

YENİ VE ESKİ HUKUKUMUZDA TAHKİM

(Mukayeseli Etüd)

Asistan Dr. Rabi Koral

TAHKİM TERİMİNİN ESKİ VE YENİ HUKUKUMUZDAKİ ÇEŞİTLİ ANLAMLARI VE «HAKEM MUKAVELESİ» MEFHUMUNUN BUNLARDAN TEFRİKİ.

Eskidenberi tahkim bizde, aralarında uyuşmazlık bulunan iki veya daha çok kişinin bu uyuşmazlığı kaldırmak üzere *üçüncü bir şahsı memur etmelerini* ifade eder [1]. Bu üçüncü şahsın mezkûr kimseler arasındaki uyuşmazlığı *hal ve fasl eylemesi görevine* (yani hakemlik etmeğe) yine tahkim denir [2]. Nihayet tahkim, uyuşmazlıkların resmî sıfatı haiz olmıyan hususî şahıslar tarafından halledilmesini sağlıyan *hukukî müessesenin* adıdır.

Garp hukuk alanında da tahkim terimi bu anlamların her üçünü haizdir. Meselâ Garçonnet [3]: «Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın çözümlünü kanunun yetkili saydığı mahkemelerin elinden alarak kendi seçtikleri bir kimseye *tevdi edebilmeleri* keyfiyetine» tahkim der ki, bu tarif yukarıda zikrettiğimiz tariflerden birincisine, Fransız usulcülerinden Glasson'un, tahkimin: «Taraflar arasında mevcut bir uyuşmazlıkta bunların hâkim diye başvurdukları resmî sıfatı olmıyan kimseler tarafından *hüküm verilmesi*» olduğu tarzındaki tarifi [4] yukarıdaki anlamlardan ikincisine, nihayet etüdümüzün konusunu teşkil eden *hukukî müesseseyi adlandırmak üzere* Fransız Hukuk Usulü Kanununun kullandığı «Arbitrage»

[1] H. U. M. K. m. 516, c. 1; Mecelle m. 1790, *Belgesay M. Resit*, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Serhi, s. 469.

[2] «... Hakemler tahkim eyledikten sonra azledilemez...» *Ziyoeddin Türkzade*; Mecellei Ahkâmı Adliye Serhi, m. 1847 serhi, s. 1181.

[3] *Garçonnet*, *Traité théorique et pratique de procédure* II ed. T. VIII, s. 384.

[4] *Glasson*, E. *Traité théorique et Pratique de procédure civile* 3. ed. cilt V, s. 307.

İtalyan Hukuk Usulü Kanununun kullandığı «Arbitrato» ve 1889 tarihli İngiliz kanununun [5] «Arbitration» terimleri hep H. U. M. Kanunumuzun sekizinci babının başlığını teşkil eden «Tahkim» terimine tekabül ederler.

Tahkim mefhumunun yukarıda tesbit ettiğimiz şekilde birden ziyade anlamı olmakla beraber uyuşmazlıkların hakem aracile halline mâtuf olan bu müesseseyi teşkil eden çeşitli [6] ve muğlâk hukukî rabita ve münasebetlerin hepsini «tahkim» tâbirile ifade etmek yerinde olmaz. Gerçekten, bir üçüncü şahsa hakemlik tefvizinden ibaret bulunan münasebet yanında buna ekseriya takaddüm eden diğer bir hukukî rabita mevcuttur ki, bu da iki tarafın -aralarında halen mevcut veyahut ta ileride doğacak olan bir ihtilâfı hakem marifetile hallettirmek üzere - sözleşmeleri, yani taahhüde girişmeleri yolundaki hukukî münasebetten ibarettir. Münhasıran iki taraf arasında vücut bulan bu karşılıklı taahhüt, mezkûr tarafların hakemle akdettikleri anlaşmadan ayrıdır [7]. Bu itibarla mevzuubahs ettiğimiz münasebeti ifade etmek için «tahkim» den ayrı bir tâbir kullanmamız gerekmektedir. Nitekim yabancı kanunlarda tahkim'e tekabül eden tabirin yanında «compromis», «compromesso», «submission», nihayet «Schiedsvertrag» terimleri [8] kullanılmaktadır.

Mecellenin tahkim bahsinde tarafların ihtilâflarını hakem marifetile hallettirmek üzere önceden birbirleriyle taahhüde girişmeleri şıkkı derpiş edilmemişti [9]. Bu itibarla eski hukukumuzda Fransızcada «compromis» tâbir edilen ve diğer garp hukuku alanlarında da tahkime temel teşkil eden mezkûr hukukî münasebeti ifade etmek için bir tâbire tesadüf edilmez. Belki bundan ötürüdür ki, esas itibarile Neuchatel Hukuk Usulü Kanunundan iktibas edilmiş olan H. U. M. Kanunumuzu ve bunun sekizinci babını kaleme almış olanlar, mehazın altıncı babında derpiş edilmiş olan tahkime ait faslı iktibas ederken «Arbitrage» terimini «Tahkim» tâbirile ifade ettikleri gibi «Compromis» nin de karşılığını teşkil et-

[5] Arbitration Act of 1889, Halsburry's Laws of England sec. I, ed. I, s. 623.

[6] *Garnelutti*, Francesco: Istituzioni del Nuovo Processo Civile Italiano, T. I No. 63-66.

Brachet, Exécution internationale des sentences Arbitrale, s. 5.

Brachet tarafından zikredilen: *Garnelutti*, Arbitrato estero, Rivista di Diritto commerciale 1916, Iere partie, 374 (mezkûr eser, s. 32).

[7] *Seuffert-Walsman*, Zivilprozessordnung Band II, s. 739, No. 6.

[8] Code de Procédure civile Livre Troisième titre Unique. Il Codice di procedura civile, Libro Quatro Titolo VIII. 1889 Arbitration Act. Zivilprozessordnung. Zehntes Such.

[9] *Mecelle*. Kitabülkaza, Dördüncü Bap; *Mecelle* m. 1790.

mek üzere gene aynı terimi kullanmışlar veya, bazı hallerde, «hususî mukavele» [10] ibaresini istimal etmişlerse de bu gibi hallerde tahkimden ayrı bir mukavelele bahis mevzuu olduğunu lââyıkile belirtmemiş olduklarından hep tahkim münasebetinden bahsedildiği intibainın husulüne sebep olmuşlardır [11]. Halbuki *Hakem Mukavelesi* [12] yerine *tahkim* teriminin kullanılması ve bu terimler arasındaki farkın lââyıkile belirtilmemesi karşılıklara meydan verebileceği gibi kanunumuzun bu başlığa ait olan hükümlerini vuzuhtan da mahrum kılar.

Gerçekten Hukuk Usul Muhakemeleri Kanunumuzun sekizinci babının başlığını teşkil etmek ve «*ihtilâfların hakem aracile halli müessesesi*» anlamını ifade etmek üzere yerinde olarak «*tahkim*» terimi kullanılmış ise de kanunumuzun 516 ncı ve müteakip maddelerinde-tarafların ihtilâflarını hallettirmek üzere hakeme müracaat etmelerine dair *sözleşmelerini* ifade için de aynı tâbir kullanılmış ve bu itibarla iki nevi münasebet arasında bir fark gözetilmemiştir. Halbuki böyle bir tefrikin derpiş edilmesi 516 ncı maddenin hükmü icabı zarurî olduğu gibi kanunun bu başlığa ait diğer maddelerinin tahlilinden de, genel olarak *tahkimden* değil, doğrudan doğruya *hakem mukavelesinin* tanziminden bahsedildiği anlaşılabilir [13]. Nitekim H. U. M. Kanunumuzun 516 ncı maddesine tekabül eden Néuchatel metninin 417 nci maddesinde, «*Arbitrage*» teriminden başka «*Compromis*» tâbiri kullanılmış ve mezkûr maddede aynen «*Tahkim*, ya taraflar arasında halen mevcut uyuşmazlıklar dolayısıyla akdedilen bir *hakem mukavelesinden*, veya herhangi bir mukaveleye ileride vukuu muhtemel uyuşmazlıkların hallinin hakemlere havale olunacağına dair dercolunan tahkim şartından *inbias edebilir*» demek suretile üzerinde durduğumuz iki nevi hukukî münasebet arasındaki fark tesbit edilmiş ve nisbet de tesis olunmuştur [14]. Yargılama Usulü Kanunumuzda mezkûr hüküm «*Tahkim* hususî bir mukavele ile *yapılacağı*» gibi herhangi bir mu-

[10] H. U. M. K. m. 516/c. 2.

[11] H. U. M. K. muzun 516, 517, 520 nci maddelerine bakınız.

[12] «*Compromis*» münasebetini ifade etmek üzere «*Hakem Mukavelesi*» terimini kullanıyoruz.

[13] Yargılama Usulü Kanunumuzun 516, 517, 518, 520, 530 uncu maddelerinde kullanılan tahkim, hususî mukavele, veya tahkimname terimleri «*hakem mukavelesi*» anlamındadır.

[14] Code de Procédure civile (Neuchatel) Art. 417: «*L'arbitrage peut résulter soit d'un compromis lié à propos de contestations existantes, soit d'une clause compromissoire portant que certaines contestations éventuelles seront soumises à des arbitres*».

kaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizain hakemler vasıtasile halline dair bir şart da dercolunabilir» şeklinde geçmiştir. Mücerret kanunumuzdaki «Tahkim... hususî bir mukavele ile *yapılabilir*» ibaresile Neuchatel metnindeki «Tahkim ... hususî bir mukaveleden *inbias* edebilir» fıkralarının karşılaştırılmasından metnimizde zikri geçen *hususî mukavele* tabirinin tahkimden ayrı bir münasebeti ifade etmek üzere dercedildiği hakikatine varılabilir. Fakat bundan maada aynı neticeye, mezkûr iki nevi münasebet arasında mevcut olan farkın lâykile belirtilmemesinin, kanunumuzun tahkim başlığı altındaki hükümlerinde bir nevi tenakuz doğurabileceğini ispat suretile varmak mümkündür.

Gerçekten eğer yukarıda zikri geçen H. U. M. Kanunumuzun 516 ncı maddesindeki «*hususî mukavele*» terimine eskiden beri bizce bilinen ve yazımızın ilk sahifesinde çeşitli anlamlarını belirttiğimiz *tahkim* mânası izafe edilecek olursa mezkûr maddenin hükmü aynı başlığın diğer hükümleri ve hususile 520 ve 523 üncü maddelerin hükmüyle telif edilmez bir mahiyet alır. Şöyle ki: Birincisi, 520 ve 523 üncü maddelerdeki hükme nazaran [15], *mukavelede* sarahat olmadığı takdirde hakemi seçmek hakkı hâkime aittir. Demek oluyor ki kanunumuz henüz hakem tayin edilmemiş olsa bile, hakem tayinini taraflar için mecburî kılan bir mukavelenin (böyle bir mukavele bir *hakem mukavelesinden* başka bir şey olamaz. Alman Z. P. O. P. 1025) mevcudiyetini kabul etmiştir. İkincisi, eğer 516 ncı maddeyi kaleme alırken kanun koyucusunun maksadı maddedeki «*hususî mukavele*» ibaresine «*tahkim akti*» mâna ve mahiyetini izafe etmek olsaydı [16], aynı bap altında kaleme alınmış bulunan 520

[15] H. U. M. K. m. 520: Hilâfına mukavelede sarahat olmadıkça hakemler üç kişi olmak üzere davayı rüyetle salâhiyettar hâkim tarafından intihap olunur. Mukaveledeki sarahat muclbince iki taraftan biri intihaba daveti mutazammın tebligat tarihinden itibaren yedi gün zarfında intihap etmezse onun hakemi de hâkim tarafından intihap olunur.

H. U. M. K. m. 523: Tahkim davası, hakemlerin tayini için mahkemeye müracaat edildiği ve eğer mukavele muclbince hakemlerin tayini iki tarafa aitse müddel hakemini intihap edip kendi hakemini intihap etmesi hususunu hasma tebliğ eylediği tarihte ikame edilmiş addolunur.

[16] «Tahkim akti» terimini «tahkim mukavelesi» teriminden ayırıyoruz. *Tahkim mukavelesi* tarifini baş sahifemizde yaptığımız veçhile ihtilâfların hakemle halline matuf bulunan hukuki müessesenin adıdır ve gerek hakem mukavelesini (compromis) gerekse *tahkim aktini* tenavül eder. *Tahkim aktinden* maksudumuz ise tarafların aralarındaki ihtilâfın hallini temin için hakemle akdettikleri sıfahlı veya yazılı anlaşmadır.

nci maddenin hükmiyle hakemi tayin etmek hak ve vecibesini hâkime yükletmiş olmazdı. Çünkü, *tahkim akti* esasen hakemin tayini ile tekemmül eden hukukî bir muameledir: Eğer tahkim edilmişse hakem de tayin olunmuştur, bu itibarla hâkimin müdahalesine lüzum kalmamıştır. Eski hukukta tahkim iki tarafla hakem arasında vâki icap ve kabulle münakit olurdu [17]. Muasır Garp Hukuku alanında tahkim akti aynı mahiyette bir hukukî muameledir ve hakemin tayin edilmesiyle tamamlanır [18].

Üçüncüsü, 516 ncı maddede derpiş edilen mukavele yazılı olarak akdolanması gereken bir mukaveledir. H. U. M. K. numuzun 517 inci maddesinin «yukarıdaki mukavele ve şart tahriren tesbit edilmedikçe keenlem-yekündür» tarzındaki ibaresinden bu anlaşılır. Halbuki tarafların aralarındaki ihtilâfı hükmen hallettirmek için hakemle akdettikleri anlaşma

[17] *Atıf B.*, Mecellel Ahkâmı Adliye 1841 M. Şerhinde şöyle der: «Muhakke-min muayyen olması şarttır, mademki tahkim icap ve kabulle mün'akit oluyor, tara-feynin icabı kabule muallâk olmakla kabul veya reddedilecek kimsenin kendilerince malûm olması lâzımdır. Kezalik aynı madde şerhinde; Tahkimin rûknü «Beynimizde tahaddüs eden şu davayı fasl için seni hakem kıldık» yahut «bu davamızı nasıl fas-ledersen razı oluruz» gibi sözlerle mütenazianın *icabı* ve hakemin *kabulüdür*, yoksa bilhassa tahkim sözünün söylenmesi şart değildir. Binaenaleyh muhakkem kabul et-mezse hükmü calz değildir». Kezalik *Mecelle* m. 1790 a bakınız.

[18] *Garçonnet, E.* zikredilen eseri, s. 401 de tahkim hakkında şöyle der: «Gör-müstük ki taraflardan herhangi birinin tayin ettiği hakemie bildiğimiz alelâde vekil arasında mevcut olan farklara rağmen bazan tahkime vekâlet münasebetinin pren-siplerini tatbikten vazgeçemeyiz; gerçekten taraflardan her ikisi canibinden seçilmiş olan hakemi, kanuna ve nasafete dayanarak taraflar arasında mevcut olan nizat halletmeye memur edilmiş bulunmaktadır. Kezalik taraflardan her birinin kendi hesabına tayin ettiği birer hâkimden mütesekkil olan hakem mahkemesi de aynı vazife ile tazyif kılınmıştır. Böyle bir görevin bir *akitten* inblas ettiğini ve bu aktin de vekâlet akti olmadığını kabule imkân var mıdır? Binnetice 1. tahkim ancak tek hakemin taraflardan biri canibinden tayin edilmesiyle hasıl olur; 2. tayin edilen ha-kem her daim tazyif kılındığı görevi *reddetmeğe salâhiyetlidir...* ilâh...»

Bundan maada «*tahkim akti*» hakkında malûmat edinmek için şu müelliflere bakınız:

Mittelstein: *Recht und Praxis der Schiedsgerichte in Deutschland*, isimli makale-i. (*Nussbaum, arthur*: *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen* 1926, cilt I, s. 43). *Carnelutti*, zikredilen eseri s. 66, No. 66, cilt I. *Glasson E.*, zikredilen eseri c. V, s. 366, No. 1823.

(tahkim akti) için böyle bir şartın gerçekleşmesine lüzum yoktur, çünkü Usul Kanunumuzun 520 veya 523 üncü maddeleri sarahatinden hakemlerin sonradan da tayin olunabileceği anlaşılmaktadır.

Yukardaki müşahedelerimizden anlaşılıyor ki Usul Kanunumuz Tahkim faslında ve hususile 516, 520 ve 523 üncü maddeleri muhtevasında *en az iki nevi* mukavele tipi derpiş etmiş bulunmaktadır. Bu mukavelelerden 516 ncı maddede derpiş edileni behemehal hakem tayinini tazammun etmemektedir. Acaba mezkûr maddede nazara alınan «hususî mukavele» tipinin diğer vasıfları hangileridir?

H. U. M. K. nun 516 ncı maddesi muhtevasından anlaşıldığına nazaran buradaki mukavele - iki taraf arasında mevcut herhangi bir mukaveleden *ileride doğacak* bir ihtilâfın hakem aracı ile halline mâtuf bir mukavele mahiyetinde (tahkim şartı) değildir, çünkü kanun, bu nevi anlaşmayı 516 ncı maddenin 2 ncı cümlesinin son kısmında nazara almıştır. Filhakika kanunumuz 516 ncı maddenin 2 ncı cümlesinin başında mahiyetini tayin etmeğe çalıştığımız mukaveleyi «hususî mukavele» diye tesmiye ettikten sonra bir de tahkimin, herhangi bir mukaveleye «bundan tahaddüs etmesi *muhtemel* nizam» ileride hakemle halledileceğine dair bir şart dercetmek suretile yapılabileceğini bildirmiştir [19].

Bundan mâda, 516 ncı maddede derpiş edilen «hususî mukavele» *iki tarafı ilzam edici* bir mahiyeti haizdir; çünkü bu mukavele hükmüne taraflarca riayet edilmediği takdirde H. U. M. K. numuzun 520 ve 523 üncü maddeleri icabı hakem tayinine hâkim tarafından tevessül olunmaktadır [20]. Nihayet mezkûr mukavele iki taraf arasında mevcut bir *ihtilâfın halline* matuftur; H. U. M. K. nun 516 ncı maddesinin ilk cümlesinde «iki taraf aralarındaki *nizâ*» hal için hakem tayin edebilirler» denmiş olmasından ve keza aynı kanunun 520 ve 523 üncü maddeleri hükmü muhtevasından, hattâ tahkime ait başlığın bütün münderecatından bu anlaşılır.

Şu halde, yukardan beri tespit ettiğimiz evsafa nazaran üzerinde durduğumuz «hususî mukavele» taraflar arasında *halen* mevcut olan bir ihtilâfı hakem aracı ile halline mütedair olup tarafların *kendi aralarında*

[19] H. U. M. K. n. 516: «İki taraf aralarındaki nizâ hal için hakem tayin edebilirler. Tahkim hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi herhangi bir mukaveleye bundan tahaddüs etmesi muhtemel nizam hakemler vasıtasile halline dair bir şart da dercolunabilir.

[20] Mezkûr maddelerin metni 196 ncı sahifede yazılıdır.

akdettikleri bir mukaveleden yani kısaca Garp hukukunda «compromis» tâbir edilen münasebetten başka bir şey değildir [21].

H. U. M. Kanunumuzun 516 ıncı maddesinin ilk cümlesi Neuchatel metninde mevcut değildir [22]. Bu maddeye dediğimiz ibarenin geçirilmesi madde hükmüne çok bir şey katmış değildir. Onun içindir ki bu ibareye geniş bir anlam vermek doğru olmaz; yani kanunumuzun bu ibare ile «compromis» mânasına gelen bir mukavele tipi derpiş ettiği iddia edilemez. Çünkü mezkûr cümlede gereken kat'ilik yoktur, bu itibarla bunun hakem mukavelesinin mi, yoksa tahkimin mi tarifine taallûk ettiği açıkça anlaşılamaz. Hattâ denilebilir ki bu fıkra ne hakem mukavelesinin ne de tahkimin tarifine matuf olmuyarak münhasıran pozitif hukukumuzda tahkime cevaz verildiğini açıklamaya yarar. Mezkûr ibarenin lâfzı da bunu andırır. Ancak, öte yandan, sırf tahkim müessesesinin tanzimi için kanunumuzun müstakil bir başlık tahsis ettiği nazara alınırsa İsviçre metninde mevcut olmayan bu cümlelerin ilâvesinden maksat faslın muhteviyatı hakkında okuyanları aydınlatmaktan ibaret bulunduğu anlaşılır.

Sırası gelmişken şunu da açıklayalım ki, H. U. M. K. numuzun mevzuubahs ettiğimiz ilk cümlesi ile Mecellenin tahkimin tarifine müteallik olan 1790 ıncı maddesi arasında benzerlik vardır [23]. Şu kadar ki Mecelledeki tahkime müteallik bulunan hükümlerin hepsi bir manzume teşkil etmekte ve birbirile hemahenk bulunmaktadır. Eski hukukta tahkimin siklet merkezini teşkil eden münasebet, *hasmeyn* ile *muhakkem* arasındaki münasebetten ibaret olduğundan 1790 ıncı maddedeki tarif bu esasın bünyesine uygundur. Halbuki H. U. M. K. nun muayyen başlığı hükümlerinden de istidlâl olunduğu üzere bugün tahkimin esasını teşkil eden münasebet *hakemle taraflar arasındaki anlaşma* olmayıp iki tarafın, halen mevcut veya ileride zuhur edecek bir ihtilâf hakkında, hakeme müracaat edeceklerine dair birbirile *taahhüde girişmelerile vücut bulan münasebettir*. Taraflar hakemi tayin etmemiş olsalar bile hakeme müracaat etmeğe matuf olan mukaveleleri muteberdir, halbuki eski hukukumuzda muhakkem tayin olunmadıkça tahkim vücut bulmazdı.

[21] *Glazson, E.* zikredilen eseri, 314; *Garçonnet* zikredilen eseri s. 315, *Cavellutti* zikredilen eseri s. 63.

[22] Mezkûr cümle aynen şöyledir: «İki taraf aralarındaki nizamı hal için hakem tayin edilebilir.»

[23] Mecelle m. 1790: Tahkim hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile ahad kimseyi hakem ittihaz etmelerinden ibarettir.

İşte biz tarafların aralarında halen mevcut olan ihtilâfın hakemler aracı ile halledileceğine dair akdettikleri mukaveleye «hakem mukavelesi» diyoruz. Vakıa «tahkim» ve «hakem mukavelesi» ni teşkil eden hukukî münasebetler arasında fark gözettikten sonra, tarafların hakeme müracaatlarına müteallik olan taahhütlerine hakem mukavelesi yerine tahkim mukavelesi denilmesinde bir beis olamaz. Nitekim İngilizler «submission» tâbiri yanında «agreement to refer to arbitration» veya kısaca «arbitration agreement» (tahkim anlaşması) terimini kullanmaktadırlar. Fakat bilhassa Alman ve İtalyan müelliflerinin fikirleriyle hemahenk olarak «tahkimin» de, anlamlarından birinde, mukavele mahiyetinde olduğunu gözönüne getirecek olursak taraflar arasında vukubulan taahhüde «hakem mukavelesi» demegi bir dereceye kadar iltibası önlemek bakımından tercihe şayan görüyoruz [24]. Bir dereceye kadar diyoruz, çünkü lûgavî anlam itibarile iki terim birbirile karıştırılmaya ve biri diğeri yerine kullanılmağa müsaittir. Biz, işbu etüdümüzde, dilimizde henüz kullanılmamış olan yepyeni bir terim kullanmaktan çekindik. Fakat bu hukukî münasebet için bir tâbir araştırıldığı takdirde mezkûr münasebetin Garp hukukunda ne şekilde adlandırıldığını gözönünde tutmak şüphesiz yerinde olur.

Compromis ve Compromesso terimleri lâtince *com-promittere*'den gelir ve ezcümle «iki tarafın hakeme başvurmak hususunda birbirine söz verdikleri» fikrini canlandırır [25]. İngilizcede kullanılan Submission terimi, «başegmek, bağınmak» demektir; bu tâbir iki tarafın hakemin vereceği karara mutavaat etmeği birbirine taahhüt ettikleri fikrini ihtiva eder. Almancada da «Kompromiss» terimi kullanılmıştır. Bununla beraber bu dilde şimdi «Schiedsvertrag» kelimesi istimal edilmektedir ki bu dahi tam manasile «hakem mukavelesi» teriminin mukabilini teşkil etmez [26]. Mezkûr terim daha ziyade Alman Hukuk Usulü Kanununun 1025 inci maddesindeki tarifî veçhile iki tarafın uyuşmazlıklarını hakeme hallettirmek hususunda mukavele akdettikleri anlamını canlandırır.

[24] (18) numaralı nota bakınız. Kezalik: Gaupp-Stein-Jonas; Kommentar zur Zivilprozessordnung, cilt II. Pgr. 1025, s. 5.

[25] La Grande Encyclopedie, cilt 12, s. 229.

[26] Almancadaki «Schiedsrichtervertrag» terimi hakem mukavelesi terimine tekabül etmektedir.

2. YENİ VE ESKİ KANUNLARIMIZIN TAHKİME MÜTEDAİR HÜKÜMLERİNDE ESASLI AYRILIK VE BENZERLİKLER [27]

Bundan evvelki söylediklerimizden de istihraç edilebileceği üzere eski ve yeni hukukumuz arasında tahkim müessesesi alanının *genişliği* ve tahkime izafe edilen *mahiyet* bakımından fark vardır. Vâkıa her iki hukuk sahasında tahkimle istihdaf olunan gaye bir, yani iki taraf arasında mevcut uyuşmazlığın resmî sıfatı olmıyan kimseler tarafından kaldırılmasıdır; fakat bu amacı temine yarayan hukukî münasebetler *teşekkül tarzları itibarile* birbirinin aynı olmadıkları gibi bu münasebetlerin dayandığı *esaslar* dahi farklı ve hattâ bunların husule getirdikleri *tesirler*, tahkimin her safhasında birbirine mümasil değildir.

I

Eskiden tahkim denildiği zaman Mecellenin 1790 ıncı maddesi ile de tespit edildiği üzere, iki kişinin aralarında hükmetmek üzere üçüncü bir şahsı tayin etmeleri anlaşılırdı. Halbuki, bugün hukukumuzda mevcut olan mezkûr hukukî münasebet yanında (ki buna tahkim akti diyoruz) evvelki kısımda mahiyetini izah ettiğimiz *hakem mukavelesi* hukukî münasebeti mevcuttur [28]. Bununla beraber şimdiden söyliyelim ki bugün münhasıran taraflar arasında inikad eden *hakem mukavelesinin muhtevası* ile eskiden ve bugünkü hukukumuzda göre hakemle akdolunan *tahkim akitlerinin muhtevaları* arasında kat'î ve ayırıcı bir kriter tespit edilemez. Meselâ bugün dahi iki taraf: «aramızdaki niza hakkında hükmetmek üzere filâmı tayin ettik» diye aslında tahkim aktine mahsus olan formülü kullanarak bir mukavele aktetseler bu mukavele, iki tarafın müşterek bir icabı şeklinde üçüncü şahsa (yani hakeme) icap edilinceye ve mezkûr şahıs vâki icabı kabul edinceye kadar, münhasıran aralarında ihtilâf bulunan iki taraf arasında münakid bir *hakem mukavelesi* mahiyetini taşır. Eğer hakem vâki icabı kabul edecek olursa *hakem mukavelesinin muhtevasını* husule getiren hususların, aynı zamanda, icabın kabulü ile in'ikad eden *tahkim aktinin* de muhtevasını teşkil ettiğini görürüz. İşte eski hukuktaki tahkim aktiyle bugünkü hakem mukavelesi arasında bu itibarla bir yakınlık mevcuttur. Gerçekten taraflar hakem mukavelesile kendi

[27] Bu kısımda eski kanun veya eski hukuk tâbirlerini kullandığımız zaman Mecelle'yi ve Mecelle şerhlerini kasdediyoruz.

[28] (16) numaralı nota bakınız.

mükellefiyetlerinin hudut ve şümulünü tespit etmekle tahkim aktile hakeme verecekleri *salâhiyetin* de hudut ve şümulünü tayin etmiş olurlar. Bunun tersine olarak hakeme verilen *salâhiyetin* şümulü tarafların katlanmağa hazır oldukları *mükellefiyetlerin* genişliğini anlatır. Eski hukukumuzda hakem mukavelesinin yokluğu bu itibardır ki kendini hissettirmemiştir. Taraflar hakem mukavelesinde, hakem aracile halledilecek hususları ve bunların vüs'at ve şümulünü karşılıklı mükellefiyetler şeklinde tespit edecekleri yerde, bunları tahkim aktile hakeme verilen salâhiyetler şeklinde - doğrudan doğruya - tespit ederlerdi. Eğer hakem, tahkim aktile kendisine bahşedilen salâhiyetler dışında hüküm verseydi, hükmü nafiz olmazdı. (*Ali Haydar Şerhi Mecelle*, 1843, m. şerhi). Bugün dahi eğer hakemler hakem mukavelesinin çerçevesi dışında hüküm verecek olurlarsa, hükümleri Yargıtay tarafından iptal edilir. (H. U. 533).

II

Eski hukukla bugünkü hukuk arasındaki esas farkı husule getiren cihet, eskiden sadece tahkim aktinin, bugün ise bunun yanında bir hakem mukavelesinin varlığı [29] veya mezkûr iki muamele nevinin muhtevası arasında herhangi bir mugayeretin mevcudiyeti değildir. Asıl fark bugün tahkim müessesesinin tahkim aktine değil, «hakem mukavelesine» veya bunun bir nevi olan «hakem şartına» [30] istinat ettirilmesinden husule gelmektedir. Gerçekten her ne kadar iki nevi muamele *muhteva* itibarile birbirine çok yakın iseler de bunlar daha aşağıda göreceğimiz üzere *mahiyyet* itibarile farklıdır.

Tahkim akti, hakem mukavelesinin yanında bugün tâli bir mahiyeti haizdir; bizim kanunumuz da dahil olduğu halde bir çok kanunlar bu mukavelenin varlığından bahis dahi etmezler [31]. H. U. M. K. muzun

[29] Maamafih, eski hukukta tarafları ilzam edici mahiyette bir hakem mukavelesi olmamakla beraber, taraflar arasında ihtilâflarını hakeme havale etmek hususunda zimni bir anlaşmanın mevcut olmadığı düşünülmemelidir. Tarafları ilzam etmeyen bu anlaşma bilhassa iki tarafın «aynı ihtilâfı halletmek için» «aynı hakemi» tayin hususunda iradelerinin birleşmesi noktasında tecelli eder.

[30] Eskiden malûm olan «tahkim şartı» ibaresi yerine bazen «hakem şartı» terimini kullanmaktayız.

[31] Fransız ve Alman Medeni Usul Kanunlarında da mezkûr mukavelenin ismi dercedilmemiştir. Ancak İtalyan Usul Kanunu Hakemlerin tahkimi, hakem mukavelesinin altına imza etmek suretile, kabul etmelerini şart kıması (m. 813) dolayısıyla tahkim aktinin varlığını belirtmiş bulunmaktadır.

tahkim başlığına ait hükümlerinin bir kısmı hakem mukavelesini tanzim etmeğe, diğer bir kısmı da hakem mukavelesine uyulmadığı takdirde itihaz olunacak hareket tarzını tayine yararlar, çünkü daha yukarıda tespit ettiğimiz veçhile hakem mukavelesi taraflar arasında bir *mükellefiyet* doğurur. Bilâkis İslâm Hukukunda tahkim münasebeti, tarafların bir şahsa hakemlik vermeleri şeklinde telâkki edildiğinden, ve iki tarafı birbirine bağlayan ilzam edici bir münasebet telâkkisi mevcut olmadığından taraflar tahkimle mükellefiyet altına girmezlerdi [32]. Hakem hükmünü verinceye kadar taraflardan her biri, diğeri razı olmasa bile muhakkemi azledebilirdi. Halbuki bugün, H. U. M. K. umuzun 522 nci maddesi gereğince «tahkim müddeti içinde iki tarafın muvafakati olmadıkça hakemler azlolunamaz». Kezalik Yargılama Usulü Kanunumuza göre, hakemlerden biri red veya istifa sebeble ayrılırsa, esas itibarile yine hakem mukavelesinin hükmü bâki kalacağından, yerine bir diğeri intihap olunur; halbuki İslâm Hukukunda hakem mün'azil olmakla memuriyeti hitam bulur, tahkim münfesih olurdu. Bundan başka yine -taraflar arasında mükellefiyet doğuran bir hakem mukavelesi veya tahkim şartı fikri devcut olmadığı için- Mecellenin 1845 inci maddesi hükmüne göre «hakemler (ancak) tarafeynden tahkime *mezun oldukları* halde» diğer bir kimseyi tahkim edebilirlerdi. Halbuki bugünkü hukukumuzda tahkim eğer doğrudan doğruya tahkim şartına dayanıyorsa, mezkûr şart ile üçüncü bir hakemin tayini derpiş edilmemiş olsa bile, hakemlerin reylerinde müsavat halinde bunların üçüncü bir hakemi tayinle mükellef oldukları kabul edilmiştir [33]. Bir de, bugünkü hukukumuzda göre iki taraftan biri hakem mukavelesi mucibince seçmekle mükellef olduğu hakemi muayyen müddet içinde tayin etmezse, onun hakemini 520 nci madde gereğince hâkim tayin eder. Eski hukukumuzda ise herhangi birini tahkime tarafeynin *mecbur* olabilecekleri fikri kabul edilmemiş bulunduğundan tabiatile hâkimin tarafları hakem tayini hususunda icbar etmesi keyfiyeti bahis mevzuu olamazdı. Ancak istisnai bazı hallerde, ezcümle bir dava akraba arasında cereyan ettiği veya bir nizam hakemler marifetile hallinin maslahata daha uygun olduğu anlaşıldığı takdirde hâkim taraflara hakem tayinini *tafsiye* ede-

[32] Hattâ taraflar muhakkemin azledilmemesini şart etseler bile bu hüküm nafil olmazdı. B. Mecelle M. 1847. *Ali Haydar*, zikredilen eser, *Atıf B.* zikredilen eser 1847 inci madde serhleri.

[33] *Garçonnet* zikredilen eser cilt VIII, s. 464. Bununla beraber tahkim bir hakem mukavelesine dayanacak olursa aynı husus varit değildir. *Garçonnet*, aynı yer. *Belgesay*, zikredilen eser, s. 490.

bilirdi. Fakat bu hallerde bile taraflar kabul etmedikleri takdirde hâkimin bizzat muhakemeyi icra ve ikmal ile hükmetmesi gerekirdi [34].

Elhasıl tespit ettiğimiz noktaları bir kelime ile hulâsa etmek istersek diyebiliriz ki eski hukukta tahkim, hakemler tayin edildikten sonra dahi, taraflar için *lâzım olmıyan* ukuttandı. Bilâkis bugün hakem mukavelesi, hakem tayin edilmemiş veya henüz hakem hükmünü vermemiş olsa bile *tarafları bağlar*.

III

Tahkim müessesesi zaviyesinden iki hukuk müessesesi arasında tespit ettiğimiz üçüncü ayrılık, hakemlerin kendilerine arzolunan ihtilâfı hallerde dayandıkları esasların ve takip ettikleri prosedürün farklılığıdır. Eski hukukumuzda, tarafların mahkemelere müracaat etmekten vazgeçerek hakemlere başvurmaları keyfiyeti, onların başka bir adalet değil sadece başka yargıçlar istedikleri mânasına hamlolunurdu. Bu itibarla eskiden hakemin hükmü *usule ve kanuna* uygun olması lâzımdı. (Mecelle m. 1849). Muvafıkı Şer'i Âli olmıyan hükümler nafiz olmazdı. Halbuki bugün, H. U. M. K. numuzun 525 inci maddesi gereğince «Hakemler hilâfına mukavele olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetleri tayin ederler». Kanunumuz hakemlerin, *esas* hakkında tâbi buldukları kanuna uymıyarak yani *uzlaştırıcı* [35] sıfatile hüküm vermelerine de müsaittir [36]. Yani bugün H. U. M. K. umuza tebean hüküm vermekle mükellef olan hakemler *nasafet'e* istinad ederek hükmetmeler bu hükümleri Yargıtay tarafından bozulamaz. Bilâkis eski hukukta hakemin verdiği hüküm, *usul ve kanuna* uygun olması bakımından yargıç tarafından sıkı bir kontrole tâbi tutulurdu. Eğer hakemin hükmü, kontrol eden yargıcın rey ve içtihadına

[34] Atıf B. zikredilen eser, 1841, m. şerhi.

[35] Uzlaştırıcı terimini «amiable compositeur», anlamında kullanıyoruz. Bu hususta bakınız: *Cornelutti*, zikredilen eser, N. 62, cilt I. *Garçonnet*, zikredilen eser, N. 3057, cilt VIII. *Glasson*, zikredilen eser, N. 1837, cilt V.

Amiable Compositeur teriminin mâna ve bunun hudut ve şümulü hakkında muhtelif müelliflerin fikirleri arasında mutlak bir uygunluk yoktur. Bununla beraber kanaatimizce *uzlaştırmayı, sulhtan* bilhassa şu noktadan ayırd etmek lâzımdır: Muslih tarafları her ne bahasına olursa olsun uyuşmağa sevkeder ve her ne şekilde olursa olsun bunlar arasındaki uyusmazlığa son vermeğe çalışır; uzlaştırıcı ise taraflar arasındaki uyusmazlığı hak ve nasafet gibi muayyen ölçülere dayanarak tesviye eder.

[36] *Salem R. L'arbitrage en Turquie. Nussbaum Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in zivil - und Handelssachen* 1931, s. 94, N. 20, c. 3.

aykırı bulunuyor idiyse, hakem hükmü nakzedilirdi. Bu itibarlardır ki hakem hükmünün yargıç tarafından imza ve kabulü, yargıcın iptidaen hükmetmesi mahiyetinde idi.

Binnetice görüyoruz ki bugünkü hakemlerin kendilerine tevdi olunan uyuşmazlığı halletmek hususunda haiz oldukları büyük serbesti ve tâbi tutuldukları gevşek kontrole karşılık, eskiden hakemlerin serbestisi ancak kanuna ve usule uygun surette hüküm vermelerile kaimdi; hattâ mezkûr serbesti, yargıcın verilen hüküm üzerinde tâbi olduğu mezhep bakımından haiz olduğu geniş murakabe yetkisi yüzünden, bir hayli daha tahdide uğramaktaydı.

IV

Eski ve yeni hukukumuzu karşılaştırırken incelemeğe değer gördüğümüz diğer bir mesele de tahkime izafe edilen hukukî mahiyettir.

İlkönce şunu söyleyelim ki eski hukukumuzda tahkimin mahiyeti bugünkü kadar münakaşalı değildi. Bu meselenin bugün, gerek Türk Hukuku alanında [37], gerekse Garp hukuku doktrininde o kadar çok önemli ve münakaşalı olması, yabancı hakem kararlarının bir memlekette icra edilebilmesinin bir çok hallerde bu meselenin halline bağlı bulunmasından ötürüdür. Halbuki eskiden, hakem kararlarının İslâm usul ve kanunlarına tebaan ittihazının şart olması dolayısıyla Garp memleketlerinde verilen hakem kararlarının Mecelleğe müsteniden icra kabiliyetini iktisap etmeleri mevzuubahs olamazdı. Bununla beraber tahkimin hukukî mahiyeti hakkında eskiden de çeşitli fikirler ileri sürülmüştü. Fakat eski müelliflerin ileri sürdüğü fikirlerdeki ayrılık bunların bazan tahkim aktini, bazan da hakem hükmünü gözönünde bulundurmalarından ileri geldiği anlaşılmaktadır. Eski hukukta tahkimin mahiyetini tayin ederken bunun heyeti mecmuasını derpiş buyurdıkları anlaşılan *İmamı Ebu Yusuf*, *İmamı Muhammedin*, tahkimin şarta tâlik edilmesi mümkün olup olmadığı meselesi münasebetile ileri sürdükleri mütalâalarda ihtilâf halinde oldukları görülür. İmamı Ebu Yusuf'a göre tahkim zâhiren tevliyetir, hakikati halde kat'î husumet için rızayı tarafeyn mevcut olduğuna göre tahkim *sulh* mânasınadır. Bilâkis İmamı Muhammede göre tahkim tevliyetten ibaret olmakla *kaza*'nın tâbi olduğu hükümler kıyas edilmek lâzımdır.

[37] *Belgesay*, M. R. zikredilen şerh, s. 473.

Belgesay, M. R. Devletler Hususî Hukukunda Adliye, c. II, s. 243 ve m.

Salem, R. Nussbaum, zikredilen eser, cilt, 3, s. 97, N. 33.

Salem, R. Répertoire de Droit International T. VII, N. 287.

Eski hukukla bugünkü hukukumuz arasında bu konu bakımından bilhassa şu benzerlik göze çarpar; eski hukukta *tahkim* hukukî muamelesile *hakem kararı* arasında zımnen bir *tefrik* [38] yapılmış, ve tahkim muamelesi ekseriya *akit*'lerden birine benzetilmiş ise de hakem kararlarına daha ziyade *kazaî* bir mahiyet izafe edilmiştir. Tahkim aktile hakem kararı arasında bugün de bir tefrik yapılmaktadır; bu bapta yazılmış olan muhtelif eserler dikkatle tetkik edilecek olursa müelliflerden hiçbirinin gerek *hakem mukavelesinin*, gerekse *tahkim anlaşmasının* ahdi olan hukukî mahiyetleri hakkında münakaşa etmedikleri, ancak *hakem kararlarına* tanınacak hukukî mahiyet hakkında ihtilâf halinde buldukları göze çarpar [39]. Mecellenin şarihleri de tahkimi bazan *vekâlete* [40], bazan

[38] Mecelle şarihlerinden Ali Haydar, Atıf, ve Ziyaeddin Türközade, serhlerinde tahkim aktini bazan *vekâlete*, bazan *sulha*, elhasıl hususî bir hukukî muameleye, hakem hükmünü ise daha çok yargıcın hükmüne müsabih tuttuklarından dolayı eski hukukumuzda da tahkim ile hakem kararı arasında fiilen bir tefrikin varlığını derpis ediyoruz.

[39] Bu hususta bakınız:

Lain, De L'exécution en France des sentences arbitrales étrangères, Clunet 1899 s. 641.

Pillet, Traité théorique et Pratique de droit International Privé, s. 536.

Volleweider Ulrich H., L'arbitrage volontaire en Droit international privé s. 20 ve m.

Arrigo Cavaglieri, Lezioni de Diritto Internationale privato, 1928, s. 382.

Pillet et Niboyet, Manuel du droit international privé, s. 721.

Weiss, Traité de droit international privé, c. IV, s. 29.

Weiss, Manuel de droit international privé, s. 662.

Surville, Cours Elémentaires de droit international privé, s. 701.

Seuffert-Walshmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, II, s. 739, N. 6.

[40] *Atıf*, zikredilen serhinde şu pasajlara tesadüf olunur:

(1874 m. Şerhi) «muhakkem tahkim olduğu işi bittetik itayı hükm için *terkil* edilmiş olduğundan vekâletin iptalini mucip olan esbap muhakemenin dahi hitamı memuriyetini mucip olur».

(1848 m. serhi) «... yani *vekâlette* takyit asıl olduğu gibi tahkimde dahi takyit asıdır ve hakem ancak tahkim olduğu hususa hükmedebilir, hükmü tarafeynin hususatı salresine şamil olmaz».

(1844 m. serhi) «... nitekim 1465 inci maddede musarrah olduğu üzere muhtacı rey olan *vekâlette* dahi hüküm böyledir, binaenaleyh hakem iki zat olup ta birisi bir türlü diğeri başka türlü hükmetse hiç biri sahih olmaz...»

sulha [41] benzetmişler ise de bunun *akdî* mahiyeti hemen her daim kabul etmişlerdir. Buna mukabil *hakemin hükmü* daha ziyade *yargıcın hükmüne* benzetilmiştir [42]. Mecellenin 1848 inci maddesi hükmü de kanaatimizce bunu müeyyittir. Meselâ *Ali Haydar B.*, 1842 nci madde şerhinde «... imdi *hâkim* bir davayı hükmettikten sonra azledilse hükmü bâtil olmayacağı gibi *muhakkemin hükmü de* bâtil olmaz» der. Kezalik 1849 uncu madde şerhinde «hülâsatülkelâm muhakkem *hâkim* gibidir, yalnız bazı mesailde *hâkim* gibi değildir». der. Yine *Atıf B.* 1843 m. şerhinde «amma hakemin hükmü ihbar kabilinden olmakla *filân haklı* veya *filân haksız* veyahut davanın şu cihetinde *filan* ve bu cihetinde *filan haklıdır* diyebilir» ve 1846 madde şerhinde «hakem hükmü ile haklı olanın hakkı taayyün edeceğinden artık diğer tarafın iddiaya salâhiyeti kalmaz» der. Bu zikrettiğimiz son iki fıkrada hakem hükmü yargıcın hükmüne sarîh olarak benzetilmiş olmamakla beraber, kanaatimizce bunun *kazâî* mahiyeti kâfi derece vuzuhla ifade edilmiştir.

Eski Hukukumuzun mer'î olduğu zamanlarda hakem kararlarının yargıcın hükmüne benzetilmesi bizce üç sebepten ötürü zarurî idi.

Birincisi Mecellenin 1848 inci maddesi yeter derecede sarîhtir: «Hâkimlerin kazaları dahilinde ahalinin cümlesi hakkında hükümleri nasîl lâzımülicra ise muhakkemlerin dahi yalnız anları tahkim edenler hakkında ve muhkem oldukları hususta *hükümleri ol veçhile cârî olur*» der.

İkincisi, eski hukukta hakem gerek *esas* gerekse *usul* bakımından kanunu tatbikle mükellefti, bu keyfiyet hakemin görevini yargıcinkine tamamile mümasil kılmakta idi.

Üçüncüsü, gördük ki eski hukukta tahkim *gayrîlâzım* ukuttandır; taraflar muhakkemi istedikleri zaman azledebilirdi, bu böyle olunca eğer tahkimin akti mahiyetinin hakem hükmüne sirayeti kabul edilecek olsa tarafların hakem hükmünü de kabulde muhayyer oldukları neticesine varmak zarurî olurdu. Halbuki muhakkemin hükmü taraflar için lâzım olup taraflardan hiçbiri o hükmü kabulden çekinemezdi. İşte bundan do-

[41] *Ali Haydar*, zikredilen şerhinde şu pasajlara tesadûf olunur:

(1841 m. şerhi) «zira tarafeynin tahkimleri kendilerinin akti *sulh* etmeleri menzilesinde olup bundan dolayı demlerini ibaheye hakları yoktur...»

[42] Hakem hükmünün Mecelle sarîhlerinden *Ali Haydar B.* tarafından akte benzetildiğine delâlet eden aşağıdaki tek fıkraya rastlamış bulunmaktayız. Mamzâfih bu fıkrayı yazarken dahi mezkûr sarîhin hakem hükmünü değil, daha ziyade tahkim aktini nazara almış olduğunu zannediyoruz; (zikredilen eser madde 1843 şerhi). «Zira *hükme-el hakem sulh* gibi olup tüccarın ef'alinden olmakla sarîhlerden herbiri *sulha* ve anın mânasına olan hükmü hakeme razı olmuştur» der.

layıdır ki bu keyfiyet şarihler tarafından hakemin «Velâyeti Şer'iyeyi» haiz olduğu şeklinde izah edilmişti. Muhakkem münhasıran tarafların kendisine verdikleri salâhiyete değil Şer'an haiz olduğu velâyete dayanarak hükmedince hükmü taraflar arasında lâzım olurdu.

Maamafih hakemin hükmü hâkiminkinden şu itibarla farklı idi ki hakem, ancak tarafeynin onu tahkim ettikleri hususta velâyeti şer'iyeyi haizdi; velâyeti şer'iyeyi haiz olmadığı hususatta hükmü fuzulî idi. Halbuki hakim velâyeti âmmeyi haiz bulunuyordu.

* * *

Daha yukarıda işaret ettiğimiz veçhile bugünkü hukukumuzda da hakemin hükmü ile ona takaddüm eden mukaveleler arasında bir tefrik yapılmıştır. Hakem mukavelesinin veya tahkim aktinin hukukî mahiyetleri hakkında esaslı bir ihtilâf yoktur, buna mukabil hakem kararlarının hukukî mahiyeti meselesi oldukça ihtilâflıdır. Meselâ *Lainé*'ye göre hakem kararları kazaîdir. *Weiss* ve Prof. *Belgesay*'a göre akdîdir; *E. Glasson*'a göre hakem hükmü bir âmme hukuku tasarrufu mahiyetinde ve mahkeme hükmü mesabesindedir. *Ulrich H. Vollenweider*'e göre kendine has (sui-generis) bir tasarruftur. Hakem kararlarının hukukî mahiyeti hakkındaki şahsî görüşümüzü burada mufassalan izah etmemize imkân yoktur; çünkü bu nokta mevzuumuzun dışında kalmaktadır. Bununla beraber, mukayesemize zemin teşkil etmek üzere telhisen diyebiliriz ki, kanaatimize göre hakem, hükmünü verirken, ister kanuna ister adalet veya nasafete dayanmış olsun, yani kullandığı ölçüler ne olursa olsun ifa ettiği vazife - Mecelle şarihlerinin de pek isabetli bir tarzda belirttikleri veçhile - *haklıyı haksızdan, iyiyi kötüden ayırmaktır*. Bu bakımdan hakemin *kazaî* bir görev ifa ettiğini kabul etmek lâzımdır.

İşte biz kendi görüşümüzü Mecelle şarihlerinin hakem kararları hakkında mevcut olan telâkkilerle kıyas edecek olursak görürüz ki, her iki hukukta da *mahiyet* itibariyle hakem kararları *kazaîdir* [43].

Bununla beraber bugünkü hukukumuzda hakem kararının lüzum ifade edici kuvveti tarafların hakem kararına ittiba edeceklerine dair aralarında akdettikleri *mukaveleye dayanır*; halbuki eski hukukta tahkim lüzum ifade etmiyen ukuttan olduğu için mezkûr kararların ilzam edici kudreti hakemin haiz olduğu «velâyeti şer'iyeye» müstenitti.

[43] Eski hukukta muhakkemin bir tek kişiden ibaret olması caizdi, halbuki eğer taraflar aralarındaki nizam sulhan tesviye edilmesini arzu etseler bunun için iki hakem tayin etmeleri lâzımdı. Çünkü sulh «icap ve kabul ile mün'akelt olacağı ci-

3. YENİ VE ESKİ KANUNLARIMIZIN TAHKİME MÜTEDAİR HÜKÜMLERİNDE FER'İ AYRILIK VE BENZERLİKLER

Şimdiye kadarki incelememizde eski ve yeni hukuk alanımızda tahkim müessesesi bakımından tespit edebildiğimiz esaslı fark ve benzerlikleri belirttik. Tetkikatımızın bu ikinci kısmında fer'î mahiyette olan ayrılık ve benzerlikler üzerinde duracağız. Bu ayrılık ve benzerlikleri «fer'î» diye isimlendirmekliğimizin sebebi bunların evvelce tespit etmiş olduğumuz «esaslı» ayrılık veya benzerliklerin tabii birer neticesi olmalarından ötürüdür.

1. Tahkimin Şarta Taliki.

H. U. M. Kanunumuzun 516 ncı maddesine göre taraflar herhangi bir mukaveleden doğması muhtemel olan nizaların hakemler vasıtasile halledileceğine dair bir şart koşabilirler. Tahkim şartı [44] diye bildiğimiz bu şarta göre taraflar, şart tahakkuk edince yani aralarında uyuşmazlık zuhur edince, hakeme başvurmak hususunda birbirine karşı mükellefiyet altına girmiş olurlar. Mecellede hakem mukavelesi (compromis) denilen tarafları ilzam edici mukavele tipine hukukan kıymet izafe edilmediğinden bittabi tarafların ileride tahaddüs edecek bir şart için evvelden bağlanmalarına kıymet verilmezdi.

Eski hukukta tahkimin şarta taliki keyfiyeti ancak, ileride doğacak bir uyuşmazlığı rüyet ve halletmek üzere *bir kimseyi* (muhakkemi) *evvelden salâhiyetli kulma* anlamını haizdi. Bu itibarla eskiden, tahkimin şarta taliki halinde dahi muhakkemin belli olması lâzım ve şarttı. Halbuki bugün, tahkim şartının kararlaştırılması halinde ekseriya hakem önceden tayin edilmemektedir. Bundan maada, Yargılama usulü kanunumu-

hetle âkidlere taaddüdü lâzımgüleceği düşünölmüştü (*Atıf*). Nitekim *Mecelle*'nin 1850 nci maddesi bu hususta «muhakkemler» den bahsetmektedir. Demek ki, eski hukukta da hakem hükmü bir mukavele mahiyetinde telâkki edilmiyordu. *Atıf Beyden* aynen İktibas ettiğimiz aşağıdaki fıkra hakem hükmünün dünkü ve hattâ bugünkü mahiyeti hakkında bize iyi bir fikir verebilir: (m. 1850 şerhi). «Hakemler bir şeye hükmetmek için bir meseleyi ahkâmı şer'îye veya kanunîyeyi tatbikan tarafeynden birine haklı ve diğerine haksızın diyerek şer'an ve kanunen icabı vechile kazayı elzem veya kazayı terk ile hükmetmeleri lâzımdır. Amma tarafeyni sulh ederlerse ref'i niza için bir sureti tesviye bulmaları kifayet edip ancak 1460 ıncı madde hükmünce hakemlerin sulhu müvekkillerine muzaf kılmaları lâzımdır»...

[44] Bu şarta «hakem şartı» dahi demekteyiz.

zun yukarıda mezkûr hükmüne binaen tahkim şartı bugün bizde mutlak surette muteberdir, halbuki eskiden keyfiyet ihtilâflı idi. İmamı Ebu Yusuf'a göre «tahkimin şarta taliki ve zamamı müstakbele izafeti» caiz değildir. Binaenaleyh iki kişi bir şirket mukavelesi akdettikleri zaman «aramızda uyuşmazlık hâsıl olursa filân hakem olsun» veyahut «her ne zaman aramızda uyuşmazlık doğarsa bunu halletmek üzere filânı hakem seçtik» deseler caiz olmazdı. İmamı Muhammede göre ise tahkim tevliyetten ibaret olduğundan ve kazanın da şarta talik edilmesi mümkün bulunduğundan tahkimin de şarta taliki ve müstakbel bir zamana izafeti caizdi [45].

2. Hakem Hükümünün Teşekkülü

H. U. M. K. numuzun 532 nci maddesine göre hakemlerin *eksedi-yetle* ittihaz ettikleri karar muteberdir. Halbuki Mecellenin 1844 üncü maddesine göre hakemler müteaddik oldukları takdirde hepsinin reyi *müttefik* olmak lâzımdı.

Bu ayrılık hukukumuzda ve diğer garp positif hukuk alanlarında tahkimin, hakem mukavelesine veya tahkim şartına dayandırıldığından husule gelmektedir. Kanunumuza göre, hakem mukavelesi veya tahkim şartı mevcut oldukça diğer şartlar da tahakkuk edince ihtilâfın hakem veya hakemler aracile halli zarurî olur. Taraflardan biri hakemini seçmezse onu yargıç tayin eder. Kezalik mukavelede taraflardan herbirinin kendi hakemini seçeceği ve tayin olunan iki hakemin üçüncü bir hakemi intihap edecekleri kararlaştırılacak olursa, hiçbir taraf bu suretle seçilen hakemleri tek taraflı olarak *azledemez*. İşte bu mütalâalarla ahenkli olarak bugün hakemlerin *ekseriyeti* tarafından verilen karar tarafları ilzam eder. Halbuki eski hukukta tahkimin münhasıran tahkim aktine dayanması, ve bu mukavele de bir «vekâletten» ibaret bulunması yüzünden hakemlerin hükmünde *ittifakın* husulünün aranması makuldü. Nitekim *Atıf B.* şerhinde bu hususu: «muhakkemler müteaddit oldukları surette hepsinin reyi *müttefik* olmak lâzımdır; zira hüküm itası reye muhtaç olmakla tarafeyn sureti mutlakada *tayin ettikleri hakemlerin umumunun* rey ve hükmüne razı olup bazısının hükmüne razı olmadıkları muktazayı tahkimden münfehim olur» diye izah etmektedir.

3. Üçüncü Bir Hakemin Tayini.

Mecellenin 1945 inci maddesi hükmüne nazaran «hakemler tarafeynden *mezun iseler* diğer bir kimseyi tahkim edebilirler.» Demek olu-

[45] *Atıf*, zikredilen eser, 1841 m. şerhi.

yor ki eski hukuka göre eğer tarafların seçtikleri hakemler reylerinde ittifak etmezler ve bunların da üçüncü bir hakem tayinine salâhiyetleri yoksa tahkim *münfesih* olur.

Bugünkü hukukumuzla nazaran eğer taraflar hakem mukavelesinde hakemlerin şahsını veya adedini tayin etmemişlerse, H. U. M. Kanunumuzun 520 nci maddesi gereğince *hakim tarafından üç hakem tayin olunur*. Bu miktar istenen ekseriyeti temine yeter olduğundan mukavelelerde sarahat olmıyan hallerde hakem hükümlerinde tesavi (partage) meselesi bu suretle halledilmiş ve tahkimin *münfesih* olması ihtimali de önlenmiş olur. Bilâkis eğer hakem mukavelesile hakemler evvelden tayin edilmiş olur ve bunların reylerinde ekseriyet husule gelmezse üçüncü bir hakem tayini hususunda mukavelede sarahat olmadığı takdirde zaruri olarak tahkim nihayet bulur. (Belgesay, zikredilen şerh, s. 490). Bu noktada eski hukukla bugünkü hukukumuz arasında benzerlik vardır. Bununla beraber Garçonnet'ye göre, hakem kararı doğrudan doğruya «tahkim şartına» dayandığı takdirde, mezkûr şart, tevessül olunan ilk tahkimin faydasız kalması halinde dahî hüküm ve kuvvetini muhafaza edeceğinden, tarafların - tahkime baştan başlanması ihtimalini derpiş ederek - tayin ettikleri hakemleri tahkim prosedürünün neticesiz kalmaması için gereken bütün yetkilerle mücehhez kıldıklarını farzetmek lâzımdır [46]. İşte bu bakımdan bugünkü hukukumuzla eski hukuk arasında ayrılık mevcuttur [47].

4. Tahkim Müddeti

Mecellenin «tahkim bir vakit ile takyid olundukta ol vaktin mururu ile zail olur» şeklindeki 1846 nci maddesinden müsteban olduğuna nazaran tahkimin takyidi tarafların ihtiyarına bağlıdır. Eğer taraflar bir müddet tayin etmemişlerse bu onların tahkimi bir müddetle takyid etmek *istemedikleri* mânasına hamlolunur [48]. Bilâkis bugün, eğer taraflar sâkit kalmışlar yani mukavelede bir müddet tayin etmemişlerse H. U. M. K. numuzun 529 uncu maddesine nazaran hakemler «ilk içtimadan itibaren altı ay içinde hüküm vermeğe mecburdurlar».

[46] *Garçonnet*, zikredilen eser, cilt VIII, s. 461.

[47] Bu meseleye evvelce diğer bir münasebetle temas etmiştik. Ancak bunun asıl yeri burada yani fer'i fark ve benzerlikler başlığı altında olduğundan meseleyi daha ziyade tafsillat vererek yeniden ele almağı doğru bulduk.

[48] Ancak umuru ticaretle aslolan sür'at olduğu için, eski Ticaret Kanununun 43 üncü maddesine nazaran hakemlerin intihabını müteakip taraflar canibinden bir müddet tayini lâzımgelirdi. Taraflar müddetin tayininde muvafakat etmedikleri halde bunu ticaret mahkemesi tayin ederdi.

İki kanun arasındaki ayrılık, daha evvelki maruzatımız gözönünde bulundurulacak olursa izah edilebilir: eskiden tarafların müddet tayin etmemeleri halinde tahkimin daima mer'i ve muteber olması neticesi tahassül etmekte idiye de, tahkim akti lüzum ifade etmiyen ukuttan olduğuna göre taraflardan herbiri hakemi veya hakemleri istediği anda azletmekle yukarıda derpiş edilen mahzuru bertaraf edilebilirdi. Halbuki bugün tahkim tarafları bağlar; bu vaziyet karşısında eğer tahkim uzunca bir müddet neticelenmeden devam edecek olursa taraflar adaletten mahrum kalırlar. Bunun içindir ki hukukumuzda *tahkimin müddetle kayıtlanması* asıldır. Maamafih tarafların tahkim müddetini evvelden yaptıkları veya sonradan akdedecekleri bir mukavele ile uzatıp kısaltabilmelerine bugün de cevaz verilebilir [49].

5. Hakemin Belli Olması.

Daha yukarıda görmüştük ki eski hukukumuzda nazaran hakemin *muayyen* olması şarttı, çünkü tahkim akti hakemle taraflar arasındaki icap ve kabul ile mün'akit olmakta idi. Meselâ taraflar «bize evvelâ kim rastgelise onu hakem nasbettik» deseler sahih olmazdı. Fakat taraflar bir mecliste mevcut olan birkaç kişiye hitaben «biriniz hakem olunuz» deseler ve bunlardan biri kabul etse bu caizdi, çünkü hakem taayyün etmiş olurdu. (*Atıf B. mezkûr eser, 1841 m. Şerhi*).

Bugün de *tahkim akti* için vaziyet aynıdır, çünkü bugün dahi tahkim icap ve kabulle husule gelmektedir. Fakat hakem mukavelesi veya tahkim şartı için böyle bir şartın gerçekleşmesine lüzum yoktur. (Bu nokta hakkında evvelce diğer bir münasebetle bahsettiğimiz için daha fazla maruzatta bulunmak istemiyoruz.)

6. Tahkimin Şekli.

Mecellede tahkimin yazılı olması gerektiğine dair bir hüküm yoktur. Atıf Beyin şerhine göre taraflar hakemlerini şifahen tayin ve tahkim şartlarını da sözlü olarak zikr ve ifade edebilirlerdi. Bununla beraber maslahatın selâmeti için ekseriya tahkimname tanzim edilerek tahkim şartları buna yazılırdı.

Bugünkü hukukumuzda göre ise (m. 517) hakem mukavelesinin ve

[49] *M.R. Belgesay, H. U. M. K. Şerhi, s. 487, N. 2.*

Atıf zikredilen eser 1864 madde şerhi. «Fakat müddeti muayyen zarfında muhakeme ve tetkikatın icra ve ikmaliyle hüküm itası kabil olmadığı halde münasip miktar temdidini talep ve tarafeyn razı olduklarında calz olacağı gibi tarafeyn temdit etmeksizin hakemler hitamı müddetten sonra hükmedip de tarafeyn kabul etse nafiz olur.»

tahkim şartının yazılı olarak tesbit edilmeleri lâzımdır. Aksi halde tahkim mevcut sayılmaz. Bununla beraber *tahkim aktinin yazılı olarak tesbit edilmesi şart değildir*. Bunun böyle olduğu evvelce bir münasebetle hükümlerini incelediğimiz 520 ve 523 üncü maddelerin hükümlerinden de istihraç olunabilir. Gerçekten mademki hakem mukavelesi veya tahkim şartının aktinden sonra da hakem taraflar canibinden veya hâkim tarafından tayin edilebiliyor, ve öteyandan kanunumuzda, İtalyan Usul Kanununda olduğu gibi hakemin kabulünün yazılı olması veya hakemin hakem mukavelesini imza etmesi gerektiğine dair bir şart yoktur, tahkimin bizde yazılı olarak tesbiti icap etmez.

Hakem hükmünün tâbi tutulacağı şekle gelince bu noktada iki hukuk arasında ayrılık vardır. H. U. M. K. 532 nci maddesi hükmüne göre «hakemler kararı salâhiyettar olan mahkeme kalemine tevdi ederler» ve yine aynı maddenin son fıkrasına nazaran «mahkeme kararın tevdi üzerine keyfiyeti ve kararın neden ibaret olduğunu iki tarafa tahriren tebliğ ve bunu mübeyyin bir makbuz ahzeder, karar iki taraf hakkında ancak tebliğ tarihinde mevcut addolunur.» Buna nazaran bizde hakem hükmünün behemehal *yazılı* olması gerektiği anlaşılmaktadır.

Eski hukukumuzda göre ise bunun *sözlü* olması da mümkündü. Atıf Beye göre «tarafeyn hakemlerin verdiği hükmü kabul ederlerse anın icrasını dahi taahhüt etmiş olacaklarından memureyni aidesi marifetile resmen icra ettirilmesine lüzum ve mahal kalmaz ve bu halde hakemler hükümlerini tarafeyne *şifahen* tefhimle iktifa edip varakayı hükmiye tanzimine dahi hacet görülmez. Ama ahadi tarafeyn hakemlerin hükmünü kabul ve icra etmeyip de itiraz edeceğini beyan eylediği veyahut tarafeyn hükmü vakii kabul ettiği halde mahkûmünaleyh icrasından imtina etmese diğer taraf ait olduğu memura bilmüraca tenfiz ettirmek için varakai hükmiye tanzimini talep ettiği halde hakemlerin varakai hükmiye tanzimi ile mahkûmünleyhe ve ledelicap bir nüshasını dahi mahkûmünaleyhe ita etmeleri lâzımgelir.» (Atıf, zikerdilen şerh.)

7. Tahkimin Şartları.

Gerek eski gerekse bugünkü hukukumuzda göre hakem tahkim şartları ile mukayyettir. Mecellenin 1842 nci maddesine göre «muhkemin hükmü ancak hasmeynin kendisini tahkim ettikleri hususta caiz ve nafizdir.» H. U. M. Kanunumuza göre de hakemler yetkileri içinde olmıyan bir mesele hakkında karar verirlerse hükümleri Yargıtay tarafından iptal edilir [49 a].

[49a] Bu mevzua evvelce bir münasebetle temas etmiştik; ancak asıl yeri burası olduğundan ayrıca zikretmeden geçmiyoruz.

8. *Tasdik.*

Eski hukukta tasdikin ifade ettiği anlam ile bugün H. U. M. K. nun 536 [50] ncı maddesi gereğince mahkeme reisi tarafından yapılan tasdikin anlamı arasında ayrılık vardır. Mecelleye göre «muhakkemin hükmü tarafı Sultaniden mansup hâkime arzolundukta muvafıkı usul ise kabul ve tasdik eder.» Bu madde hükmünde yazılı olduğuna nazaran tasdikin amacı verilen hükmün *usul ve kanuna uygunluğunu tevsiktir*. Halbuki H. U. M. K. nun 536 ncı maddesindeki tasdik, kat'iyet kesbetmiş olan yani kanuna uygunluğu sabit bulunan bir hakem kararına münhasıran *icra kuvveti* verilmesine matuftur [51].

Evvelce temas ettiğimiz veçhile Mecellenin 1848 inci maddesinin sa-
rahatine göre «Hâkimlerin kazaları dahilindeki *ahalinin cümlesi* hakkın-
da hükümleri nasıl ki lâzimülicra ise muhakkimlerin dahi *onları tahkim*
edenler hakkında ve muhakkim oldukları hususta hükümleri olveçhile lâ-

[50] H. U. M. K. nun 536 ncı maddesi aynen şöyledir: Hakemlerin verdiği ka-
rar temyiz müddeti geçince mahkeme reisi veya hâkim tarafından tasdik olunur. Tas-
dik keyfiyeti karar zirine ve zaptı mahsusuna yazılır. Hâkim kararları ancak bu su-
retle kabilli icradır.

[51] Burada H. U. M. K. 533 üncü maddesi gereğince Yargıtaya başvurulması
üzerine yüksek mahkeme tarafından yapılan *tasdikten* bahsetmiyoruz. Esasen 533 ün-
cü maddeye mebnî yapılan müracaat üzerine, Yargıtayın hakem kararlarını muvafık
bulduğu hallerde bunları tasdik etmesi gerektiğine dair kanunda bir hüküm yoktur.
Kanun ancak bunun aksini yani kararın 533 üncü maddede yazılı hallerin tahakkuku
dolayısıyla *nakzolunacağını* yazmıştır. Bununla beraber tatbikatta Yargıtay kanuna
uygun gördüğü hükümleri *tasdik etmektedir* (Yargıtay Ticaret Dairesi 10/2/945 t. 352/
3174 N. lu kararı). Tasdik keyfiyeti hakem kararına kat'î kazaiyel muhkeme kuv-
veti verir. Maamafih tıpkı mahkeme kararları için varit olduğu gibi hakem karar-
larının dahi bu kuvveti iktisap etmeleri için Yargıtayın tasdiki şart değildir; temyiz
müddetinin müruru ile aynı netice husule gelir.

İşte biz yukarıki maruzatımızda mezkûr tasdikten değil, 536 ncı madde gere-
ğince hakem hükmüne *icra kabiliyeti* vermek üzere *mahkeme reisi tarafından* yapı-
lan tasdikten bahsediyoruz. Ancak şimdiden şunu da söyliyelim ki eski hukukumuzda
bugünkü gbl, hükmün usulüne uygun bulunması dolayısıyla buna *kat'iyet bah-*
setmeğe matuf ve bir de buna *icra kabiliyeti bahsetmeğe yarıyan* iki nevi tasdik
yoktu; Mecelleye göre: «hüküm usulü meşrua ve kanuniyesine uygun görüldükte» hâ-
kim tarafından tasdik olunur ve bu suretle tasdik edilen hükümler diğer mahkeme
hükümlerinin haiz oldukları *bütân* tesirleri husule getirirdi (Mecelle, m. 1849).

zım olur.» İşte bizce bu sarahatten de anlaşıldığına nazaran hakem hükmü sadir olur olmaz taraflar arasında *tıpkı hâkimin hükmüne benzer bir kuvvet ve tesiri vardı*, bu bakımdan eski hakem hükümleri bugünkü hakem kararlarından farklıdır. Vakıa her iki hukukta da hâkimin tasdikî olmaksızın hakem hükmünü *cebren icraya* imkân yoktur. Çünkü eski hukukta da «hakemlerin hükmü yalnız kendilerini tahkim edenlere münhasır olmakla varakai hükmiye münderecatını memurini aidesi tenfiz ve icra etmek için *velâyeti âmme*yi haiz bir hakimin tasdikine iktiran etmek» şarttır. Kezalik eski hukukun otoritesi altında verilen hükmün, taraflar arasında - tıpkı bir mahkeme kararı mahiyetinde olduğu söylenebile - hiç kimsenin *hodbehoğ* ihkakı hak edemeyeceği prensipi karşısında hakem hükmünün sırf taraflar arasında *cebrî kuvveti haiz* olmasının pratik bir kıymeti olamazdı. Fakat bizi bu noktada asıl alâkadar eden cihet iki hukuk alanında tasdik husule getirdiği *tesirlerin* mukayesesinden ziyade hakem kararlarının iki hukuk sahasında haiz oldukları *mahiyetin* tayinile tasdik keyfiyetinin bu mahiyete bir şey katıp katmadığıdır.

Eski hukukta hakem hükmü taraflar arasında mahkeme kararı gibidir; hâkim bunu tetkik ederken bunda icra kabiliyeti yoktur diye değil, mezkûr hüküm usul ve kanuna uygun olarak verilmiş midir, değil midir, bu bakımdan tetkik eder. Mezkûr hüküm usulüne uygun olduğu tesbit edilince (ki bu tespit tasdik suretile olur), mihaniki olarak, önceden sırf taraflar arasında mevcut bir hüküm mahiyetinde olan hakem kararı bu sefer herkes için muteber bir karar mahiyetini alır ve binaberin resmî memurlar tarafından *cebren icra* edilebilir.

Halbuki H. U. M. K. numuzdan çıkardığımız esasa göre, hakem kararlarının sadir oldukları anda velev taraflar arasında olsun hâkimin hükmüne benzer hiçbir kuvvet ve tesirleri yoktur. Hakem kararları bida-yette, hem taraflar ve hem de üçüncü şahıslar için hususî hukuk sahasını aşmayan hususî tasarruflar mahiyetini haizdirler, fakat sonradan ve *kanunun hükmüne binaen* sıra ile *evvelâ kaziyei muhkeme*, sonra kat'ilik ve nihayet *cebrilik* (icra kabiliyeti) vasıflarını iktisap ederler. İşte bu kuvvetlerden biri olan *cebrilik*, yargıcın H. U. M. K. numuzun 536 ncı maddesine binaen yaptığı tasdik üzerine iktisap edilir.

Mecelleye göre, hâkim hakem hükmünü tasdik edince onda bilkuvve mevcut bulunan *vasıflar tezahür eder ve tesirlerini genişletirler*. H. U. M. numuzun 536 ncı maddesinde yapılan tasdikte ise hakem hükmü, bilkuvve olsun evvelce asla haiz olmadığı *yeni bir vasıf iktisap eder*.

Bu itibarlardır ki Mecellenin 1849 uncu maddesinde kullanılan «tasdik» tâbirinin bugün 536 ncı madde mucibince mahkeme reisinin ifa ettiği görevi ifade etmek için kullanılmasını yerinde bulmuyoruz.

Nitekim Prof. M. R. Belgesay'ın işaret ettiği veçhile Neuchatel kanununda *tasdik* terimi kullanılmıyarak *hakem kararlarının zirine mahkeme reisinin emrile kabili icra oldukları* şerh verileceği yazılıdır [52], [53].

9. Hakem Hükümlerinin Kontrol Edilmesi.

Her ne kadar H. U. M. K. numuzun 536 ncı maddesi hükmü gereğince mahkeme reisinin, hakem hükümlerini kanun veya usule uygunlukları bakımından kontrol edemeyeceğini söylemiş isek de, bugün bizde hakem hükümlerinin *hiçbir kontrole tâbi tutulmadıkları* zannedilmemelidir. H. U. M. K. nunun 533 üncü maddesine binaen Yargıtayın hakem kararları üzerinde bir nevi kontrol yetkisi vardır [54a]; fakat bu kontrol hâkimlerin Mecelleye binaen vâki hakem kararları üzerindeki kontrolü yanında pek kısır kalmaktadır. Gerçekten usul kanunumuzun 533 üncü maddesine tevfikan Yargıtay ne *usul* ve ne de *kanuna* uygunlukları bakımından hakem kararlarını kontrol etmek yetkisini kendinde mevcut saymamaktadır [54b]. 533 üncü maddede yazılı olan sebeplerin tahdidi sayılması [55] yüzünden Yargıtay kontrolü o derece dar bir alana hasredilmiştir ki, kanaatimize göre, 533 üncü madde muayyen dört hali [56] derpis etmemiş bulunsaydı dahi umumî hükümlere tevfikan hakem kararlarının hükümsüz kılınması yine mümkün olurdu. Filhakika hakem kararı *tahkim mukavelesine dayandığına* yani hakem, yetkisini taraflarla kendisi arasında mün'akit olan ve Borçlar Kanununun [57] umumî hükümlerine

[52] *Belgesay, M. R.*, zikredilen şerh, s. 494.

[53] Neuchatel K. m. 491/1: Après l'expiration du délai de recours en cassation, le jugement arbitral est rendu exécutoire par une ordonnance du président du tribunal, protégée au pied de l'original et mentionnée au protocole.

[54a ve 54b] Yargıtay Ticaret Dairesinin 10/2/945, 352/3174 sayılı kararı şöyle nihayetlendir: «... kanun hükümlerine aykırı bir sonuca varıp kanunlarımızın hazır halinde bunu kabule imkân bulunmamasına göre yukarıda zikri geçen maddenin (533 m.) dört sebepten hiç birisine uymayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun kararın onanmasına oybirliğiyle karar verildi.»

[55] Sayın Hocamız *Prof. Belgesay* aynı kanaatte değildir. *Belgesay*, zikredilen şerh, s. 493.

[56] H. V. M. K. m. 533 te yazılı bulunan bozma sebepleri şunlardır:

1—Tahkim müddetinin inkizasından sonra karar verilmiş olması,

2—Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,

3—Hakemlerin salâhiyetleri dahilinde olmıyan bir meseleye karar vermeleri,

4—Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri.

[57] Gaup-Stein-Yonas, zikredilen eser, cilt II, pg. 1025 s. 5.

tâbi bulunan bir *mukaveleden* aldığına nazaran, H. U. M. K. nunun 533 üncü maddesinin dört bendinde yazılı sebeplerden herhangi birine müsteniden - *mukavelenin ihlâli* sebebile - aktin ait olduğu mahkemede feshi iddiası bizce daima mesmu olurdu. (Tahkim aktinin münfesihi olması üzerine hakem kararının muallakta kalması neticesi hasil olur).

İşte, eğer biz, H. U. M. K. nun 533 üncü maddesindeki hakem hükümlerinin Yargıtayca nakzini mucip olan dört şıkka, arzettiğimiz sebeplerden naşi *mukavelenin ihlâlini mucip olan sebepler* nazarile bakarsak Yargıtayın bizde hakem hükümlerine âdeta müdahale etmediği ileri sürülebilir. Halbuki eskiden hâkim hakem hükmünü, sadece kanun veya usule uygunluğu veya müçtehidinden birinin mezhebine tevafuku bakımından değil, evvelce bir münasebetle bildirdiğimiz gibi *bizzat kendisinin taklit ettiği mezhebe tetabuku noktasından* da tetkik ederdi. Yani hâkimin âdeta *iptidaen hükmetmesi* vaziyeti husule gelirdi ki, buna bir de Mecelleye göre hakem hükümlerinin kabili istinaf ve temyiz olduğunu ilâve edecek olursak, bidayette sadir olan hakem hükmünün bu sıkı kontrollerden sonra ne dereceye kadar benliğini muhafaza ettiği cayı sualdir.

* * *

İncelememizi tamamlamak için eski hukuk ile yeni hukukumuz arasında mevcut olan tâli mahiyette bir takım *benzerliklere* işaret etmek isteriz.

Eski hukukta da bugünkü gibi *ihtiyari ve mecburi* tahkim tefriki mevcuttu. Aslolan ihtiyari tahkimdi, yani taraflar, H. U. M. K. nunumuzda tanzim edilen tahkimde olduğu gibi, serbest ihtiyarlarile tahkime başvururlardı. Ancak ticaret şirketlerinde şerikler arasında tahaddüs eden uyuşmazlıkları rüyet ve tesviye etmek için, şerikler hakem tayinine mecbur olurlardı. Bundan istinkâf etmeleri halinde mahkeme hakemleri kendiliğinden tayin eder ve bunlar da Ticaret Kanununun hükümlerine tevfikân mevcut ihtilâfı hallederdi [58].

İkincisi, Mecelleye göre hükümden sonra hakemin azli caiz değildi, yani iki taraftan yalnız biri değil ikisi de hakemi azletse yine hükmü batıl olmazdı; çünkü muhakkem kendisine havale olunan hususata hükmetmekle memuriyeti hitam bulurdu. Bugün aynı vaziyet mevcuttur, hakemin kararını verdikten sonra azledilmesinin hukukî bir hükmü yoktur.

Üçüncüsü, Mecelleye göre, bugünkü hukukumuzda olduğu gibi *her hususta tahkim caiz değildi*. Bugün tarafların ancak üzerlerinde serbestçe

[58] Bugün bizde İş Hukukunda ve Devlet Daireleri arasında çıkan ihtilâfları hal için mecburi tahkim müessesesi kabul edilmiştir.

tasarruf edebilecekleri veya sulh olabilecekleri haklarda tahkim eylemelerine mesâğ vardır [59]. Mecellenin 1481 inci maddesi sarahatine binaen ancak «*Hukuku nassa müteallik mal davalarında*» tahkim caizdi. Hukuku Allahın muhafazası Şer'an velâyeti âmmeyi haiz olan hâkimlere ait olmakla bu gibi hallerde tahkime tevessül olunamazdı.

Dördüncüsü, eskiden hakimler için aranan ehliyet kısmen hakemlerde de aranırdı. Vakıa bunlar Velâyeti Âmmeyi haiz olmadıklarına nazaran, hakimlerde mevcut olan evsafın hepsine malik olmaları istenmiyordu, fakat hükümleri tarafeyn hakkında hakimın hükmü gibi lâzımülicra olduğundan bunların Mecellenin 1794 üncü [60] maddesinde tasrih edilen şeraiti haiz olmaları lâzımdı. Bugün de H. U. M. Kanunumuzun 521 inci maddesine nazaran «Hakemlerin reddi hâkim sebeplerine müsteniden reddolunabilecekleri» tasrih edilmiştir. Nihayet gerek H. U. M. Kanunumuza gerekse Mecelleye nazaran hakem hükmünün neticeleri ancak taraflara münhasır olup hasımlardan maadasına sari değildir.

* * *

Bütün bu incelememizden hulâsaten şu neticeyi çıkarabiliriz ki *tahkim akti* her iki kanun nazarında hususî hukuk çevresi içinde kalan ve istisna, vekâlet, veya sulh gibi mukavelelere mebni ifa edilen bir hizmettir.

Öteyandan iki hukuk arasında esaslı farkı husule getiren cihet eski hukukumuzda tahkim münhasıran *tahkim aktine* dayandığı halde bugün bu müessesenin esas itibarile *hakem mukavelesine* veya *hakem şartına* istinad edışıdır.

Hakem hükmüne gelince, bugün bunun kuvvet itibarile münhasıran mukaveleye istinat ettiği ileri sürülebilir. Halbuki eskiden tahkim lüzum ifade etmiyen ukuttan olduğuna nazaran hakem hükmünün lüzum ifade edici kuvveti hakemin haiz olduğu *Velâyeti Şer'iyeye* dayanırdı.

Nihayet eskiden taraflar tahkimle sadece *başka yargıçlara* başvurmuş sayılırken bugün tahkime hem *başka yargıçlar* ve hem de başka bir *adalet* temin edilebilmektedir.

Rabi KORAL

[59] *Garçonnet*, zikredilen eser, s. 365, N. 3026; H. U. K. m. 518.

[60] Mecelle, M. 1794: Hakimın temyizli tamme muktedir ve hakimiye ehil olmak için şahadete ehil olması şart ve lâzımdır. Bu surette şahadete ehil olmıyan hakimliğe dahi ehil olamaz. Ve şahadete ehil olan hakimliğe dahi ehil olur. Zira bunların herbirisi ile gayer üzerinde vilâyet sabit olur. Şöyle ki, şahit, şahadetle hâkimi hükme ilzam edeceği gibi hakim dahi bu hükmü sebeble müddeinin hasmını ilzam edeceğinden bunlar babıvahitten vahidi-huma ahırdan müstefad olur.