuk sistemimizin hâlâ gelişmeye ihtiyacı var. Hukuk sistemimiz çerçevesinde, ben bizim tahkimle ilgili kuralların da özenli yapılmadığı kanısındayım. En basit tabiriyle, özensiz yapılmış. Hâlbuki kaynak da belli, Uncitral Model Kanunu esas alınmış. Buna rağmen nedense iki kanun birbirinin hemen hemen aynıdır karşılaştırırsanız, yani 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu ile son 2011 yılı 10. ayının 1’inde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkimle ilgili 407 ila 444. maddeleri karşılaştırılırsa birbirine çok benzer, aynı kaynaktan alınmıştır. Fakat bakarsınız, benzer konuları düzenleyen, çok benzeyen hükümler arasında yine de ufak da olsa birtakım farklar, amacı var mıdır yok mudur belli olmayan, gerekçesine baktığınız zaman bir açıklık taşımayan, birbirinden ayrılan yönleri vardır. Bunları Sayın Dayınlarlı söylediler, tahkim kuralları yetersiz olduğu için genellikle Yargıtay içtihatları buradaki sorunları çözmekte ve kurallardaki eksiklikleri tamamlamaktadır.

4501 sayılı Kanun’la yabancı unsur içeren idarî sözleşmelerden bir kısmının özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesiyle bu sözleşmelerde de tahkimin kabulüne olanak tanınmış; daha sonra da yine yabancı unsur içeren özel hukuk sözleşmelerinde tahkimi düzenleyen 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu kabul edilmiştir.

Son olarak, 6100 sayılı HMK 407 - 444. maddelerinde, yabancı unsur içermeyen özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından, yerini aldığı HUMK’nun tahkim hükümlerini yeniden düzenlemiştir. 4686 sayılı Kanun’un 1. maddesinin son fıkrası, 4501 sayılı Kanun uyarınca yabancılık unsurunun bulunduğu kamu hizmetleri ile ilgili ve özel hukuk sözleşmesi sayılan imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin de bu Kanun’a tabi olduğunu öngörmüştür.

Gerçekten, HMK’nun 407. maddesi, Kanun’un uygulama alanını belirlerken, tahkim kısmında yer alan hükümlerin “4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanun’un tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında” uygulanacağını açıklamıştır.

Hukuk düzenimizin yabancı unsur içerip içermemesine göre ulusal ve uluslararası tahkim diye isimlendirdiği iki çeşidinin benzer hükümler içermeleri nedeniyle de birlikte incelenmeleri gerekmektedir. Özellikle her ikisi de UNCITRAL Tahkim Kurallarını esas alan yeni HMK'nın MTK ile son derece benzer hükümler içermesi nedeniyle, birlikte inceleme bir zorunluluğa dönüşmüştür.

Ben, aslında yapılan düzenlemelerin yanlış bir yaklaşımla yapıldığı kanısındayım. Yani 4686 sayılı Kanun, iç tahkim dediğimiz, ulusal tahkim de dediğimiz Usul Kanunu'muzdaki tahkim hükümlerine dayalı tahkim varken yabancı yatırımcıların istekleri doğrultusunda düzenleme yapmak amacıyla –Sayın Yücel belirttiler, Anayasa'mızı, idare hukuku mevzuatımızı değiştirmek pahasına- hazırladığımız metinlerdir. İkisi bu kadar benzeyen bu kuralları, aynı kaynaktan alınan bu kuralları tek kanunda toplamak en doğru olan yöntemdi bana göre. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ayrıca tahkim bölümüne ihtiyaç yoktu. Bir tek Tahkim Kanunu olurdu çünkü çoğu genel hükümdür. Yabancı unsur olan tahkim, bu genel Tahkim Kanunu içerisinde pekâlâ yer alabilirdi ve o aldığı yerde de kendisine özel hükümlere yer verilebilirdi. Bunun yapılmaması, sanki iki ayrı kanun bazen birbirleriyle çelişiyormuş gibi, birtakım sorunlara yol açabilecektir. Yargıtay içtihatlarının oluşmasında güçlüklerle de karşılaşabiliriz.

Kanunlar karşılaştırıldığında birçok konuda örnekleri görüleceği gibi, HMK, MTK'nun hükümlerini tekrar etmiş, ancak tüm bu hükümlerin birlikte ele alınarak tek bir kanunda yabancı unsur bulunan ve bulunmayan tahkimi birlikte düzenlemek mümkün iken bu yola gidilmemiştir.

Aslında, hukuk sistemimizde birbirine bu kadar paralel iki ayrı tahkim düzenlemesi yapılması yerine tek bir düzenleme yapılması ve her iki tip tahkime uygulanacak genel hükümler yanında yabancı unsur içeren uluslararası tahkim halleri için özel hükümler öngörülmesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Birbirinden çok az farklı hükümlere yer verildiği hallerde, şayet bu ulusal veya uluslararası tahkimin bir gereği değilse, o zaman da bu farklılık anlamsız olmaktadır.

Zaten bir de şu var, dikkatinizi çeker, açıp bakarsanız 4686 sayılı Kanun, yeni Usul Kanunu'nun tahkim hükümleriyle paralel olmasına rağmen, birisi 407'den 444'e kadar madde içerirken, Milletlerarası Tahkim Kanunu 17 maddedir. Çünkü bir maddeye kırk ambar madde gibi çok değişik konular rastgele doldurulmuştur. Bu Kanun'la ilgili olarak ilk eleştirimiz, Kanun'daki madde, fıkra, bent kargaşası ile ilgilidir. Genellikle pek çok konuyu aynı madde altında düzenleme çabası, madde numarası, büyük

harfle belirtilmiş fıkra ve numaralanmış veya numaralanmamış bentler halinde yapılan düzenlemelerin anlaşılmasında sorunlar yaratmaktadır. Bir 7. madde vardır 2 sayfa sürer, a, b, c, d, e, f, g diye gider. 7. maddede harfsiz ve numaralı üçüncü paragrafın ilk cümlesinde yer alan “Asliye hukuk mahkemesinin gerektiğinde tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlar kesindi.” hükmünün düzenlemenin tümüne mi bir kısmına mı uygulanacağı tartışma konusu yapılabilir.

MTK’nun bazı hükümlerinde, örneğin 15-B maddesinin son paragrafında yer alan hükümde bazı belirtiler bulunmakla beraber, harf veya numara içermeyen paragraflarının nasıl tanımlanacağı konusu yine de cevapsız kalmaktadır:

Böyle bir sistematik tatmin edici yani kanun tekniğine uygun bir sistematik değil bir defa. Neyse, bunları bir yana bırakalım.

Şimdi, geçerlilik konusu şöyle önemli... Önce şunu söyleyeyim: Geçerlilikten bahsetmeden önce ne geçerli? Tahkim anlaşması genel tabiri içerisinde kullanmayı tercih ettiğim tahkim sözleşmesi ya da tahkim şartı dediğimiz iki çözüm şekli. Yani tahkimle ilgili anlaşma ya bir esas ana anlaşmaya bir veya birkaç madde olarak konulan bir şart şeklinde veya asıl sözleşmeden farklı bir sözleşme yapmak suretiyle kabul edilir. Genellikle de tahkim şartı şeklinde kendini gösterir. Ben, genel tabir olarak her ikisini kapsamak üzere “Tahkim anlaşması” demeyi tercih ediyorum.

Şimdi, bu tahkim anlaşmasının geçerliliği önemli, çünkü geçersiz bir tahkim şartı veya sözleşmesine dayanarak bir tahkimi başlatırsanız ve bu tahkimi başlattığınız hakem veya hakem kurulu bunun geçerli olduğunu kararlaştırırsa, bizim her iki kanunumuz da hakeme veya hakem kuruluna bu yetkiyi tanımıştır. Böyle bir durumda o tahkim devam eder. Geçersiz olan bir tahkim şartına rağmen devam eder, yanlış bir değerlendirme sonucu karar verilir. Bu arada, bir yıl, iki yıl, üç yıl... İki yıla kadar –Sayın Dayınlarlı söylediler- ben çok yakın zamanda biten bir tahkimimizin beş yıl sürdüğünü biliyorum. Yani tahkim dediğiniz de öyle her zaman süratle sonuçlanan bir süreç değil. Bu kadar sürenin sonunda o kadar emek verilmiş, o kadar zaman harcanmış, para harcanmış, mahkemeye iptal davası açılır, mahkeme o tahkim şartının, tahkim anlaşmasının geçersizliğine karar verirse, o takdirde hem o tahkim iptal edilir, verilen karar, o zamana kadar birikmiş birtakım dosyalar, değerlendirmeler, bilirkişi raporları, hepsi çöpe gider ve tahkime değil, artık mahkemeye gidirsiniz, sıfırdan mahkemeye gidirsiniz. Dolayısıyla geçerlilik son derece önemli. Geçerliliği sağlayan ne? Onları demin yine sayın meslektaşım Dayınlarlı bir tanesini sizlere

açıkladı, yazılı olması. Tahkim anlaşması, ister şart olsun ister sözleşme olsun, yazılı olmak zorunda. Ama ondan başka şartlar da var.

Bu şartlar neler? Bu şartlardan birisi, tahkim anlaşması -Bunlar Kanun'da böyle tek tek sayılmamış ama incelediğiniz zaman uygulamada bunları görüyorsunuz- yapanın yetkili olması şart. Tahkim anlaşmasını ya da tahkim anlaşmasının içinde bulunduğu ana sözleşmeyi imzalayan kişinin tahkim konusunda, açıkça yetkili kılınmış olması lazım. Aksi takdirde o tahkim şartı geçersiz olur. HUMK'nun Tahkim ile ilgili "Bab"ında, HMK'nun Tahkim Kısmında ve MTK'nda düzenlenmemiş bulunmakla beraber, her iki tahkim bakımından da göz önünde tutulması gereken bir konu, tahkim anlaşmasının yapılmasında tarafları temsil eden kişilerin, mevzuatımızda yer alan ve bu konuyu düzenleyen hükümler nedeniyle, özel yetkiye sahip olmaları gereğidir.

Borçlar Kanunu'nda genel olarak vekalet akdi için ama özel olarak da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davalar için vekalette tahkim şartının açıkça konulması gereği ifade edilmiştir. Yeni Borçlar Kanunu'nun 504. maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun da 74. maddesine bakılacak olursa, bunu açık bir şekilde bu yetkiyi aradığını gösteriyor. Yargıtay kararlarına bakarsanız, uygulamanın da bunu teyit ettiğini, hatta bir olayda yabancı tahkim şeklindeki bir tahkimde bizim Türkiye'nin çok tanınmış, ismi çok bilinen, sahibinin ismiyle de bilinen bir firmasının tahkim şartının o şirket sahibi tarafından imzalanmış olmasına rağmen geçersiz olduğuna Yargıtay karar vermiştir. Çünkü kendisine Yönetim Kurulu tarafından verilen yetkide tahkim yetkisi bulunmamıştır. Her şeye yetkili, şirketin tek sahibi ama kendisine verilen yetkide tahkim şartı olmaması o geçersiz tahkim şartına dayalı yapılan, yıllarca süren tahkimin geçersizliği sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bunun örneklerini çoğaltmak mümkün. Ben sadece kısaca değinmekle yetiniyorum.

Yine sayın meslektaşım da değindiler, tahkimin her konuda olmayacağını biliyoruz. Tahkime elverişli özel hukuk uyuşmazlıklarında geçerli. Türk hukuku açısından da tahkim her uyuşmazlık konusunda başvurulabilecek bir yol olmayıp, bu konuda tahkimin niteliğinden veya Kanun'dan doğan sınırlamalar mevcuttur. Genel olarak hukuk muhakemesini ve akitleri düzenleyen emredici kurallara aykırı şekilde yapılmış bir tahkim düzenlemesi geçerli olamayacağı için, geçerli olması istenen bir tahkim sözleşmesi veya şartı düzenlenirken bu yönde de gereken özen gösterilmelidir.

HMK'nın 408. maddesi, "*Tahkime elverişlilik*" başlığı altında "*Taşınmaz*

mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir” şeklinde bir hüküm öngörmüştür.

Dolayısıyla, tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri durumlarda tahkim anlaşması geçerli değildir. Örneğin, boşanma davaları, icra iflas davaları, ceza davaları ve çekişmesiz yargı işleri hakemlerde görülemez.

Yani taşınmaz mülkiyetiyle ilgili bir konuda –örneğin- tahkim yapılamaz, ceza konusunda yapılamaz, idari konularda yapılamaz. İdari konularda bir istisna, 5001 sayılı Kanun’la kabul edilmiştir, imtiyaz sözleşmelerinin bir kısmı, maceralı bir geçmişten sonra, önce Anayasa Mahkemesi’ne gidilmiştir, Kanun’la bazı idari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmesi sayılmak istenmiştir... Bunlar hem Danıştay’da hem Anayasa Mahkemesi’nde sorunlar çıktığı için sonunda Anayasa değişikliğiyle idari sözleşmelerin bir kısmı, imtiyaz sözleşmelerinin bir kısmının özel hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmesiyle bunlarda tahkim mümkün hale getirilmiştir. Dolayısıyla hangi ilişki? Bu bir sözleşme ilişkisi olabilir ama sözleşme dışı ilişki de olabilir fakat özel hukuk ilişkisi olmak zorundadır, haksız fiil olabilir, haksız iktisap olabilir. Ama bütün bunlarda özellikle tahkim şartı kabul edilirken dikkat edilmesi gereken, bu konuda tahkim mümkün müdür?

Daha sonra, bunların ötesinde, tahkimin belirli bir hukuki ilişkiyle ilgilendirilmesi gerekiyor.

Tahkim Anlaşmasının, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın tarafların aralarında mevcut bir hukukî ilişkiyle bağlantılı olarak yapılması gerekmektedir. Tahkimin hukuk mahkemelerinin genel yetkisine bir istisna oluşturmasından kaynaklanan bu ilkeye göre, tarafların hangi hukukî ilişki ile ilgili uyuşmazlık konusunun veya konularının tahkimde çözülmesini kararlaştırdıklarını net bir şekilde belirlemeleri gerekir. Genel olarak taraflar arasındaki tüm uyuşmazlıkların tahkimde çözümleneceğine ilişkin bir düzenleme, Yargıtay tarafından de geçersiz kabul edilmektedir.

Yani genel olarak tahkim kabul edilemez. “Aramızdaki bütün uyuşmazlıklarda tahkimi kabul ediyoruz” diye bir düzenleme yine geçersiz bir tahkim anlaşması anlamına gelir. O bakımdan, ya bir sözleşmeden veya sözleşme dışı taraflar arasında mevcut hukuki bir ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmıyla ilgili olarak tahkim anlaşması yapılabilir. Bu çerçevenin dışına çıkılır, genel nitelikte bir düzenleme yapılırsa, o takdirde bu da geçersiz bir sözleşme ya da anlaşma olacaktır.

Diğer bir önemli nokta, tahkim çözümünün, tahkim anlaşmasının kuşkuya yer vermeyecek şekilde düzenlenmiş olması gerekiyor. Tahkim sözleşmesi veya şartının sadece yazılı olması yetmemekte, uyumsuzluğun çözümünün tahkim yoluyla yapılması konusundaki karşılıklı irade beyanının yanlış anlamaya yol açmayacak şekilde açık ve kesin yazılmış olması gerekmektedir. Tahkim yoluyla çözümün net olarak ifade edilmemiş olması, ilgili anlaşmanın geçersizliği anlamına gelecektir. Şayet aynı maddede hem tahkimden söz ederseniz hem de bu tahkimde varılan sonuç ya da karar, taraflardan birince benimsenmiyorsa “Falan yer mahkemesi yetkilidir” dediğiniz anda tahkim şartı geçersiz bir şarta dönüşür. Çünkü tahkim şartı, tahkim anlaşması genel yetkinin istisnasıdır ya, adliye mahkemelerinin genel yetkisinin istisnası olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla istisnayı istisna olarak bırakmak esastır. Onun başka türlü bulunduğu yerin dışına taşacak şekilde yorumlanmaya imkân vermesi kabul edilemez. Onun için de kuşkuya yer vermeyecek netlikte olması lazım. Bunu hazırlayan, yani tahkim anlaşmasını hazırlayan hukukçuların buna özel bir özen göstermesi lazım.

Tahkim anlaşması, ancak taraflar arasında uygulanabilir. Taraf olmayan üçüncü kişi niteliğindekiilere o tahkim anlaşmasının uygulanması mümkün değildir. Olağan yargılama sistemine göre istisnai nitelikte olması ve “akitlerin nisbîliği” ilkesi çerçevesinde tahkim anlaşmasının bağlayıcılığının yalnız tarafları ilgilendirmesi sonucu tahkimin taraflar dışında kalan üçüncü kişiler bakımından etkisi olmadığı ve onlara karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak, tahkim, üçüncü kişiler bakımından doğrudan doğruya bir sonuç doğurmaz. Dolayısıyla tahkimde davanın ihbarı, davaya katılma konuları sorun çıkarır. Normal adliye mahkemelerimizde, şayet bir üçüncü kişinin davayla ilgili olduğu düşünülürse, davanın ona ihbar edilmesi, ihbar edilen kişinin de davaya katılma talebinde bulunması sistemi vardır ama tahkimle ilgili hükümlerde buna ilişkin bir açıklık yoktur. ICC kurallarında da yoktur ama ICC birtakım prensip kararlarıyla şayet taraflar kabul ederse üçüncü kişilerin de tahkim yargılamasına katılabileceklerine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bizim hukukumuzda bu yok ve sözleşmenin nisbîliği kuralı, sözleşmenin sadece tarafları bağlaması sonucu, sadece taraflar arasında tahkim geçerlidir, üçüncü şahıslar için geçerli değildir.

Bir de burada sizlerin de düşünmenizde yarar olan bir konu: geçerlilik mi, yoksa uygulanmama mı deriz; Genel haciz ve iflas durumlarındadır. Bu konuda bizim bir tecrübemiz oldu, bir tahkim başlattık. Bir Türk şirketi

ile yabancı şirket arasında bir tahkim söz konusuydu, tahkimi başlattık. ICC kurallarına tabi bir tahkimdi. ICC Sekreterliği aracılığıyla tahkim talebimizi karşı tarafa, diğer ülkedeki şirkete gönderdik. Oradan iflas memurunun yazmış olduğu bir yazı ICC aracılığıyla bize geldi, “Şirketimiz iflas halindedir, bizim mevzuatımıza göre artık tahkim yapılamaz.” Araştırdık, değerlendirdik. Her ne kadar uluslararası bir tahkimdir, yabancı tahkim şeklinde biz bunu yine de sürdürebiliriz düşüncemiz olduysa da, sonunda ICC tahkimi sonucunda bir karar da alsak bunun uygulanma yeri davalının ikametgâhı olacağına göre ve orada da bunun büyük ihtimalle tenfizine karar almakta zorlanacağımızı, hatta bunun imkânsız olacağını anladığımızda tahkimi sona erdirmeyi tercih ettik. Bizim hukukumuzda da bu konuda değerlendirmeler yapılmıştır. Bu konularda bizim Yargıtayın da birtakım kararları var. Genel olarak, eğer bir genel haciz, iflas durumu varsa tahkimin artık geçersiz değil de uygulanamaz olduğudur. Çünkü tahkimin geçerliliğini kendi içinde değerlendirmek lazım. Bu uygulanamama durumu ortaya çıkarıyor. Çünkü orada bizim Yargıtayın da, doktrinin de ihmal ettiği bir konu var. Az önce bahsettiğim, tahkim anlaşmasının nispiyeti konusu. Tahkim anlaşması nispi olduğu için iflas halinde de davanın tarafı iflas idaresi olacağı için ve iflas idaresi tahkim anlaşmasını imzalamamış olduğu için, tahkimin ona uygulanması mümkün olmamaktadır. Doktrinde ayırım yapılıyor, “Genel haciz yoluyla takipte yine tahkime gidilebilmeli itiraz üzerine” diye görüş serdedenler var ama genel olarak baktığımızda Yargıtay içtihadı âdeta tek yönde görünüyor ama bu açık.

Yabancı ülkelerde bu konuda çok değişik düzenlemeler var. En ayrıntılı düzenlemelerden bir tanesi, İtalya’da ve bayağı ayrıntılı hükümlerle bu konuyu düzenlemeye çalışmış. Bizim mevzuatımızda da zamanla belki bazı değişiklikler olacak, belki Yargıtay içtihatlarıyla bu konu yine çözüme bağlanacaktır. Bu da mahkemelerin içtihadının bu kuralları tamamlaması kaçınılmaz bir süreçtir. Yeter ki yapılan değerlendirmeler hukuka uygun olsun.

Efendim, saygılar sunuyorum. Sorularınız olursa memnuniyetle cevap vermeye çalışırım.

ALİ RIZA YÜCEL : : Hocamıza çok teşekkür ediyoruz.

ALİ RIZA YÜCEL : Sayın dinleyiciler, programımızın bu bölümünde Doçent Doktor Adnan Değnekli Bey konuşmasını sunacak.

DOÇ. DR. ADNAN DEĞNEKLİ **YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ ÜYESİ**

HMK'YA GÖRE TAHKİMDE YARGILAMA USULÜ

DOÇ. DR. ADNAN DEĞNEKLİ : Teşekkür ederim Sayın Başkan.

1993 yılında Yargıtay 19. Hukuk Dairesinde Tetkik Hâkimi olarak göreve başladım. 19. Hukuk Dairesi ticari satımla ilgili uyuşmazlıklara bakmaktadır. Dolayısıyla ticari satımla ilgili iç tahkim ve yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konularında uyuşmazlıkları incelenmekte. Bu nedenle bu tür uyuşmazlıklara tanık olduk. Tabii ki akademik çalışma alanımız da bu şekilde oldu. Bu nedenle sizlere Hukuk Mahkemeleri Kanunu'na göre Tahkimde Yargılama Usulünü anlatacağım ama tabii yargılama usulü olarak dava açılmasından karar verilinceye kadarki bölümle üzerinde de ana hatlarıyla duracağım, ayrıntısına girmeyeceğim. -

Öncelikle dava açılması ve davanın açılma tarihi. Hepimizin bildiği gibi dava, dava dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle açılır. Bir içtihadı birleştirme kararına göre , davanın açıldığı tarih dava harcının ödendiği tarihtir. Kural olarak hakemde de hakemin belirlenmesi ve hakem kurulunun oluşmasından sonra dava, dava dilekçesiyle açılır. Fakat HMK bazı hallerde henüz dava açılmadan önce, bir dava dilekçesi verilmeden önce de davanın açıldığı halleri kabul etmiştir. Yani bir dava dilekçesi verilmeden önce de hakem de davanın açılmış olduğunu kabul etmiştir.

Bu hususlar şunlardır: Hakem seçimi için mahkemeye müracaat edilmişse, müracaat edildiği tarihte dava açılmış sayılır. Hakem seçimi üçüncü kişiye aitse, seçecek olan üçüncü kişiye(kurum veya kuruluşa) başvurulduğu tarihte dava açılmış sayılır. Demek ki hakem seçimi için mahkemeye veya bir üçüncü kişiye müracaat edilecekse oraya müracaat edildiği tarihte hakem de dava açılmış sayılıyor.

Yine hakem seçimi taraflara aitse, davacının hakemini seçip diğer tarafa bildirdiği tarihte dava açılmış sayılıyor. Yine burada da henüz dava dilekçesi vermeden önce bir taraf hakemini seçip diğer taraf da bildirdiği anda dava açılmış sayılıyor.

Yine diğer bir husus da, hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin isimleri sözleşmede açıkça belirtilmişse, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte dava açılmış sayılır.

Demek ki sözleşmede hakemlerin ismi belli ise, bu takdirde uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi için talepte bulunup bu talebin diğer tarafa ulaştığı tarihte dava açılmış sayılacak.

Hepsi de dava dilekçesi verilmesinden önce açılmış oluyor.

Ayrıca, yine dava açılmasıyla ilgili önce ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı alınmışsa, bu takdirde de bir düzenleme var. Taraflardan biri mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı almışsa, tahkim davasını iki hafta içinde açması gerekir. Aksi halde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kendiliğinden kalkar.

Şimdi, burada HMK'nın 389 ve devamı maddeleriyle ilgili bir farklılık var. HMK'nın 397. maddesinde, bu durumda yani ihtiyati tedbir kararı alındığı durumda ihtiyati tedbirin uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren iki haftalık süre öngörülmüştür. İhtiyati tedbirin uygulanmasının talep edildiği tarihten. Bakıyoruz tahkimle ilgili 229. maddeyle: *"İhtiyati haciz kararı alınmışsa"* diye bir ibare var. Acaba burada da uygulama şart mı? Yoksa ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması yeterli mi? Bu konuda bir açıklık yok. Açıklık olmadığına göre, sanki burada karar tarihinden itibaren iki haftalık süreyi başlatmak daha uygun gibi geliyor. Ama dediğim gibi, buraya bir açıklık getirilmesi uygun olur. Aksi halde buradaki bir eksiklik, süresinde dava açılmaması nedeniyle, ihtiyati tedbirin ve ihtiyati haczin kalkması sonucunu doğurur.

Dava açılmasının en önemli sonuçlarından birisi, zaman aşımının kesilmesidir. Hakemde de dava açılmasıyla zaman aşımı kesiliyor. Türk Borçlar Kanunu'nun 154. maddesinde de buna ilişkin düzenleme var. Tabii, dava dilekçesi verilmeden önce de –bazı hallerde saydık- hakemde dava açıldığına göre, o tarihte zaman aşımı kesilmiş sayılacak. Yani daha önce, dava dilekçesi verilmeden önce davanın hangi halde açıldığı kabul edilmişse o tarihte zaman aşımı kesilmiş sayılacak, davalı da tabii ki mütemerrid duruma, temerrüde düşmüş olacak.

Yine, davanın açılmasının önemli bir sonucu da, davacının davayı geri alma yasağı. Davacı davanın açılmasından sonra kural olarak davalının rızası olmadan davasını geri alamaz.

Acaba bu hakem yargılamasında uygulanır mı? Evet, kural olarak bu hakem yargılamasında uygulanır ama HKM ile buradaki düzenlemede bir farklılık var. HMK'daki düzenlemede 123. maddede dava açıldıktan sonra karar kesinleşinceye kadar davacı davasını geri alabilir. Yani karar uzatma aşamasında da geri alabilir. Davacı "Ben davamı geri aldım" dediği anda,

örneğin dosya Yargıtay’da, Yargıtay’ın son kararları şu yönde: Yargıtay diyor ki “Davacı davasını geri aldı, davalının açık muvafakati gerekir. Bu yönde muvafakati var mı yok mu sor” diye kararı bozuyor ve geri gönderiyor. Onun için, 1086 sayılı Kanun’dan farklı bir durum söz konusu. Orada, tahkimat bitinceye kadar geri alınabiliyordu, oysa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 123. maddesine göre davacı karar kesinleşinceye kadar davalının açık rızası ile davasını geri alabiliyor.

Peki, tahkim yargılamasında bu nasıl olacak? Buna ilişkin HMK 435. maddede bir düzenleme var, yargılamaya son vermeyle ilgilidir aslında 435. madde, şöyle diyor: “Hakem veya hakem kurulunun uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı bulunduğunu kabul etmesi halinde dava geri alınmaz.” Demek ki davanın geri alınmasıyla ilgili burada özel bir düzenleme yapılıyor. Bu durum haricinde tabii ki dava geri alınabilecek. Demek ki, davacı davasını geri alsın bile, eğer hakem bu uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde “*Davalının hukuki yararı vardır*” diye düşünüyorsa, bu takdirde davacı davasını geri alamayacak. Demek ki burada HMK’nın 123. maddesinden farklı bir durum öngörülmüştür. Dolayısıyla burada bu madde uygulanacaktır.

Peki, o zaman şu yorum yapılabilir mi: HMK 435. Maddedeki düzenleme, hakem davayı görürken geri almayı düzenliyor. Peki, hakem karar verdikten sonra iptal davası açıldı, karar verildi, Yargıtay’a geldi. Burada davacı davasını geri alabilir mi? Şu düzenlemeye göre, *sanki* daha sonraki bir aşamada geri almasının mümkün olmadığı gibi bir sonuç çıkıyor.

Peki geri alırsa ne olur? Geri alırsa birçok sorun da beraberinde gelir. Bir an için geri alacağını kabul edersek, Yargıtay’ın önüne geldiğinde, Yargıtay: “Davacı davasını geri almış.” Bu konuda davalının muvafakati var mı diye sorarsa ne olacak? Dosyayı nereye gönderecek? İptal davasına bakan mahkemeye mi, hakeme mi gidecek? Onun için, burada yine eskisi gibi hakem karar verinceye kadar davacı davasını geri alabilir, ancak, eğer uyuşmazlığın kesin olarak çözümünde davalının hukuki yararı olduğu kanısına varırsa hakem veya hakem kurulu, davanın geri alınmasını kabul etmeyip davaya devam eder ve uyuşmazlığı çözer. Onun için burada da farklı bir durum söz konusu.

Hakemde dava açılmasıyla *derdestlik* doğar mı? Evet, hakemde dava açıldığı zaman derdestlik doğar. Peki, aynı konuda mahkemede tarafları aynı bir dava açılırsa, dava konusu dava sebebi ve tarafları aynı.

Önceden 1086 sayılı Kanun döneminde derdestlik itirazı tabii ilk

itirazdı. 6100 sayılı Kanun'da derdestlik itirazı ise dava şartı niteliğinde. Dava şartı niteliğinde olduğu için aynı konuda mahkemede de dava açtığı zaman, henüz hakemdeki davayla ilgili bir karar verilmemişse burada mahkemenin "Dava derdesttir" diyerek, derdestlik itirazı nedeniyle davayı usulden reddetmesi uygun olur diye düşünüyorum.

Yine, tahkim yargılanmasında vekaleten davayı takip etme yetkisi baroda kayıtlı avukatlara ait, onu da bu vesileyle belirtmiş olayım.

Şimdi, yargılamaya hâkim olan ilkeler HMK'nın 25 ve devamı maddelerinde belirtiliyor. Acaba hakem yargılamasında yargılamaya hâkim olan ilkelerin hangileri uygulanabilir hangileri uygulanmaz? Çok kısa olarak onlara değinirim.

İlk olarak şunu belirteyim: 6100 sayılı HMK'nın 423. maddesinde iki tane yargılamaya hâkim olan ilke zorunlu kılınmıştır. Bunlardan bir tanesi taraflara eşit davranma, ikincisi hukuki dinlenme hakkı. Bu zorunluluk olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla tüm yargılamada, yargılama usulü nasıl seçilirse seçilsin, hangi yargılama usulü kabul edilirse edilsin, bu iki ilkeyi ortadan kaldıracak şekilde bir yargılama usulünü hakem veya hakemler belirleyemez. Mutlaka bu iki ilkeye dikkat etmek zorundalar. Tarafların eşitliği ilkesi ve hukuki dinlenme hakkı.

Tarafların eşitliği ilkesi gereğince hakemlerin yargılamada taraflara eşit davranması ve eşit süreler vermesi gerekir. Taraflara iddia ve savunma konusunda önceden bilgi verilmeli, tebligatlar usulüne uygun yapılmalıdır. Hukuki dinlenme hakkı da, HMK'nın 27. maddesinde belirtilmiştir, uyuşmazlık hakkında bir tarafa bilgi verme, onun delillerini değerlendirme ve değerlendirdiği delillerle bir sonuca gitme. Dolayısıyla hukuki dinlenme hakkının da mutlaka ve mutlaka taraflara tanınması gerekiyor.

Şimdi, yargılamaya hâkim diğer ilkeler burada uygulanır mı, onu belirteyim. Tasarruf ilkesi, tahkim yargılamasında da kural olarak uygulanır. Hakem, tarafın talebi olmadan kendiliğinden bir davayı inceleyemez veya karara bağlayamaz. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa tahkimde de taraflarca getirilme ilkesi uygulanır. Ama aksi kararlaştırılabilir, resen hakem ve hakem kurulunun araştırma yapacağı konusunda da bir düzenleme yapılmışsa bu uygulanır.

Hakem iki tarafın, birinin söylemediği şeyi veya vakıayı kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatacak söz ve davranışlarda bulunamaz. Kural olarak kendiliğinden delil toplayamaz.

Yine, hakem tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez.

Aleniyet ilkesi kural olarak hakem yargılanmasında uygulanmaz. Kemal Hocam da burada gizliliğin esas olduğunu belirtti ama tahkim sözleşmesinde yargılamanın veya duruşmanın aleni bir şekilde yapılmasına ilişkin bir hüküm konulmuşsa –tabii aleni yapılabilir ama- tahkim yargılamasında kural olarak aleniyet ilkesi uygulanmaz.

Hakemin kurullarını kendiliğinden uygulaması: Bu kural da geçerlidir, HMK'nın 33. maddesinde bu konu düzenlenmiştir.

Ayrıca, HMK'nın 29. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı ve doğru söyleme yükümlülüğünü hakem önünde de geçerli bir kural olarak kabul etmek gerekir.

Yargılamaya hâkim olan ilkelerden sonra, yargılama usulünün belirlenmesine geçmek istiyorum. Yargılama usulüyle ilgili şöyle bir düzenleme var; kural olarak tahkim sözleşmesinde bir yargılama usulü belirlenmişse hakemler bu yargılama usulünü uygulamak zorundalar. Tahkim sözleşmesinde basit yargılama uygulanacak denmişse, hakemler de basit yargılama usulünü uygulayarak uyuşmazlığı çözeceklerdir. Eğer tahkim sözleşmesinde herhangi bir usul öngörülmemiş ise, bu takdirde hakem veya hakem kurulu uyuşmazlığın çözümüne en uygun yargılama usulünü kabul ederek uyuşmazlığı çözüme bağlayacaktır.

Yine Kemal Hocam bahsetti, dedi ki: “Burada hakem yargılamasının amacı, kısa sürede uyuşmazlığı çözüme bağlamak.” Tabii ki bu amaç sürekli gözetilecek ve bu amaç doğrultusunda tahkim kurulunun amacı da gözetilerek yargılama usulü belirlenecektir. Bu yargılama usulünü belirlerken kural olarak serbestçe belirleyebilir –az önce de belirttim- ama belirlediği usul HMK'nın 423. maddesindeki ilkeleri ortadan kaldıracak şekilde olmayacak. Söyledim, eşitlik ilkesi ve hukuki dinlenme hakkını ortadan kaldıracak şekilde, gerek sözleşmede gerekse hakemler kendiliğinden yani hakemlerin belirlediği yargılama usulünde HMK'nın 423. maddesindeki bu iki ilkenin ortadan kaldırılmaması gerekir.

Tahkim sözleşmesinde yargılama usulü belirlenmemiş ise, hakem veya hakem kurulu yargılamaya başlamadan uygulayacağı yargılama usulünü belirlemelidir. Yargılama usulü belirlenirken tarafların tahkime başvurmadaki menfaatleri ve yine tahkim kurumunun amacı gözetilir. Uyuşmazlığın özelliklerine uygun ve uyuşmazlığı en kısa zamanda çözecek usulü belirler.

İki hususa değinmek istiyorum. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 528. maddesinde hakemde görülen bir uyuşmazlıkta dayanılan belgenin sahte olduğuna ilişkin bir ceza davası açılmışsa bu davanın sonucu bekleniyordu ve tahkim süresi bu dava bitinceye kadar duruyordu. 1086 sayılı HUMK'un 528. maddesi HMK'ya alınmamış, acaba hakem uyuşmazlığı çözerken uygulamak istediği veya dikkate alması gereken bir belge konusunda sahtelik davası açılmışsa bu bir yıllık süre duracak mıdır? Bu konuda bir açıklık yok. Ama ben aynı hükmün burada da uygulanabileceğini düşünüyorum. Aksi halde o uyuşmazlık orada çözümlenmeden hakem veya hakem kurulunun burada bir sonuca gitmesi mümkün değildir. Ancak anılan hüküm yeni Kanun'a alınmadığına göre artık Kanun koyucu burada öngörmemiş denilerek, aksi de düşünülebilir ve savunulabilir.

Karar tarihinin hakem kararında yer alması gerekir. Karar tarihine göre hakem süresinde karar verdi mi vermedi mi tespit edeceğiz. Buradaki en büyük endişe, karar tarihinin önceki tarih olarak atılmasıdır. Burada süresinde karar verilmiş gibi eski tarih atıldığı iddiası ileri sürülürse bu hususun nasıl inceleneceği de üzerinde durulması gereken ayrı bir sorundur.

Bir diğer husus da, süresinde karar verilmemişse, yani öngörülen bir yıllık süre uzatılmışsa, uzatılan sürede karar verilmemişse hakem bu dosyayı ne yapacak? Yani 6100 sayılı HMK'nın 20. maddesine göre, mahkemeye gönderebilir mi? "Artık mahkeme görevli hale gelmiştir, buna mahkeme devam etsin, dosyayı gönderiyorum, yargılamaya mahkeme devam etsin" diyebilir mi? Benim şahsi görüşüm, burada HMK'nın 20. maddesi uygulanmaz. Süresinde karar vermemişse artık hakemin burada görevi de sona ermiştir. Davacının gidip ayrıca mahkemede dava açması gerekir.

Hemen tahkim yargılamasındaki tebligata değinmek istiyorum. "Tahkim yargılamasında Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır" diyor. Taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa tahkim yargılamasında tebligat 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır (HMK m. 438). Ancak taraflar tebligatın nasıl yapılacağını kararlaştırmışlarsa kararlaştırılan şekilde yapılır. Bu durumda kararlaştırılan tebliğ işleminin HMK'nun 423. maddesine aykırı sonuç doğurmaması gerekir. Diğer bir anlatımla kararlaştırılan şeklin eşitlik ilkesine aykırı olmaması ve tarafların hukuki dinlenilme hakkının ortadan kaldırılmaması gerekir.

Tebliğat Kanunu hükümleri uygulanacak fakat burada şöyle bir husus var: Tebliğat yapacak merciler 1. maddede yazıyor. Bunların arasında hakemler yer almıyor. Yine kazai tebliğatla ilgili hükümde de hakemler yer almıyor. Onun için, özellikle Tebliğat Kanunu'nun 35. maddesi hükmünü hakemler uygulayabilir mi uygulayamaz mı, bu konuda belki sorun çıkabilir. Tebliğat Kanunu'nda son değişiklikten sonra çıkarılan Yönetmelikte de bu yönde bir hükme yer verilmemiş. Onun için, özellikle 35. maddenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir sorun çıkabilir, aslında kolaylık sağlayan bir maddedir. Ama benim şahsi görüşüm, burada açıkça "Tebliğat Kanunu hükümleri uygulanır" dediğine göre, 35. maddede uygulanır, bir sorun çıkmaması gerekir.

Yönetmelikte yine hüküm olmadığına göre, hakem bu tebliğatı nasıl yapacak? Aynı mahkemelerin uyguladığı gibi zarfın içine koyacak, yine onlarla yapacak. Ama bu konuda da yönetmelikte bir açıklık yok.

Dava ve cevap dilekçesine de hemen değinmek istiyorum. Tabii, dava dilekçesinde kural olarak HMK'nın 119. maddesindeki unsurların yer alması gerekir. 119. maddedeki unsurların eksik olması halinde 119. maddede bir düzenleme var. Bazıları için bir hafta süre verilir diyor, bazıları için hiçbir şey öngörülüyor. Bu hüküm aynen uygulanır mı? Eksiklik varsa, eksiklerin tamamlanması istenebilir. Bu nedenle eğer eksiklik varsa burada eksiklikleri hakem tamamlatabilir.

Cevap dilekçesinin de mutlaka tebliğ edilmesi gerekir. Tebliğden sonra da cevap süresinin beklenmesi gerekir. Cevaba cevap, ikinci cevap öngörülebilir mi? Bir açıklık yok ama yapılması konusunda eğer hakemler "Biz yapacağız" derlerse buna da engel yok, bu şekilde de cevaba cevap ve ikinci cevap da gönderilebilir.

Peki, tahkimde karşı dava açılabilir mi? Evet, tahkimin konusuna giren bir husus ise elbette karşı dava da açılabilir. Karşı davanın cevap süresi içinde açılması gerekir. Karşı davanın tahkim süresi ayrıca hesaplanmaz. Asıl davanın tabi olduğu tahkim süresi içinde karşı davanın da karar bağlanması gerekir. Karşı davada eğer tahkim sözleşmesinin kapsamına giren bir uyuşmazlık ise burada da karşı dava şeklinde açılabilir.

Peki, o zaman tahkim süresi ne olur? Bir asıl dava bir de karşı dava varsa? Burada da ikisi için ayrı ayrı süre vermemek gerekir, bir süre öngörmek gerekir. Davanın açıldığı tarihe göre veya "İlk toplantı tarihi" denildiği için, burada o toplantı tarihine göre o bir yıllık süreyi dikkate almak gerekir.

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesine de değinmek istiyorum. HMK’da iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi konusunda üçlü bir sistem öngörülmüş:

Öncelikle yazılı yargılamada dilekçeler safhasında serbestçe değiştirilebilir.

Geliyoruz ön inceleme aşamasına; ön inceleme duruşmasına bir taraf gelip de diğer taraf gelmezse bu kez gelen taraf iddiasını veya savunmasını istediği gibi değiştirebilir.

Tahkim aşamasına geldiğimiz zaman ise, iddia ve müdafaanın değiştirilebilmesi için ya diğer tarafın açık muvafakati ya da ıslah kurumunun uygulanması gerekir. Demek ki HMK’da üçlü bir sistem; öngörülmüş.

Peki, hakem yargılamasında iddia ve müdafaanın değiştirilmesi nasıl uygulanacak? Şimdi, buna ilişkin de Kanun’da düzenleme yapılmıştır. Şöyle diyor: *“Kural olarak burada iddia ve müdafaanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı yoktur ancak taraflar tahkim sözleşmesinde iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesine ilişkin hüküm koymuşlarsa bu hüküm aynen uygulanır. Tahkim sözleşmesinde aksine düzenleme yoksa taraflar iddiasını ve savunmasını değiştirebilir ve genişletebilir. 428. maddenin üçüncü fıkrasında: İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesine hâkimin izin vermediği bir durum düzenlenmiştir. Hakem veya hakem kurulu tahkim yargılanmasını uzatmaya yönelik kötü niyetli genişletme ve değiştirme taleplerine izin vermeyebilir.”*

Burada şöyle bir husus söz konusu: *“Serbestçe değiştirebilir”* dediklerine göre, artık burada ıslah kurumunu da uygulamaya gerek yok. 1086 sayılı Kanun döneminde ıslah kurumunun hakem yargılamasında uygulanabileceği kabul ediliyordu. Ancak 428. maddedeki gibi bir düzenleme 1086 sayılı Kanun’da yoktu. Burada kanun koyucu açıkça *“İstedikleri gibi değiştirebilirler”* diyor, bir tek sınır öngörüyor, diyor ki: *“Eğer bu değişiklik yargılamayı uzatmaya yönelikse hakem veya hakem kurulu bunu kabul etmez.”* Demek ki normal mahkemelerde görülen davalardaki iddia ve müdafaanın değiştirilmesinden burada farklı bir sistem öngörülmüştür.

İddia ve müdafaanın değiştirilmesi yasağının bir de kapsam sorunu bulunmaktadır. Bu değişiklik yapılabilir ama değişikliğin, tahkim sözleşmesinin kapsamının dışına çıkmaması gerekir. Çıkıyorsa, buna itiraz edilebilir. Zaten ileride iptal davası bölümünden de görülür, iptal davasına da konu edilebilir. Tahkim sözleşmesinin kapsamı dışına çıkmaması gerekir.

Bir diğerk önemli konu da hakemin kendi yetkisi konusunda karar vermesine ilişkindir. Hakemin kendi yetkisi konusunda, önceden bu konuda karar veremeyeceğı açıktır, çünkü mahkemeye müracaat edilecektir. Yani tahkim sözleşmesi geçerli midir değil midir; hakemler bu uyuşmazlığa bakmaya kendileri karar verebilirler mi? 1086 sayılı Kanun döneminde “Tahkim sözleşmesi geçerlidir, biz hakem olarak tayin edildik, bu uyuşmazlığı biz çözeceğiz” diyemiyorlardı. Şimdi buna ilişkin düzenleme yapılmış ve izin verilmiştir. Hakemlerin kendi yetkileri ve hakem sözleşmesinin geçerliliğı konusunda karar verme yetkileri vardır. Bu da iptal davası açıldığı zaman orada denetlenecektir.

Bilirkişi seçimi konusunda da yine düzenleme yapılmış. Burada fazla bir özellik yoktur.

Delillerin toplanması konusunda da “Mahkemenin yardımını alabilir” diyor. Tabii, delillerin bildirilmesi konusunda burada da bir sistem öngörölmüş. Düzenleme, “Dava ve cevap dilekçesinde delillerini eklemelidir” demektedir. Ama herhangi iddia ve müdafaa serbestçe değıştirilebildiğine göre, değışiklik yaparak yeni deliller de sunabilir. Buna da engel yok.

Mahkemenin yardımını istediğı konularda da, örneğın yurt dışından bir delil veya belge gelmesi gerekiyorsa veya müracaat gerekiyorsa, milletlerarası istinabe için mahkemenin burada yardımını isteyebilir.

Duruşma yapma zorunluluğı yoktur, duruşma yapabilir ama dosya üzerinden de karar verebilir; buna engel yoktur.

İhtiyati tedbir ve delil tespiti konusunda hakemin karar alması yönünde bir düzenleme yoktu, onun için yapamayacağı kabul ediliyordu. Yeni Kanununun 414. maddesinde bu konuda düzenleme yapılmıştır ve buradaki düzenlemeye göre, “Taraflardan birinin talebi üzerine ihtiyati tedbire veya delil tespitine hakem veya hakem kurulu karar verebilir. Teminat gösterilmesini de isteyebilir. Hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının uygulanabilmesi için mahkemenin icra edilebilirlik kararı vermesi gerekir.” Bakın, burası önemli. Demek ki hakem veya hakem kurulu ihtiyati tedbir ve delil tespitine karar verebiliyor ama bu kararın uygulanabilmesi için mahkemeye talepte bulunan kişinin, lehine tedbir isteyen kişinin mahkemeye müracaat ederek icra edilebilirlik kararı alması gerekir. Mahkemenin icra edilebilirlik kararı verebilmesi için geçerli bir tahkim sözleşmesi bulunması gerekir. Mahkemenin tahkim sözleşmesi geçerli ise ve talep varsa icra edilebilirlik kararı verecektir.

Az önce belirttiğimiz gibi “Geçerli bir sözleşme varsa” , hakemlerin kendi yetkileri yönünden yani bu işe bakıp bakamayacağına karar verme yetkisi vardır. Hakem, “Ben yetkiliyim, evet bakabilirim” dedi. Ama şimdi mahkemeden ihtiyati tedbirin icra edilebilirliği kararını istediğiniz zaman mahkeme de geçerli bir tahkim sözleşmesinin varlığını bir defa daha kontrol edecek gibi gözüküyor. Ama buradaki kontrolün bence çok fazla hakemin belirlediğinin dışına çıkmaması ve sınırlı tutulması gerekir. Aksi halde az önce değindiğimiz 422. maddedeki hakemlerin kendi yetkisi konusunda karar vermesine ilişkin düzenlemenin bir anlamı, bir önemi kalmaz. Onun için, burada daha sınırlı düşünmek gerekir çünkü zaten iptal davasında bu tartışılacak. Onun için, mümkün olduğunca burada mahkemenin icra edilebilirlik kararını dikkatli uygulanması gerekir.

Tahkim yargılaması ya nihai kararlar sona erebilir ya da sulhla sona erebilir. Onun haricinde bazı durumlarda usule ilişkin kararlarla da sona erebileceği HMK’nın 435. maddesinde belirtilmiş. Burada sayılan hallerin birinin varlığı halinde de tahkim yargılaması sona erecek. Az önce belirtmiştim, taraflar geldiler “Yargılamanın sona ermesi konusunda biz anlaştık” veya “Biz sulh olduk” dediler, yani sulhla da sona erebilir.

Sözlerimi birkaç cümle ile iflasa değinip tamamlamak istiyorum.

Tahkim sözleşmesine göre bir taraf diğer tarafın iflasını isteyebilir mi? Konuyu ikiye ayıralım; tahkim sözleşmesi varken iflas yoluyla takip yapılabilir mi, ikinci olarak doğrudan iflas istenebilir mi? Doğrudan iflas isteyemez, çünkü doğrudan iflasın koşulları İcra İflas Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bazı kamu düzenini ilgilendiren hususlar vardır.

Peki, takipli iflas isteyebilir mi? Engel olmaması gerekir ama hemen söyleyeyim: Yargıtay her iki durumda da iflasın kamu düzenine ilişkin olduğunu kabul ediyor. Tahkim sözleşmesi olsa bile mutlaka iflas talep ediliyorsa ve iflas yoluyla takibi yapılıyorsa, takibe itiraz edilsin edilmesin, iflas davası açılmışsa burada mahkemenin bu davayı görmesi gerektiğini, hakeme gitme zorunluluğu bulunmadığını, iflas yoluyla takipte tahkim itirazının da dinlenmeyeceğini Yargıtay kabul ediyor. Ama benim şahsi görüşüm, burada ikili bir ayrıma gitmek daha uygun olur.

Başlangıçta böyle. Diyelim ki, hakem ve hakem kurulu yargılamayı devam ettirirken davalı iflas ederse ne yapacak? Bu durumda davalı iflas ederse İcra İflas Kanunu’nun 194. maddesi gereğince devam eden davalara iflasın etkisi olacak.

Eğer iflasın açılmasıyla durmayan bir dava ise zaten devam edecektir. Tebligat iflas idaresine yapılacak, o dava devam edecek. İflasın açılmasıyla duran bir dava ise ne olacak? Bu durumda ikinci alacaklar toplantısından on gün sonrasına kadar hakemin davayı durdurması gerek. Çünkü devam edemez, işlem yapamaz, Kanun “*Durması gerekir*” diyor. Durdu, ikinci alacaklar toplantısında dava konusu alacağın masaya kaydına ve kabulüne karar verilmişse, artık bu durumda hakemde görülen dava konusuz kalır. Peki, reddedilirse, kabul edilmezse ne olacak? Kabul edilmediği anda artık hakemde görülen dava kayıt kabule dönüşür fakat hakem kayıt kabul davasını görebilir mi? Benim şahsi görüşüme göre burada hakemin kayıt kabul davasını görmesi mümkün değil, çünkü İcra İflas Kanunu’nun 235. maddesi, açıkça kayıt kabul davasının iflas tasfiyesinin yapıldığı yerdeki ticaret mahkemesinde açılması gerektiğini öngördüğünden ve görevli ve yetkili kıldığından, onun için burada hakemin, kayıt kabul olarak uyumsuzluğu çözemeyeceğini, mutlaka ayrıca kayıt kabul davası açılması gerektiğini düşünüyorum.

Son ihtimal de, hakemde dava görüldü, karar verildi, karar verildikten sonra örneğin davalı taraf iflas etti, ne olur? Karar verildikten sonra iflas ettiği için bunun bir önemi yok. Karar, iflas idaresine tebliğ edilir, iflas idaresi temyiz ederse Yargıtay bunu inceler veya iptal talep edilirse mahkeme bunu inceler, uyumsuzluğu böyle devam edip çözerler.

Hakem yargılaması devam ettikten sonra, diyelim ki iflas edildi. Örneğin iflas, iflas masasına alacak bildirilir ve bu alacak reddedilir ve kabul edilmezse, özellikle yabancı yerdeki bir alacak ise ve yabancı ülkede hakem ICC’ye, tahkime gitmiş ise ne olacak? Türkiye’de iflas etti, geldi yabancı hakemdeki verilen kararın diyelim ki buradaki masaya yazdırılmasını istedi. Evet, burada kural olarak iflas masasına, hakemin verdiği karar mümkün. Yani orada iflastan önce böyle bir karar verilmişse kural olarak mümkün. Acaba buradaki iflas kararı oradaki hakem yargılamasını etkiler mi? Tabii bu da milletlerarası özel hukukla ilgili ayrı bir sorun var, bunu da ayrıca değerlendirmek gerekir diyorum.

Ben, biraz süremi aştım, onun için hepinizden özür diliyorum.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

ALİ RIZA YÜCEL : Adnan Bey’e çok teşekkür ediyoruz, çünkü tahkimin son mercii Yargıtay olduğuna göre, Yargıtay’ın görüşleri bizler için çok önemli. Bizi aydınlattıkları için tekrar teşekkür ediyorum.

Şimdi söz sırası, Doçent Doktor Sema Taşpınar Ayyaz Hanımda.

DOÇ. DR. SEMA TAŞPINAR AYVAZ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

**HAKEM KARARLARINA KARŞI KANUN YOLLARI
KONUSUNDA HMK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASI**

DOÇ. DR. SEMA TAŞPINAR AYVAZ Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Konuşmama öncelikle şununla başlamak istiyorum: Tahkimin yararları sayıldı, özellikleri söylendi ama aslında tahkimin bir noktada netleştirmemiz gereken bir tarafı var ki, evet, tahkimin bir yargılama ama alternatif bir yargılama olduğudur. Alternatif yargılama fakat devlet mahkemesinin verdiği kararın gücüne sahip bir yargılama. Dolayısıyla Sayın Dayınlarlı Hocamız da söyledi, bugün alternatif uyuşmazlık çözüm yolları var, uzlaştırma var, arabuluculuk var. Ama aslında hakem, tahkim müessesesi bunlardan hiçbirisi değil. Çünkü tahkim müessesesinin gücü, devlet yargısının gücüne benzemesinden geliyor. Dolayısıyla burada da karşımıza şu sorun çıkıyor: Evet, biz devlet yargısına alternatif ikame bir yargılamaya gidiyoruz ve bu yargılamanın biçimi, bu yargılamada görev alacak kişilerin nitelikleri, bu yargılama sonucunda ortaya çıkacak kararın özelliği ve kararın uygulanması nasıl olacak? Dolayısıyla bizi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından, arabuluculuktan, uzlaştırmadan vs. diğer modellerden ayıran ya da işimizi zorlaştıran mesele bu. Evet, söz ettiğimiz ihtiyari tahkim zaten ama taraflar şu ya da bu sebeple şu ya da bu avantajı dolayısıyla bu yola başvuruyorlar.

Şimdi, geçmişte de Türk hukukunda da tartışılmış, işte “*Hakem kararı devlet mahkemesi kararı gücünde değildir, onun gibi değildir...*” Hatta bu nedenle, hakem kararlarıyla ilgili pek çok değerlendirmeler vardır. Nitekim sayın meslektaşım Adnan Bey de biraz önce Tebligat Kanunu ile ilgili örnek verdi, “Burada hakemler sayılmıyor” dedi. Ama aslında genel olarak baktığımızda geniş anlamda mahkeme kavramına, yargılama işlevini üstlenmiş herkesi dahil ediyoruz. Dolayısıyla tahkim yargılamasını da biz geniş anlamda mahkeme ve yargılama kavramı içerisinde görüyoruz. Belki bu noktadan bakarsak, hani bu devlet yargısıyla alternatif olma, devlet yargısıyla yarışma veya bir rekabet halinde olup olmama meselesine bir anlamda açıklık getirebiliriz diye zannediyorum. Çünkü taraflar yapmış oldukları tahkim anlaşmasıyla iki şeyi kararlaştırıyorlar: Devlet mahkemesine gitmenin önünü kapatıyorlar ve kendileri hakkında bağlayıcı karar verecek hakemlerin yetkisini inşa ediyorlar. O nedenle bu iki önemli yetki tahkimin karakteristik

özelliği. Şimdi, o nedenle burada, evet usul kanunlarının müdahalesi yani devlet yargılama usulünün müdahalesi ne kadar olmalı sorusu gündeme geliyor. Bu açıdan -benden önceki konuŐmacılar, sayın hocalarım aslında çok uzun uzun bu konuya değindiler- bizim gerek milletlerarası tahkimle ilgili düzenlememiz Şu anda gerekse i tahkimdeki yeni düzenlememiz esasında model kanunun düzenlemesi. Dolayısıyla 2001 yılında *UNCITRAL*'den alındı ve model kanundaki değişiklikler nedeniyle -2006'da değişiklikler yapılmıŐtı- bir kısım farklılaŐtırmalara gidildi i tahkimde ama sonuçta bizim tahkim hükümlerimiz neredeyse birebir, tıpatıp model kanundan alındı. O nedenle, aslında biz bu sistemi iŐletme konusunda niye sıkıntı yaşıyoruz veya bu sebeplerle ilgili olarak sorun, tartışma nereden çıkıyor? Sanıyorum kilitlendiğimiz nokta, bu hakem kararları sonrası meselesi. Ondan dolayı ciddi bir sıkıntı yaşıyoruz.

Tahkimle ilgili bir başka değinmek isteğim husus da Şudur: HMK'nın yeni hükümleri Şimdi, eskisine oranla daha geniş bir düzenleme yaptı. Bu usul hukukları arasında da çok tartıŐıldı, "Neden iki kanun var, tek bir kanun olsun. Milletlerarası iliŐkiler için ve milletlerarası tahkim için özellik taşıyan noktalarda kanun koyucu bundan ayrılabilir, tek bir kanun içerisinde düzenlenebilir..." Bu, gerçekten desteklenmesi gereken bir öneri ama kanun koyucunun Şu andaki tercihi bu Şekilde oldu. Bu kanunların birleŐmeyeceđini de hiç kimse söyleyemez. Çünkü sanıyorum gidiŐ o yönde, bu iki kanun birleŐecek; i tahkim hükümleri de HMK içerisinden çıkarılacak gibi görünüyor. Fakat Şimdi, aslında Milletlerarası Tahkim Kanunu'na paralel düzenlemeler geldi ama değişiklikler de yapıldı. Yani birebir aynı değil. Şimdi nitekim, iptal davasında söz edeceğim, birebir aynı hükümler değil ama ayrılan hükümler de oldu. Dolayısıyla esasında bizim bugünkü i tahkim hükümlerimiz model kanuna dayanmaktadır. Yani bizim ufak tefek değişikliklerle birlikte 2001'den beri uygulamakta olduğumuz Milletlerarası Tahkim Kanunu'na dayanmaktadır.

Ama öncelikle ben, 1086 sayılı Kanunda nasıldı ve Şimdi ne noktaya geldiğinin üzerinden gitmek istiyorum. 1086 sayılı Kanun, bir kere, öncelikle hakem kararlarının kesinleŐmeden icra edilemeyeceğini ve mahkemeye tevdisini öngörüyordu. Oysa Őimdiki sistemde, bir kere en radikal değişiklik artık hakem kararının uygulanabilmesi için kesinleşme Şartı ve bir mahkemeye tevdi koşulu yoktur. Dolayısıyla Şimdi en önemli değişiklik buradan başlıyor ama bu zaten milletlerarası tahkimle ortak bir düzenlemedir.

Peki, nasıl bir yöntem öngörüyordu kanun koyucu? Diyordu ki: "*Hakem kararı kesinleŐmeden icra edilemez.*" Peki, kesinleŐmesi için ne gerekiyordu?

Tarafların hakem kararlarına karşı temyiz yoluna gidebilmesi mümkündü, 1086 sayılı Kanun'un 533. maddesinde dört tane sebep saymıştır:

- *Yetkilerini aşmış olması,*
- *süresi içerisinde karar verilmemesi,*
- *tahkim anlaşmasının geçersiz olması*
- *tahkim sözleşmesinin dışına çıkılmış olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması.*

Fakat tahkim konusunda, hepiniz çok yakından biliyorsunuz, sürekli kıyamet kopuyordu, en azından ben, hani yıllardan beri biliyorum, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsünde defalarca sempozyumlar, toplantılar yapıldı ve uzun uzadıya ticaret hukukçuları ve usul hukukçuları, uygulamacılar tartıştılar. Bu tartışmalarda tahkimle ilgili iki önemli konu vardı. Özellikle tahkimin o söz edilen hızına ket vuran iki sorun vardı. Bir tanesi, hakem kararlarının temyizi sebeplerinin sınırlı olup olmadığı; diğeri ise hakemlerin direnme kararı verip veremeyeceği meselesi. Hakem kararlarına karşı başvuru sebepleri, aslında temyiz sebepleri sınırlı olarak sayılmış olmakla birlikte, Yargıtay uygulamasıyla temyiz sebeplerini sınırlı olmaktan çıkarmıştı. Bunu da kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yapıyordu. İşte, kararın gerekçesiz olması, örneğin bunun dışında hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmiş olması, eşitlik ilkesine aykırı davranılması, tahkikatta eksiklik bulunması, hakem kararının adalet ve nasafete aykırı olması, hakem ücretinin aşırı olması gibi sebeplerle aslında 533maddede sayılmayan temyiz sebepleri ihdas edilmişti. Bundan da önemlisi, 1994 yılında Yargıtay bir içtihadı birleştirme kararı verdi, tabiri caizse “dananın kuyruğu orada koptu.”. Çünkü Yargıtay dedi ki: “Eğer taraflar sözleşmelerinde maddi hukuk kurallarının uygulanmasını kararlaştırmış iseler, ben verilen kararın hukuka uygun olup olmadığını da denetlerim.” Böylece tartışma bu noktadan çok büyüdü ve hakem kararlarına karşı yapılan temyiz başvurularının içeriği, niteliği tartışma konusu oldu. Şimdi, karşı görüşü, yani tartışmanın çıktığı yeri hemen söyleyeyim: “Efendim bu, tarafların iradesine tabidir, taraflar hakeme giderler, gitmek istedikleri için giderler ve aslında hakemin vereceği kararı da kabul ederler. Adalete uygun karar vermesini isteyebilirler, nasafete uygun karar vermesini isteyebilirler. Bu konuda taraflar zaten serbesttir. Dolayısıyla siz artık tahkim müessesesinin yapısına ters düşecek şekilde tekrar hakem kararının incelemesini ve doğruluğunu Yargıtay tarafından denetlenmesine izin veremezsiniz” diyor, bu görüş.

Yargıtay'ın ise zaten bu konuda görüşü değil, artık içtihadı birleştirme kararı netleşti, diyor ki: “Madem tahkim tarafların iradesidir, tarafların iradesi de maddi hukuk kurallarının uygulanması yönündedir, ben taraf iradesinin gerçekleşip gerçekleşmediğini, maddi hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını da denetlerim”

İşte, bu noktadaki tartışma zannediyorum temyizle ilgili en önemli sorunu oluşturuyordu ve yine tabii direnme kararı veremeyeceklerini söylüyordu Yargıtay “*Direnme, tahkim konusunda düzenlenmemiştir, tahkim hükümleri arasında düzenlenmemiştir ve mahkemelerin kullanabileceği, mahkemelere tanınmış bir yetkidir*” demek suretiyle direnme imkânını da kapatıyordu.

Şimdi, özellikle 1994'teki o içtihadı birleştirme kararından sonra şu söylendi: *Eğer siz maddi hukuk bakımından da kararı denetleyecekseniz, o halde hakeme de direnme hakkını da vermelisiniz. Yani mademki kararın içeriğine giriliyor, dolayısıyla bu denetime de izin vermelisiniz*” Doktrinde direnme kararı verebilmeleri yolunda da daha fazla ses çıkmaya başladı.

Şimdi, bu sistem olağan kanun yolu olarak temyiz, aslında sınırlı ama Yargıtay'ın uygulamasıyla sınırlı olmayan, kararın içeriğine müdahaleye varan bir denetim olağan kanun yolu olarak vardı. Olağanüstü kanun yolu olarak da yargılamanın iadesi yoluna, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili maddelerine atıf vardı. Orada da şu sorun vardı: “*İyi de, bu yargılamanın iadesini nereden isteyeceğiz, nasıl isteyeceğiz?*” O konuda bir düzenleme yoktu, doktrinde görüş farklılığı vardı. Bir görüş diyordu ki: “*Görevli ve yetkili mahkemeye sunulmalıdır, o incelemelidir.*” Bir başka görüş ki, Yargıtay'ın da kabul ettiği görüş o idi: “*Evet, ilk planda yargılamanın iadesi sebebinin bulunup bulunmadığını mahkeme incelemelidir ama daha sonra yargılamanın iadesi âdeta bir ön inceleme yapmalıdır. Yargılamanın iadesi sebeplerini tespit ederse yeniden hakem kurulu bu konuda karar vermelidir.*” diyordu.

Bir de olağan kanun yolları içerisinde -aslında kanun yolu olup olmadığı tartışmalı olan karar düzeltme yolu var biliyorsunuz- karar düzeltme yolunun da hakem kararları için kapalı olduğu zaten eski 440.maddede -ki hâlâ da uygulanıyor- açıkça belirtilmiştir.

Şimdi, durum temyizle kanun yollarıyla ilgili bu merkezdeydi. Bu kararı, içtihadı birleştirme kararını Yargıtay şuradan hareket ederek vermişti. Aslında “Hiçbir gerekçesi yok, Yargıtay bu kararı nasıl verdi?” diye söyleniyor. Yargıtay hakem kurulunun yetkilerini aştığı iddiasıyla bu maddi hukuka ilişkin denetimini yapıyordu. Yargıtay bunu biraz zorlama ve geniş bir yorumla yapıyor.

Sonra ne oldu? Sonra Milletlerarası Tahkim Kanunu geldi, Milletlerarası Tahkim Kanunu hakem kararlarına karşı iptal yolunu ve iptalden sonra da temyiz yolunu açtı; ikili bir denetim öngördü. Bu da doktrinde çok eleştirildi: “Milletlerarası Tahkim Kanunu çıktıktan sonra. Bu sistem dünyada hiçbir yerde yok. Böyle ikili bir denetim mekanizması tahkimi yavaşlatan, tahkimden beklenen yararı minimize eden bir yöntemdir, o nedenle doğru değildir” Ancak bu eleştiriler HMK’da da, iç tahkimde de hiç dikkate alınmamış olmalı ki aynı şekilde iç tahkimde verilen hakem kararları bakımından da bu ikili yapı korundu. Yani bugün için kanun yolu dediğimizde, olağan kanun yolu olarak karşımızda –şimdi söz edeceğim, aslında bana göre kanun yolu değil ama- iptal davası ve temyiz müessesesi çıkıyor. Yani biz tahkimde sürat olsun, bir an önce sonuca ulaşalım derken önümüze iki tane bariyer koymuş olduk yeni düzenlemeyle birlikte. Bu da tabii son derece eleştiriye açık bir husus.

İşte, biraz önce söyledim, MTK ile HMK arasında ufak tefek farklılıklar var. Örneğin, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinde, “Konun Yolları” başlığı altında iptal davasını ve temyizi düzenlemiştir. Yani iptal davasını bir kanun yolu olarak gördüğünü ifade etmiş. Buna karşılık, HMK’nın ilgili maddesinde, 439’a baktığımızda, orada herhangi bir başlık yok, sadece iptal davası var. Dolayısıyla burada tabii şöyle bir teorik tartışma çıkıyor ama, pratik bir önemi de var: İptal davası bir kanun yolu mudur değil midir? Bana göre iptal davası bir kanun yolu değildir. Çünkü burada her ne kadar Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda ilk derece mahkemesine iptal davası açılabilirdiği halde –bir farklılık da bu- HMK’da iptal davası bölge adliye mahkemesinde açılacaktır. Daha doğrusu iç tahkimde mahkemeye yetki verilen hallerde... Biraz önce Adnan Bey söz etti, delillerle ilgili mahkemenin yardım istemesi veya diğer konularda tedbirin uygulanmasıyla ilgili, bütün mahkemeye başvurulacak hallerde yetkili yerin bölge adliye mahkemesi olduğunu söyledi HMK. Bu anlamda bir farklılık var. Ama “Bölge adliye mahkemesi” demesi, doğrudan doğruya bu iptal davasını bir kanun yolu haline getirir mi? Şüphesiz getirmez. Çünkü biz kanun yollarında şöyle bir ayırım yapıyoruz, diyoruz ki: “Biz neye kanun yolu diyoruz? İşte, ya uyuşmazlığı bir üst mercie aktaracak, aktarıcı etkisi olacak veya uyuşmazlığı kararın kesinleşmesini erteleyecek, erteleyici etkisi olacak.”

Evet, iptal davası açtığınızda kararın icrasını doğrudan doğruya erteleyemiyorsunuz. Çünkü bu konuda gelen yeni değişikliğe göre, hakem kararı derhal icra edilebiliyor. İptal davası açıldığında teminat karşılığında

icranın geri bırakılmasını istemeniz gerekiyor. Dolayısıyla iptal davası açmak, doğrudan doğruya hükmün icrasını durdurmuyor ama şekli anlamda kesinleşmesini erteleyebilir yani teminat karşılığı durdurulabilir.

“Aktarıcı etkisi var mıdır? Uyuşmazlığı hiyerarşik olarak bir üst makama aktarmış mıdır?” dediğimizde; görünüşte, ikinci derece mahkemesi olan bölge adliye mahkemesine verilmekle ve sanki üst makama aktarılmış gibi bir izlenim doğmakla birlikte bu da doğru değil. Birincisi, ben ilk derece mahkemeleriyle hakem mahkemelerini eş düzeyde görüyorum. Hani sadece ben görmüyorum, devlet yargısına paralel ve hüküm veren vakıa mahkemesi olduğu için hakem mahkemesi de bir mahkemedir esasında. Dolayısıyla hani bir ilk derece mahkemesi gözüyle baktığımızda şeklen bölge adliye mahkemesi ikinci derecedeki gibi görünüyor. Ama bence bu gerçek anlamda böyle değil. Çünkü, biliyorsunuz bölge adliye mahkemeleri ilk derece mahkemesi sıfatıyla da davayı görebiliyor ve yine tahkimde birtakım görevler verilmiş mahkemeye bu da bölge adliye mahkemesi. Hatta belki bir yanlışlık, belki bir karışıklık bilmiyorum, gerekçeye baktığımızda ilk derece mahkemesi diye geçiyor. Belki de ilk planda MTK gibi düşünülür asliye hukuk mahkemesine verilecekti bu görev, onu bilemiyorum ama ilk derece mahkemesi diyor. Dolayısıyla bana göre bölge adliye mahkemesine görev verilmiş olması, bölge adliye mahkemesinin burada üst mahkeme olarak görev yaptığı anlamına gelmiyor. İlk derece mahkemesi olarak görev yapıyor kanaatindeyim.

Buradan şuna gitmek istiyorum: Aslında bu davda - bizim bölge adliye mahkemesi olarak görev yapsa ki şu anda kurulmadı- istinafin verebileceği kararlar bellidir. Ya kendisi yerine geçer, kararı kaldırır ya geri gönderir ama burada iptal kararı veriliyor, bir hakem kararının iptali var. Dolayısıyla bu bir olağan kanun yolu değil. Bu, aynen yargılamanın iadesinde olduğu gibi, aslında inşai bir dava, özel bir dava türü hakem kararının iptali davası.

Şimdi, bu noktadan baktığımızda diyorum ki: İptal davası yolunu açtınız, onun üstüne bir de Yargıtayda temyiz yolu açtınız. Üstelik iptal sebepleri ile temyiz sebepleri birebir aynı. Hatta şunu da söylüyor Kanun: Temyiz, iptal sebepleriyle sınırlı yapılır. Dolayısıyla bir iptal sebebi, bir mahkemede tartışılacak, arkasından tekrar Yargıtay’da tartışılacak. Bunun, tahkimden beklenen hız ve tahkimin istediği sonuca bir an evvel ulaşma amacıyla bağdaşmayacağı zaten herhalde açık.

İptal davasıyla ilgili olarak da, bölge adliye mahkemesi yok. Ne olacak? Aslında burada bir boşluk var. Çünkü HMK geçici madde 3/3’e baktığımızda

diyor ki: “Bu Kanun’da bölge adliye mahkemesine görev verilen hallerde 1086 sayılı Kanun’un bu Kanun’a aykırı olmayan hükümleri uygulanır.” Yani bir süre daha Kanun koyucu bu bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar 1086 sayılı Kanun’un –eğer aykırı bir hüküm yoksa- uygulanmasını istiyor. Birinci sorun, bir aykırılık varsa ne olacak; bu açık değil. İkincisi, hakem kararlarına karşı iptal davası ilk defa öngörülmüş bir yol. Dolayısıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda var olan bir düzenleme değil. Onun için, aslında görev bakımından bir boşluk var burada teknik anlamda. Ama mahkemelerin görevi de kanunla tespit edilir, kamu düzenindedir. Biz vatandaşa “Hayır, iptal davası açacak mahkememiz yok, sen bu davayı açamazsın” diye bir yorum da yapamayacağımıza göre, bence bu noktada HMK’nın genel hükümlerine, 1 ve devamına gidip mal varlığına ilişkin davalardaki görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesi olduğu için, asliye hukuk mahkemesini görevlendirmek gerekir diye düşünüyorum. Kaldı ki, bu da bir ilk derece yargısı gibi görünüyor iptal davası yolu olarak. Dolayısıyla asliye hukuk mahkemesi olmalıdır diye düşünüyorum.

Asliye hukuk mahkemesine bu dava açıldı; iptal sebepleri neler? İptal sebeplerine de baktığımızda da, gerçekten çok ilginç, aslında Yargıtay’ın temyiz sebepleri olarak da uyguladığı pek çok sebep aynı şekilde iptal sebepleri olarak görünüyor. Genellikle de iptal sebepleri aslında usule aykırılık. Hani o biraz gözettiğimiz, daha doğrusu önemseydiğimiz adil yargılanma hakkına riayet edilmesi. Adnan Bey de değindi, işte hukuki dinlenilme hakkı, silahların eşitliği, usule eşitlik ilkesine riayet edilmesi. Çünkü devlet yargısına paralel bir yargılama yapıyoruz, yargılamadaki temel usuli hak ve güvenceleri gözetiyor kanun koyucu, öyle bir yaklaşımı var.

Kanun’un gerekçesinde de şunu söylüyor: “*Hukukun uygulanması kontrol edilmez ne temyizde ne iptalde. Dolayısıyla hakemler hukuku doğru uyguladı mı uygulamadı mı buna bakılmaz. Zaten tahkim yoluna gidenler bu riskin varlığını bilirler. Bu nedenle tahkim yoluna giderler*” Fakat madde metinlerine geldiğimizde, iptal davasına ilişkin –ki iptal ile temyiz zaten paralel- burada da şöyle bir sıkıntımız var, gene Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndan ayrıldığı bir nokta var: Milletlerarası Tahkim Kanunu iptal sebepleri tıpatıp aynı, hiçbir fark yok. Bir farklılık şu: Orada “*Mahkemeye resen göz önüne alınacak iptal sebepleri ve tarafın ileri süreceği iptal sebebi*” Oysa bizim HMK’ya baktığımızda böyle bir ayırım yok, hepsini peş peşe yazmış. Dolayısıyla acaba mahkeme resen göz önüne alabilecek mi iptal sebeplerini, yoksa mutlaka iptal isteminde bulunan kişi mi bunları ileri sürecektir?

Şimdi, biraz evvel çok örnek verdi Adnan Bey, ben de orada bir hükmü hatırlatma ihtiyacı duyuyorum, başında da söylemeyi unuttum. Bir düzenleme yaptı gene MTK'ya paralel, “Uygulanmayacak Hükümler” başlığı altında. Aslında son derece önemli. HMK'nın 444. maddesi şöyle bir sınırlama getirdi: “Siz bu Usul Kanunu'nu, HMK'yi tahkimde uygulayamazsınız. Ben açıkça öngöreğim. Uygulanacak halleri belirtiyorum. Bunu belirttiğim haller dışında siz HMK'yi uygulayamazsınız.” Yani bir devlet yargılaması yapar gibi yargılama yapamazsınız. Onun için, bu tahkimle ilgili özellikle dikkat çekmek istediğim husus, bu 444. 444, açık bir sınır koymuş “Uygulanamaz” diye. Dolayısıyla yorum yaparken, HMK hükümlerinin yorumunu yaparken de bu konuda dikkat etmek, özen göstermek gerekiyor.

Demek ki şimdi burada sorun şunda toplanıyor: Acaba ne olacak, hâkim dikkate alabilecek mi, yorum yapabilecek mi yapamayacak mı? Şimdi, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hâkimin resen göz önüne alacağını bildirdiği iki sebep var; bir tanesi, kamu düzenine aykırılık. Diğeri ise hakem veya hakem kurulunun tahkime elverişli olmayan bir hususta karar vermiş olması. Tahkime elverişli olmama ve kamu düzenine aykırılık halinde hakem kararının resen de iptal edileceğini Milletlerarası Tahkim Kanunu söylüyor ama HMK'da bu yok. Tabii, burada da herhalde aynı sonuca varmak uygun olacak. Söylediğim gibi, bizi sınırlayan hüküm aslında 444. madde o kadar elimizi kolumuzu bağlıyor ki, burada yorum yaparken elbette biraz daha dikkat etmemiz gerekiyor. Ama şu da bizim için önemli: Kanun koyucu esas olarak iptal sebeplerinde, işte hukuki dinlenilme hakkına uygun davranılmaması, hakemlerin kendi yetkilerini aşmış olması veya tahkim sözleşmesinin kapsamı dışında kalan bir hususta karar vermiş olması =Hocam bahsettiler- tahkim sözleşmesinin geçersiz olması gibi hallerden söz ediyor. Fakat burada, özellikle bu “Yetkilerini aşmış olması” ibaresi, aslında 533.maddede de vardı. İşte bu “Yetkilerini aşmış olma”dan yola çıkarak Yargıtay temyiz sebeplerini genişletmişti. Dolayısıyla Yargıtay bakış açısını değiştirmedeği sürece aynı; yetkilerini aşma gerekçesiyle gene maddi hukuk denetiminin yapılması mümkün gibi görünüyor; uygulama bunu gösterecek.

Bir başka mesele: Kararın kamu düzenine aykırı olması. Aslında, hani çok fazla bu iptal mantığında şu var: “Usulî sebeplerle karar ortadan kalksın, temel yargılama garantilerine uygun davranılsın” Kararın içeriğine çok dahil etmek istemiyor aslında iptal müessesesi. Ama iki yerde kararın esasına girdiğini görüyoruz. Bunlardan bir tanesi, 439'un (e) bendinde tahkim

yargılamasının usul açısından sözleşmede veya bu yönde bir sözleşme bulunmaması halinde bu kısımda yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmediği ve bu durumun kararın esasına etkili olduğu yani bizim bu nispi temyiz sebeplerine benzer bir düzenleme kararın esasına etkili olması. İkincisi de, kararın kamu düzenine aykırı olması halinde zorunlu olarak karşımıza “Acaba Yargıtay bu incelemeleri yaparken, kamu düzeni kavramını incelerken, kararın kamu düzenine aykırı olmasını incelerken ve karara etkili olmayı incelerken kararın içeriğine de girecek mi? Maddi hukuka yönelik karar verecek mi?” Ki, bu noktada işte MTK ile HMK’nın farklı olmasının bir avantajı var belki, milletlerarası tahkimdeki kamu düzeni kavramı ile iç hukuktaki kamu düzeni kavramının farklılaştığını burada görüyoruz. Elbette, işte örneğin kararın gerekçesiz olması veya yine Yargıtay’ın geçmiş dönemde kamu düzeni olarak gördüğü, işte bir hâkimin hakemlik yapması örneğinde olduğu gibi, kamu düzenine aykırılık kriterlerini burada gene Yargıtay kararlarıyla belirlemek mümkün.

Yani şunu söylemek istiyorum: İptal, temyiz aynı anlama geliyor artık, hiçbir farkı yok. İkili bir sistem ve uzatılmış bir sonuç öngörülüyor.

Karar düzeltmeye ilişkin aslında şöyle söylenebilir: HMK 1086’yı uygulayacağız ama karar düzeltmeyle ilgili de hakem kararlarına karşı karar düzeltme söyleniyordu 440’ta. Şimdi artık iptal davası sonucunda verilen karar bir mahkeme kararı olduğu için burada gidilip gidilmeyeceği tartışma konusu olabilir. Ama işte, “*Tahkimle ilgili mahkemenin vermiş olduğu kararlar*” ibaresi var, oradan belki amaca uygun biraz yorum yapılarak elbette tahkime bu iptal davası üzerine verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği rahatlıkla söylenebilir ama gene de tartışılabilir.

Bunun dışında, olağanüstü kanun yolu bakımından ise, yargılamanın iadesiyle ilgili değişiklik yaptı kanun koyucu. Yargıtay’ın uygulaması doğrultusunda bir değişiklik yaptı ve yargılamanın iadesi sebepleriyle ilgili HMK’ya atıf yaptı. Bunlardan bir kısmını hariç tuttu. Bu hariç tuttuklarını da anlamak mümkün değil. Örneğin, bir senedin sonradan ele geçirilmesi halini bunun dışında tuttu veya kesinleşmiş bir mahkeme kararının başka bir mahkeme kararıyla kaldırılması halini hariç tuttu. Dört tane bendi hariç tuttu, onları anlamak çok mümkün değil. Dedi ki: “*Ön incelemeyi mahkeme yapacak, yargılamanın iadesi sebebinin olup olmadığını tespit edecek, ondan sonra da bu konuda hakemler yeniden oluşturularak karar verilecek.*” biçiminde yeni bir düzenlemesi oldu yargılamanın iadesiyle ilgili.

Yargılamanın iadesiyle ilgili olarak da şöyle bir genel atıf yaptı: “*Nüteliliğine*

uygun düştüğü ölçüde uygulanır” dedi. Bu anlamda, örneğin HMK’da üçüncü kişilerin yargılamanın iadesini isteyebilmesi mümkündür. Bu çerçevede, niteliğine uygun düştüğü ölçüde hakem kararının yargılamanın yenilenmesi yoluyla iptalini bir üçüncü kişinin de isteyebilmesi mümkün olmalıdır diye düşünüyorum.

Sabrınız için çok teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

ALİ RIZA YÜCEL : Biz de Sema Hocamıza çok teşekkür ediyoruz verdiği güzel, değerli bilgiler için.

SORU-CEVAP BÖLÜMÜ

Öncelikle Kemal Dayınlarlı Hocamın elinde bulunan birinci soruya cevap vermesini rica ediyorum.

PROF. DR. KEMAL DAYINLARLI – Sayın Başkanım, bana sorulan soru: “Joint venture ile konsorsiyum arasında sorumluluk bakımından fark var mı?”

Evet, fark var. Şöyle ki: Joint Venture konusu doktora tezimin konusudur. Bunu anlatabilmek için muhakkak surette joint venture’nin şeklini çizmek gerekecektir. Joint Venture her ne kadar bize Amerika’dan geldi diye bilinirse de bunun menşei İskoçya hukukudur. Joint Venture İskoçya’da bir hukukî müessesenin adı olarak bilinir. *Joint Venture* nedir dersek, esası, *Joint Adventure*’dır, yani müşterek maceradır. Çünkü, sorumluluk bakımından söyleyeceğim, bu müşterek macera İskoç hukukundan İngiltere hukukuna alındı. Oradan da ABD hukukuna girdi, Amerika’dan da tüm dünyaya yayıldı. Biz de ortak girişim Joint Venture olarak nitelendiriyoruz. Bunun ani olarak tüm dünyaya yayılmasında bir sebep var. Joint Venture’de birkaç ortak bir araya gelirler, belli bir iş vardır -Bu, eser sözleşmesi olabilir, ticari bir iş olabilir- ve bunu doğrudan doğruya müşterek ve müteselsil sorumlulukla yaparlar. Bir an için iş sahibini düşünelim; bu bir kamu kuruluşu olsun, kamu kuruluşu Joint Venture’i tercih edebilir. Tercih etmesinin sebebi de, o yabancı ülkelerdeki ortakların mutlak surette tümünü bir araya getirmek ve bunların iş bitinceye kadar müşterek ortaklıktan ayrılmalarını önlemek ve her bir ortağı işin tamamından sorumlu tutmaktır. Bu durumda Joint Venture’i teşkil eden ortakların her biri işin tamamından sorumludur. Bir ortak Joint Venture’dan ayrılrsa bile diğer ortaklar işin tamamını ifa edecekler ve Joint Venture’dan beklenen sonucu elde edeceklerdir. İşin ifasından kaçamazlar, çünkü işin tamamının sorumluluğunu üzerlerine almışlardır. Yalnız arada şöyle bir fark vardır: Joint Venture’yi kabul eden ortaklar işin değişik bölümlerini yaptıkları için yapılacak iş içinde bilmedikleri konular da vardır. Diyelim ki, bir hafriyatçı veyahut bir malzeme temincisi, makine temincisi, bunların her birinin uzmanlık alanı farklıdır ama hepsi aynı işi yapmak zorundalar ve her biri de müşterek ve müteselsil olarak işin tamamından sorumludurlar. Onun için ortakların her biri derler ki: “*Benim uzman olduğum işin dışında bir konu var, bilmediğim konu olunca...*” Sözleşmeye bakarak der ki: “*Uzmanı olmadığım konunun riskini üzerime almayayım. Onun için bilmediğim iş içindeki riski karşılamak için fiyatı artırayım*” Ortaklardan her biri uzmanlık alanına girmeyen işin fiyatını artırır. O zaman ne olur? Doğrudan doğruya iş sahibi işin zamanında, ayıpsız ve noksansız ifası için

bu fiyatlara razı olur. İş sahibinin de bu fiyatlara razı olması, ifa esnasında bazı ortaklar ayrılmaya durumunda kalırsa, iflas ederse, diğer ortaklar onların işlerini de yapmak zorundadırlar. Bu neden böyledir? Çünkü örneğin, bu konularda iş sahibinin acele ürüne ihtiyacı vardır, onun en kısa zamanda imalata geçmesi menfaatindedir. Bu nedenle paranın miktarına bakmaz, işin bittiğine bakar. O zaman onları da sorumluluk altında tutar. Demek ki, Joint Venture’de müşterek müteselsil sorumluluk vardır. Buna şimdi “Birlikte ve dayanışmalı” sorumluluk diyoruz. Çünkü Joint Venture’ın işi gerektiriyor.

Peki, konsorsiyum olduğu zaman ne olur? Konsorsiyumda da gene aynı şekilde ortaklar işin belli bölümlerini yapmak zorundadırlar. Ama örneğin, elektrik işlerine bakan o işi bilir, ona göre teklif verir; diğer ortak kendi işi ne ise, hafriyatçı hafriyat işine bakar, makineci makinenin işine bakar... O zaman şöyle bir durumla karşı karşıya kalıyoruz, serbest rekabet düşüncesi ile teklif veren gruplar işi almak için fiyatlarını indirirler. Çünkü işin ifasındaki her ortak için risk faktörü Joint Venture’a göre daha azdır. İş sahibinin bu işine gelir çünkü hem sağlam, yani eser sözleşmesindeki işin tamamen ifa edilmesine bakar ve aynı zamanda fiyatların da mümkün olduğu kadar az olmasını ister. Teklif veren diğer ortaklar da böyle düşündükleri için bir serbest rekabet ortamı doğar. O takdirde sorumluluklar da her ortağın yaptıkları işlerin sorumluluğu olur. Burada müşterek sorumluluk vardır fakat müteselsil sorumluluk yoktur. İşte Joint Venture ile Konsorsiyum arasındaki yegâne fark budur.

Bunu neden böyle yapıyoruz? Çünkü Türk müteahhitleri de yurt dışında iş yapıyorlar, bunlar da ya Joint Venture yapıyorlar veya sorumluluklarını sınırlamak için konsorsiyum yapıyorlar. İşte bu nedenle bunlar arasındaki farkı da bilmelerinde fayda var.

Benim bu konuda söyleyeceklerim bunlardır.

ALİ RIZA YÜCEL : : Teşekkür ederiz.

PROF. DR. YÜKSEL ERSOY – Efendim, bana yöneltilen soruda “Bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar 407 ve devam eden maddelerdeki mahkeme hangi mahkemedir? 418’deki mahkeme hakemi seçen mahkeme mi, aynı nitelikteki herhangi bir mahkeme mi? Hakemi 1. asliye veya 1. asliye ticaret seçmiş ise incelmeyi 1. asliye hukuk veya asliye ticaret mi, yoksa herhangi bir asliye hukuk veya ticaret mi inceleyip karara bağlayacaktır?” diye belirtilmektedir.

Soru haklı bir soru, yerinde bir soru. Ben kendi bilgim çerçevesinde şunu söyleyebilirim: Öncelikle bu sorunun kanun koyucuya sorulması gerekir diyeceğim. Çünkü kanun çıkarılırken bu konuya açıklık getirilmemiş. Sadece herhalde biliyorsunuzdur, Usul Kanunu'na eklenen geçici 3. maddeyle, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamamış olması nedeniyle iptal davası açılmayacağını görmesi sonucu 6217 sayılı Kanun'la 31.3.2011 tarihinde yani Kanun'un yürürlüğe girmesinden altı ay kadar önce şu hükmü getirmiştir : “Bölge adliye mahkemelerinin 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanun'un temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur...”

Biz bir tahkim davamızda ve iç tahkim yani ulusal tahkim davasında hakemin vermiş olduğu karara karşı temyiz yoluna gittik, 15. Hukuk Dairesine. Çünkü şu anda bugünkü durum itibarıyla bu Geçici madde hükmü dolayısıyla iptal davası açılmıyor, temyiz usulü halen yürürlükte. Bölge adliye mahkemeleri göreve başlayınca kadar iç tahkimde verilecek kararların kanun yolu temyiz, mercii de Yargıtay. Dolayısıyla Kanun Koyucu bu geçici hükmü getirmek suretiyle konuya çözüm getirdi. Ama görevli mahkeme olarak 407 ve müteakip, özellikle 410. maddede açıkça “Görevli ve yetkili mahkeme bölge adliye mahkemesidir.” diyor.

Şimdi, böyle olunca ve bu mahkeme de kurulmamış olduğuna göre, Kanun'da geçen her “Mahkeme” sözü bu bölge mahkemesine atıfta bulunuyor. Dolayısıyla bir yorum yapılmadıkça sonuca varmak zor. Aslında kanun konusu, kanun iptal davası konusunu temyizle halletti ama şu anda kurulmamış mahkemeler, diyelim ret konusunda, hakem tayini konusunda görevli görünüyor. Onun yerine hangi mahkeme bakacak? Bu bir soru işareti olarak devam etmekte şu anda. Benim bilgim böyle. Sayın Ayvaz'ın belki yorumları olabilir.

Ben kendilerine aktarıyorum.

DOÇ. DR. SEMA TAŞPINAR AYVAZ – Teşekkür ediyorum Hocam.

Aslında, gerçekten iptal davasıyla ilgili de fikrimi söylerken belirttim. Bence şu anda iptal davası açılacak merci yok. Dolayısıyla hani bir görüş çok rahat diyebilir ki: “*İptal davası açılmıyor, kanunun öngördüğü enstrüman henüz şu anda kullanılamaz.*”

Benzer şey bilirkişilerin sorumluluğunda da var. Bilirkişilerin kasten gerçeğe aykırı rapor vermesi halinde de devlete karşı dava açılacağı hükmü getirildi ve bölge adliye mahkemesinde açılacağı düzenlendi. Bu da aynı belirsizliği ve sıkıntıyı yaşıyor bize.

Gene, temyize ilişkin hükümler, ihtiyati tedbirden dolayı kanun yollarıyla ilgili benzer sıkıntıları yaşıyoruz. Dolayısıyla bu geçiş hükümleriyle ilgili önemli bir sorunumuz var ama bunu, nasıl çözeceğiz noktasında çözüm üretmeye çalışıyoruz. Burada geçici 3. maddenin birinci fıkrası var. Birinci fıkra diyor ki: “Kuruluncaya, göreve başlayınca kadar temyize ilişkin hükümler uygulanır”. Onda sorunumuz yok, ama bizi ilgilendiren fıkra bu Kanun’da bölge adliye mahkemesine görev verilen hallerde ne olacağı meselesi. Burada da diyor ki: “Bu Kanun’da bölge adliye mahkemesine görev verilen hallerde 1086 sayılı Kanun’un bu Kanun’a aykırı olmayan hükümleri uygulanır”. Dolayısıyla şimdi sizin sorunuza gelecek olursak: Öncelikle 410. madde var. Tahkimde her konuda bölge adliye mahkemesini yetkili ve görevli kabul etmiş kanun koyucu.

Bence burada şöyle bir değerlendirme yapabiliriz: 1086’da mahkemeye verilen bu görevin bir karşılığı var mı yok mu? Oradan hareket ediyorum. 1086’da bu konuda yine bir düzenleme var idiyse, 1086’nın hükümlerini ve görevini uygulayacağım. Çünkü geçici 3/3 diyor ki: *“Kuruluncaya kadar bölge adliye mahkemesine görev verilen hallerde 1086 sayılı Kanun’un bu Kanun’a aykırı olmayan hükümleri uygulanır”*. Yani mahkemeye başvurma, mahkemenin yardımını isteme 1086’da da vardı. Orada hangi mahkemeden istiyor idiysek bu müessesede, oraya gideceğiz, asliye hukuk, asliye ticaret veya sulh hukuk; tek bir mahkeme yok, duruma göre. Ama meselemiz 1086’da bunun karşılığı olan bir hüküm yoksa veya 1086’da hiç olmayan bir düzenleme gelmişse ne olacak? Çünkü bu geçici 3/3 ona cevap vermiyor. Aykırı olmayan hükümleri uygulanır... Aykırı ise ne olacak? Uygulanmayacak. Peki, o zaman ne olacak? O belirsiz. Mahkemelerin görevi de kanunla belirlenir. Kanun’la *“Tahkim yeri bölge adliye mahkemesi”* demişsiniz, ortada mahkeme yok. Şimdi, görev konusunda da aslında ne yorum yapmak mümkün ne de kamu düzeninden olduğu için de üzerinde tasarruf etmemiz mümkün. Olsa olsa diyorum, hani zorlayarak yorum yapıyorum: Vatandaşın da konulan bir hukuki müesseseden yararlanamaması sonucunun da doğmaması lazım diye düşünüyorum, o nedenle böyle bir yorum yapıyorum. Yoksa, Hocamın söylediği gibi, aslında çok rahatlıkla *“Şu anda iptal davası açılmaz”* demek çok mümkün diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum.

ALİ RIZA YÜCEL : Teşekkürler.

SELİM SARIKAYA – Hakemin reddiyle ilgili daha önce böyle bir ayrıntı yok. Şimdi “Mahkemeye başvuracak” diyor, Yani bilirkişinin reddinde olduğu gibi, bilirkişiyi seçen hakem mi, hâkim mi karar verecek? Yoksa tevziden o dosyanın düştüğü aynı seviyedeki herhangi bir mahkeme mi karar verecek? Cevap istediğim soru bu efendim.

DOÇ. DR. SEMA TAŞPINAR AYVAZ –

Aslında tevziden bu işin çözülmesi gibi geliyor bana ama bilmiyorum Adnan Bey ne der. Çok da kesin bir şey söyleyemiyorum 1086 ile karşılaştırarak ancak gidebiliriz diye düşünüyorum.

SELİM SARIKAYA : Mahkemelerin arasındaki ilişki görev ilişkisi haline dönüştürüldü. Kaldı ki bizim fıkri ve sınai haklar mahkemelerimiz, denizcilik ihtisas mahkemelerimiz var. Bunlar arasındaki ilişki de görev ilişkisi. Hangi mahkemeye iptal davası açacak? Konusuna göre mi? Diyelim ki, fıkri ve sınai haklarla ilgili bir tahkim var önümüzde ya da deniz taşımasıyla ilgili bir tahkim var, o zaman kim buna karar verecek? Hangi mahkemeye başvuracak? Sizin dediğiniz iyimser yorumu yapar isek?

DOÇ. DR. SEMA TAŞPINAR AYVAZ : Aslında şunu itiraf edeyim: Ben bu tebliği hazırlarken öncelikle; “Bu dava hiç açılmaz” görüşünden yavaş yavaş geldim, “*Olur mu, hukukçu olarak bir çözüm üretmemiz gerekiyor. Yargıtay’ın önüne gelecek, çözüm üretecek*” diyerek, “*Evet*” dedim. Sonra da ama özel görevli mahkemeler var, ki tahkimde ticari olması çok muhtemel, aynı görüşe doğru geldim. Fakat ben görüşümü genel olarak HMK 2.maddesine dayandırdığım için genel görevli mahkemeden gitmek durumunda kaldım. Kendi görüşüm içerisinde tutarlı kalabilmek için. O nedenle Asliye Hukuk Mahkemesi diye yorum yaptım. Ama tekrar söylüyorum, bu bir yorum. Yani şu asliye hukuk mahkemesi yorumunu MTK’ya dayalı olarak da yapanlar var. Çünkü orada zaten iptal davası açma hakkı Asliye Hukuk Mahkemesi’ne verilmiş, orada görülebiliyor. Fakat bu da ikna edici ve yeterli bir gerekçe değil. Esasında ciddi bir boşluk ve sıkıntı olduğu kesin. Ama ben genel olarak 2. maddeye dayanarak HMK madde 2’ye, mal varlığına ilişkin davalarda genel görevli genel kuralımızdan hareket ederek asliye hukuk dedim. Yoksa dediğiniz sıkıntıların farkındayım, ben de düşündüm onları.

DOÇ. DR. ADNAN DEĞNEKLİ: İptal davasına konu olan buradaki

hakem kararı, hakem kararı olduğu için davanın uyuşmazlığın içindeki ilgili hususlar ticari dava olsun veya fikrî ve sınai haklar konusunda olsun, burada içeriğe ilişkin bir denetim yapılmayacak. Burada, iptal sebepleri var mı yok mu, ona bakılacağı için bence uyuşmazlığın içeriğinin çok fazla önemi yok. Ben de bugün itibarıyla asliye hukuk diyorum ama ayrıntılı bir değerlendirme yapmadım. Ben de asliye hukuk mahkemesi olduğu görüşündeyim, çünkü içeriğe ilişkin bir şey yok.

SELİM SARIKAYA: Sınırlı incelenmiş olmasına rağmen, diyoruz ki: Ticari bir tenfiz söz konusu ve yabancı mahkemenin kararı, ticaret mahkemesi görebilir görevli olarak ya da aile hukukuyla ilgiliyse aile mahkemesi görevli diyoruz.

DOÇ. DR. ADNAN DEĞNEKLİ : Şimdi, aile hukukuna ilişkin özel düzenleme var ama, diğerleri yönünden, ticari hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde aslında yapılacak inceleme tek, Yargıtayın yapacağı inceleme de tek. Yargıtayda da daire daire ayırıyoruz, inceliyorlar. Aslında yapılacak olan inceleme belli. Yani dairenin uzmanlığını ilgilendiren bir şey yok, her dairenin alanına girebilir bu, çünkü hepsi aynı incelemeyi yapacak. Onun için, burada böyle aslında ama dediğimiz gibi bu uygulama da yerleşmiş durumda. Özellikle yabancı hakem kararlarının ve tenfizinde özellikle ticari hakem kararlarında böyle bir ayırım yapıyoruz ve uyguluyoruz.

ALİ RIZA YÜCEL : Adnan Bey'e teşekkür ediyoruz.

Buyurun Kemal Hocam.

PROF. DR. KEMAL DAYINLARLI : Efendim, Sayın Hocamızın düşüncelerine aynen iştirak ediyorum. Bizim yıllar süren tahkim uygulamamızda ben de hakemlik yapıyorum, şuna kanaat getiriyorum ve böyle olmasının da daha doğru olduğunu düşünüyorum, zaten tatbikatımız da böyle: Sonuç olarak iptale ilişkin sebepler belli. İptal davası ise tahkim yerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde açılır. Halen, tatbikat bu şekilde yürüyor. Bazen asliye hukuk mahkemesi ticari işler dolayısıyla "Bu bir ticari iştir" diyor, oraya gönderebiliyor. Şimdi, asliye hukuk mahkemesine gitmesi çok daha doğru görünüyor. Ama şöyle bir sıkıntımız var: Asliye hukuk mahkemeleri belli işlere bakıyorlar gayet tabii, kendilerine kanunla verilen işlerine bakıyorlar. Ama ticari işlerin ticaret mahkemelerine gitmesinde büyük fayda var. Ama her yerde ticaret mahkemesi olmadığına göre asliye hukuka gitmesi zorunluluğu doğuyor. Tahkim yeri neresi ise tahkim yerindeki asliye hukuk mahkemesine müracaat etmek gerekiyor.

Sonra, tahkimde verdiğimiz nihai kararlar da mahkemede muhafaza ediliyor. Peki, nerede muhafaza edeceksiniz? Asliye hukuk mahkemesinde muhafaza edeceksiniz. Yalnız bana göre, uygulamada yıllar yılı karşılaştığım husus da şöyle, o İsviçre Federal Mahkemesi'nde de aynen var... Şu husus çok önemli: İsviçre'de verilen hakem kararları, arada başka bir merci yok, doğrudan doğruya Federal Mahkeme'ye gidiyor ve orada belli bir daire bakıyor. Ama tabii ki Federal Mahkeme'nin birçok daireleri var. Ama tahkime belli bir yer bakıyor. Onun için, orada ihtisaslaşıyorlar ve çok ciddi çalışıyorlar. Şöyle de söyleyebilirim, mesela benim orada karşılaştığım bir tahkimde: Dosya, Federal Mahkeme'ye gidiyor, Federal Mahkeme inceliyor, diyor ki: “*Belgeler arasında Almanca yazılmış olanlar var. Bunun tahkim dili olan İngilizce karşılığı şudur...*” diyor. Kendisi tercüme ediyor orada, başka bir yere göndermiyor. Niçin? Çünkü konuyu biliyor, ihtisaslaşmış ve verdiği kararlar da sağlam kararlar oluyor.

Bizim tatbikatımızda da benim kanaatime göre, eğer dosya asliye hukuk mahkemesine gidecekse: “*Bu tahkim işlerine 1. Asliye Hukuk Mahkemesi bakar, 2. bakar...*” denilmeli ve oraya da tayin edilecek olan hâkimlerin, özellikle yabancı dil bakımından çok ihtisas sahibi olmaları gerekiyor ve bu konuyu da çok iyi bilmeleri, uzmanlaşmış ve tahkim konusuna gönül vermiş olmaları gerekiyor. Şimdi ise büyük şehirlerde tabii bilgisayarla dağıtım yapıldığı için bazı dosyalar değişik yerlere gidebiliyor, yani Asliye Hukuk Mahkemelerine gidiyor. Ama o Asliye Hukuk Mahkemesi daha önce tayin edilen ve mutlaka onun bakması lazım gelen ve ihtisaslaşmış olmadığı için görevi zorlaşıyor. Çünkü bir hâkimden ihtisas sahibi olmadığı bir konuda görev yapmasını istiyoruz. Düşünelim ki, asliye hukukta görülen bir dava var, o dava hiç bu konularla ilgili değil. Diyelim hâkim bir günde 30 ayrı dava dosyası ile duruşma yapıyor, bunlardan hakemlikle ilgili olanları seçmesi pek mümkün olmuyor. Kanaatime göre, bir davaya eğer asliye hukuk bakacaksa belirli bir asliye hukuk mahkemesi bu konuda daimi olarak görevlendirilebilir.

ALİ RIZA YÜCEL : Teşekkür ederiz.

DOÇ. DR. ADNAN DEĞNEKLİ : Bir soruya daha hemen kısa kısa cevap vereyim.

“Hakem kurulunun belirlenmesinden sonra, hakemlerin ilk toplantıyı gerçekleştirmesi için öngörülen bir süre var mıdır, varsa bu süre ne kadardır?” Böyle bir süre öngörülüyor.

427. maddesinde ilk toplantıdan bahsediyor; “Hakem kurulu olacaksa

hakem kurulunun ilk toplantısından itibaren bir sene içinde karar vermesi gerekir” diyor. Ama ilk toplantının ne zaman yapılacağı konusunda açıklık yok.

Hakemlerin sorumluluğuna baktığımız zaman orada diyor ki: “Hakemin sorumlu tutulabilmesi için görevi yerine getirmekten kaçındığı takdirde” Belki şu düşünebilir: En azından hakemin görevi yerinden kaçındığı varmayacağı bir süre, ama tabii makul bir sürede bu toplantıyı yapması gerekir.

Diğer soru da Nesibe Hanım’ın sorusu: “Burada 428. maddedeki somutlaştırma yükü açıkça düzenlenmemiştir. Taraflar iddia ve savunmalarının dayanağı vakiaları dilekçeleriyle hakeme veya hakem kuruluna sunar. Tahkimde HMK madde 194’te düzenlenen vakiaları ispata elverişli olarak somutlaştırma esası geçerli midir? Bu esasın yerine getirilmemesinin bir yaptırımı var mıdır?”

Evet, hem HMK’nın 119/e maddesinde hem de 194. maddede somutlaştırma yükü düzenlenmiş ama 428. maddeye baktığımız zaman, “İddia ve müdafaaları serbestçe değiştirebilir.” diyor. E, değiştirebildiğine göre çok böyle açıkça belirtmese de olur fakat en azından da hakemin uyumsuzluğu anlayacağı kadar açıklanması gerekir, açık değilse de hakem açıklattırarak. Örneğin, davacı gelmezse, aynı aydınlatma yükümlülüğü gibi, bu konuda açıklama isteyebilir.

Burada sorun -değinme fırsatımız olmadı- belki Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki gibi bir görev belgesi düzenlenmesi belki düşünülebilir. Çünkü o görev belgesinde uyumsuzluğun ne olduğu tanımlanıyor ve taraflar altını imzalıyor. Belki böyle bir görev bölgesi düzenlense veya ön inceleme gibi bir hakemler bir inceleme yapıp da uyumsuzluğu belirlese uyuşulduğu, uyuşulmadığı noktaları tespit etseler belki daha uygun olur. Ama Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 10/e maddesinde yer almasına rağmen, HMK’da görev belgesine yer verilmemiş. Onun için, bu konuda bir eksiklik gözüküyor.

ALİ RIZA YÜCEL : Teşekkür ederiz.

Kemal Hocama Nejat Bey’in bir sorusu var, okuyorum:

Yeni HMK’ya göre taraflar hakem kurulu kararı verinceye kadar iddialarını genişletip değiştirebiliyorlar. Sizce bu uygulama doğru bir uygulama mı?”

Doğru bir uygulamamış!..

PROF. DR. KEMAL DAYINLARLI : Efendim, bu konu doğrudan doğruya –diğer hocalarımız da

bahsettiler- milletlerarası uygulamadan geliyor. şimdi, UNCITRAL kurallarını aldığımız zaman, gerek uzlaşma kuralları gerekse tüzüğü gerekse model kanunu, ICC kurallarına aldığımız zaman, ICC kurallarında da var. Bunlar zaten birbirleriyle düşünüyörlar ve kuralı öyle getiriyörlar.

Bizim bu yeni gelen kuralımız da onlara paralel olarak getirilmiş bir kuraldır. Mesela, ICC kurallarında görev belgesi yapılcaya kadar, hatta bizim Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda da –biraz evvel Hocamızın söylediği gibi- taraflar isterse görev belgesi yapıyörlar, çoğu kez istiyörlar veya hiçbir şey söylemedikleri zaman da Görev Belgesi yapılıyor. Görev belgesinde taraflar ve hakem mahkemesi bir araya geliyor ve taraflar bu toplantıda *terms of reference*'ın ne olduğunu öğreniyor ve bunun çerçevesini çiziyörlar. “Ben nereye bakacağım, ne yapacağım? Taraflar hakemlere hak ve nasafet kurallarına göre yetki vermişler mi? Taraflar ne diyor?” İşte görev belgesinin yapılıp taraflarca ve hakemlerce imzalanmasına kadar, doğrudan doğruya taraflar taleplerini değiştirebilir ve genişletebilirler, bu mümkündür (MTK m. 10/E). Bu hüküm bizim hukukumuzda da oradan alınmıştır. Ben de bunun doğru olduğunu düşünüyörlar, çünkü bazen öyle durumlar oluyor ki, başlangıçta yapılan bir müracaat sonradan eklemeler yapılmasını gerektirebiliyor. Hiç olmazsa “*Preliminary meeting*” dediğimiz, ön toplantıya kadar veyahut da eğer milletlerarası tahkim ise görev belgesi *acte de mission* veya *terms of reference* dediğimiz bu belgenin yapılışına kadar taraflar bu genişletmelerini yapabilmeliler.

Bu kural 1 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe giren ICC Tahkim Kurallarının 23/4 maddesine göre, Görev Belgesi imzalandıktan sonra taraflar taleplerini ancak hakem mahkemesi izin verirse genişletebilirler.

ALİ RIZA YÜCEL : Teşekkür ederiz.

LEVENT PEKER - Türkiye'deki durumu öğrendik, Türkiye'de daha değişik bir durum onu anlamaya çalışıyorum. şimdi, uluslararası tahkimde daha evvel iptal davası aıldığı takdirde, bir dava kazanılmışsa yürürlüğe girmiyordu, beklemek durumundaydı. Onu şimdi değiştirdiler. şimdi, kazandığımız zaman yürürlüğe sokuyorsunuz ama iptal davası açabiliyor öbür taraf. Türkiye'de böyle bir şey var mı? Ama Türkiye'de daha başka problemler varmış, onu da biraz evvel öğrenmiş olduk. Sorum hangi

mahkeme bakacak, bakmayacak konusuna ilişkindir.

MODERATÖR - Yani şimdi sorunuzun cevabını almış oluyor musunuz?

LEVENT PEKER –Böyle bir kural var mı Türkiye’de?

ALİ RIZA YÜCEL : Bu hususa Kemal Hoca açıklık getirecek.

PROF. DR. KEMAL DAYINLARLI : Affedersiniz, arkadaşım kendisi de açıklayacaktır, kanundaki sistemde kesinleşme şartı değil artık kararın icrası için. Öyle olunca, o dediğiniz sakınca bizde de kalkmış oluyor.

LEVENT PEKER :Cevaplanmış oluyor, evet, tamam o zaman. Teşekkür ederim.

ALİ RIZA YÜCEL : Teşekkürler. Bu konuyla ilgili Sema Hocamın bir ilavesi olacak.

DOÇ. DR. SEMA TAŞPINAR AYVAZ : Aslında bu konuyla ilgili değil de iptal davasıyla ilgili değişikliği dile getirecektim, unuttum. Affınıza sığınarak onu da söylemek istiyorum: Milletlerarası Tahkim Kanunu ile HMK arasındaki bir farklılık, o da, iptal davası açmaktan önceden feragate ilişkin hüküm. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, tahkim sözleşmesi ile iptal davası açmaktan feragat etmek mümkün. Buna karşılık, bizim 1086 sayılı Kanun’da özellikle de tahkim hükümlerinde bu vardı, Kanun “Keenlemyekündür” diyordu. Yani temyizden peşinen feragat geçerli kabul edilmiyordu. Şimdi yeni düzenlemede, HMK’da ne bu hüküm alındı ne de Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki hüküm alındı. Yani şu anda bir boşluk, ne izin verdi ne yasakladı. Milletlerarası Tahkime baktığımızda, orada önceden feragate izin veriyor, ama HMK’ya baktığımızda hiçbir düzenleme yok. Biz burada gene bir yorumla karşı karşıya kalıyoruz. Herhalde burada gene genel ilkelerden yola çıkıp “Bir haktan doğmadan önce feragat mümkün değildir” yorumunu yaparak, Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndan farklı bir yorum yapmak gerekecek diye düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

ALİ RIZA YÜCEL : Çok teşekkür ediyoruz.

Buyurun Yüksel Hocam.

PROF. DR. YÜKSEL ERSOY : Efendim, bu Milletlerarası Tahkim Kanunu’ndaki önceden iptal davasından feragat imkânı da çok sınırlı şekilde tanınmıştır. Yani Kanun’daki ilk cümle öyle başlıyor. Zannediyorsunuz ki

gerçekten prensip olarak karardan önce bu haktan feragat etmek mümkün. Sonra diyor ki: “*Ancak yabancılar söz konusuysa onlar arasında olabilir.*” Türk vatandaşı söz konusuysa, gerçek kişi veya Türk şirketi söz konusuysa bu feragat yine geçersiz oluyor. Onun için, orada da mevcut olan şey yarım yamalak. Yani niçin öyle bir ayırım yapıldı, onu anlamak da mümkün değil.

Teşekkür ediyorum.

ALİ RIZA YÜCEL : Ben bu arada İNTES’e çok teşekkür etmek istiyorum, sebebi de şu: Demek ki, tahkim gerçekten yapılması gereken, işlenmesi gereken bir konuymuş. Hocalarımız da o kadar hazırlıklılar ki, yani onlar da susamışlar tahkim konusuna. Hepinize katılımlarınız için teşekkürlerimi sunuyorum. Buyurun Necati Bey.

İNTES GENEL SEKRETERİ NECATİ ERSOY : Öncelikle biz Ali Rıza Yücel Beyefendiye çok teşekkür ediyoruz, çünkü onun teşvikiyle bu toplantıyı yaptık ve bütün hocalarımıza huzurunuzda teşekkür ediyoruz. Hocalarımız adına günün anısına artık bizim için bir gelenek haline gelen Ağaç dikimi için Ağaçlandırma Genel Müdürlüğü’nün kampanyasına başışta bulunduk. Bu kampanya kapsamında hocalarımız adına dikilecek ağaçlara yönelik olarak hazırladığımız sertifikaların takdimi için **Kamu İhale Kurulu Üyemiz Erkan Demirtaş’ı** rica ediyorum. Çok teşekkür ediyorum, hepinize saygılar sunuyorum.

ERKAN DEMİRTAŞ : Efendim, tabii benden daha üst mertebedekileri de aşmak istemem, hadsizlik yapmak istemiyorum. Beni seçtikleri için Necati Bey’e de teşekkür ediyorum, siz değerli hocalarıma bu sertifikaları takdim etmek için.

Öncelikle, bu önemli konuyu gündemlerine alıp, konuyla önemli, orantılı şekilde, alanın en yetkin uzmanlarını davet ederek bu güzel ortamda başarılı organizasyonu gerçekleştirdikleri için İNTES’e teşekkür ediyorum.

Bu kısa sürede konuyla ilgili olarak söylenmesi gereken her şeyi söyleyip, şu an için söylenmesine pek gerek olmayan hiçbir konuya değinmeden, konunun belli başlı bütün önemli öğelerine değinip örneklerle somutlaştırıp, zenginleştirerek bizim zihnimizde bu konuyu netleştirdikleri için sayın hocalarıma teşekkür ediyorum. Öylesine güzel bir perspektifte sunuş yaptılar ki, hem konunun uzmanları bilgilerini zenginleştirdi hem de kulaktan dolma bilenler için de çok üst seviyede bir başlangıç oldu.

Yeni şeyler öğrendik, bildiklerimizi tekrar gözden geçirmemiz gerektiğini anladık ama daha önemlisi, bu tür çalışmalarda her şey akılda kalmıyor, daha çok bir düşünsel faaliyet silsilesini başlatıyor. Biz buradan ayrıldıktan sonra bu konuyu daha etraflıca çalışmamız, öğrenmemiz gerektiğini de anlamış olduk. Kendilerine saygılarımı sunuyorum, çok teşekkür ediyorum.