

HAKEM SÖZLEŞMESİNDE ESASA UYGULANACAK HUKUK

(Law That Will Be Applied In Essence Of Arbitrator's Contract)

Mehmet Rifat BACANLI¹

ÖZ

Hakem sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Tahkimin birçok farklı sebeple kendisine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu düşünüldüğü gibi, hakem sözleşmesi de kendine has özellikleri olan ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, biz de hakem sözleşmesinin kendisine has (*sui generis*) bir sözleşme türü olduğu yönündeki görüşlere katıldığımızı ifade ederiz. Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk belirlenir iken önce subjektif bağlama kuralları yani tarafların açık veya zimni iradeleri ve objektif bağlama kuralları değerlendirilmelidir. Ticari bir sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukuk ile hakem heyeti farklı ülkelere tabi ise hakem sözleşmesine ilişkin sorunun hakem heyetinin hukukuna mı yoksa sözleşmeye esas alınacak hukuka mı göre çözüleceği ayrı bir sorundur.

Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından özellik arz eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir. Taraflar hukuk seçimi yaparak sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânına sahiptirler. Tarafların uygulanacak hukuku belirlemedikleri hâllerde ise objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukudur. Hakem sözleşmelerinde karakteristik edim, hakemin edimidir.

Anahtar Kelimeler: Hakem Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk

ABSTRACT

The arbitration agreement is similar to the labor contract and the proxy contract. Arbitration is considered to be a unique dispute resolution

1 İstanbul Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi Muhasip Yönetim Kurulu Üyesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, ♦ rbacanli@hotmail.com



method for many different reasons, and the arbitration agreement should be considered as a separate contract with its own characteristics. Therefore, we express that we agree with the views that the arbitration agreement is a sui generis contract type. While the law to be applied to the arbitration agreement is to be determined, the subjective binding rules, that is, the open or ambition of the parties and the objective binding rules should be evaluated. When a commercial contract subject to the law of one country contains an arbitration clause specifying the seat for arbitration in a different country, is the problem of the arbitration agreement itself to be determined by reference to the law applicable to the substance of the dispute or to the law of the seat. There is no provision that is applicable to the arbitration agreement and which is of special character in terms of law. The law to be applied to the arbitration agreement shall be determined in accordance with Article 24 of MÖHUK. The parties have the opportunity to determine the law to be applied to the contract by making the choice of the law. In cases where the parties do not specify the applicable law, the most strictly related law will be applied with objective binding rule. The most strictly related law is the customary law of the indebtedness of the characteristic act. The characteristic act in the arbitration contracts is the judgment of the court.

Keywords: Which law governs the Arbitration Agreement

GİRİŞ

Hakem sözleşmesi, hakem ile tahkim anlaşmasının tarafları arasında kurulan; tarafların karşılıklı hak, yükümlülüklerini düzenleyen, yükümlülüklerin ihlâli durumunda başvurulabilecek mekanizmalara işaret eden ve bu ilişkinin sona erme koşullarını ortaya koyan sözleşmedir.

Hakemin hakem sözleşmesinden doğan hakları hakemin ücret hakkı, hakemin tahkim için yaptığı masrafların karşılanması, hakemin taraflar ve tahkim kurumundan dayanışma talep etmesidir. Hakemin hakem sözleşmesinden doğan borçları ise hakemin tahkim anlaşmasını uygulama ve uyuşmazlık hakkında belirlenen sürede karar verme yükümlülüğü, hakemin eşit davranma yükümlülüğü ve tarafların âdil yargılanma hakkı, tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğü, hakemin sadakat ve sır saklama yükümlülüğü, hakemin özen yükümlülüğü, hakemin bilgi verme ve iade yükümlülüğüdür. Hakem sözleşmesinde ücret ödeme borcu zorunlu bir unsur olmayıp sözleşme veya teamül var ise ücrete hak kazanılır. Ücretin kararlaştırıldığı hakem sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.



Hakem sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için hakem sözleşmesinin hukuki vasfının tespiti önemlidir. Hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, iş görme sözleşmesi vekalet sözleşmesi ve kendine özgü (*Sui generis*) sözleşme özellikleri itibarı ile hakem sözleşmesini açıklamakta öne çıkan sözleşme türleridir. Tarafların hakem sözleşmesine uygulanacak hukuku seçmeleri durumunda bir sorun yoktur. Hakem sözleşmelerinde uygulanacak hukuk belirlenmemiş ise karakteristik edim ve sıkı ilişkili hukuk kavramlarının doğru tespit ve değerlendirilmesi önemlidir. Bu çalışmada hakem sözleşmelerine uygulanacak hukuk, sübjektif ve objektif bağlama görüşleri çerçevesinde ele alınarak tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda öncelikle hakem sözleşmesinde tarafların hak ve borçları belirlenmeye çalışılacak ve akabinde MÖHUK m.24'ün hakem sözleşmelerine nasıl uygulanacağı değerlendirilecektir.

I. TAHKİM

Yargı yetkisiyle, hukuk düzeninin korunması ve gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Günümüzde egemenlik anlayışının bir gereği olarak yargılama hak ve yetkilerinin devlet tekelinde bulunması ve hukuki uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinde çözümlenmesi esas olup bu kuralın, tek istisnası tahkimdir. Zira hakkı ihlal edilen kişi, hakkının tespiti ve tanınması için devlet mahkemelerinin dışında oluşturulan tahkim yoluna başvurabilmektedir. Tahkim, kural olarak ihtiyaridir. Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen tahkim yolu; "ihtiyari tahkim"dir.

A. Kavram

Eskiden beri var olan tahkim kurumunun tanımı üstünde bir fikir birliği bulunmamakla birlikte, terminolojide tahkim, hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesi kavramlarının bazı hukukçular tarafından birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir.

"Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan tarafların, aralarında anlaşarak, uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve özel kişilerin uyumsuzluğu çözmelerine tahkim denilmektedir."²

Diğer bir tanımda ise "Tahkim, kanunun tahkim yolu ile çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların devlet

2 DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara, 2015, s.133



yargısında çözümlenmesi yerine, hakem adı verilen kimseler aracılığı ile çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmalarıdır.”³

Başka bir tanımda ise tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasıdır.⁴

“Tahkim kanununun men etmediği konularda taraflar arasında doğmuş veya doğacak anlaşmazlıkların bir akit veya kanun hükmü uyarınca devlet yargısına başvurulmadan taraflarca veya kanunla doğrudan doğruya seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs ve mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesi” olarak da tanımlanmıştır.⁵

Tahkim günümüzde bir uzmanlık alanı olup kısa sürede çözüm sunmaktadır. Tahkimde davaların adli tatilde görülebilmesi, mahkemelerden daha hesaplı çözümün mümkün olması, tahkimin gizli olması, kredi veren kuruluşların talebi gibi hususlar tahkime ihtiyaç duyulma sebepleridir.⁶

B. Çeşitleri

Devlet bazı uyuşmazlıklar için tahkim şartı getirirken, bazı uyuşmazlıklar için ise tahkime başvurma konusunda uyuşmazlığın taraflarına seçme hakkı tanımıştır. Bu bağlamda tarafların, uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna başvurma konusunda serbest olup olmamalarına göre tahkim zorunlu ve ihtiyari olmak üzere ikiye ayrılır. Zorunlu tahkimde uyuşmazlığın çözümü için tarafların iradelerine bakılmaksızın tahkime gitme zorunluluğu bulunmaktadır. Burada şartların oluşması hâlinde uyuşmazlığın çözümü mutlaka kanunla tespit edilmiş hakem veya hakem kurulu tarafından yapılacaktır.

Örneğin Çeltik Ekimi Kanununun 14. maddesinde, çeltik sulamasında kullanılacak olan kurumlandırılmış suların, devletin, hususi idarelerin veya evkafın ise bunun için çeltik çiftçilerinden belli bir dönüm başına alınacak su parası her iki taraf arasında kararlaştırılacaktır. Fakat taraflar bu bedel konusunda anlaşamazlarsa çeltik komisyonları meseleyi hakem sıfatı ile halledeceklerdir. Tüketici hakem heyetleri de zorunlu tahkime örnek olabilir.

3 AKINCI Ziya, *Milletlerarası Tahkim*, İstanbul, 2016, s.3

4 KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara, C. VI, 2001, s. 585

5 ERTEKİN Erol, KARATAŞ İzzet, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması*, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.30

6 DAYINLARLI Kemal, *Milletlerarası Tahkim Rehberi*, Ankara, 2014, s.9



Tahkim yoluna başvurup başvurmamak uyuşmazlık taraflarının iradelerine bağlı ise ihtiyari tahkim söz konusudur. İhtiyari tahkim, tarafların anlaşmasıyla, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına denir. İhtiyari tahkimde taraflar uyuşmazlığın çözülmesi konusunda serbest hareket ederler. Başka bir ifadeyle ihtiyari tahkimde taraflar uyuşmazlıklarını tahkim yoluyla çözüp çözmemekte, hakem veya hakemleri seçmekte, hakemlerin çözeceği uyuşmazlıkları tespit gibi hususlarda serbesttirler. Taraflar tahkim yoluna başvurmakta serbesttirler ancak, tahkimin kararıyla bağlıdırlar.

Tahkim, ihtiyari ve zorunlu olarak ayrılabilirdiği gibi, Özel Tahkim (Ad Hoc tahkim) ve Kurumsal Tahkim olarak da ikiye ayrılabilir.

Özel tahkim (Ad Hoc tahkim) türünde, taraflar uyuşmazlık konusuna uygulanacak usul ve kurallarını kendileri belirlemek, hakem ya da hakem heyetini kendileri oluşturmak isterler. Böyle bir durumda belli bir kuruma bağlı olmadan oluşturulan bir tahkim yargılaması söz konusudur. Buna özel tahkim, diğer bir ifade ile ad hoc tahkim denilmektedir. Ad Hoc tahkimde taraflar genelde UNCITRAL Tahkim Kurallarının uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar.⁷

Kurumsal tahkim (Enstitü Tahkimi) türünde ise, uyuşmazlığa düşen taraflar, uluslararası alanda tahkim usulünü bilen, deneyim sahibi bir kurumun tahkim usulünü seçer. Bu tür kurumların önceden hazırlanmış yargılama usulüne ilişkin kuralları vardır ve uyuşmazlıklar tahkim kurumunda ve bu kurumun öngördüğü usul kurallarına göre çözülür.

Milletlerarası tahkim kurumlarının yanı sıra özellikle son yıllarda bölgesel ve milli tahkim kurumlarının sayısında ve tanınmışlığında bir artış olmuştur. İnşaat, sigortacılık, finans hizmetleri, deniz taşımacılığı ve ticari mal üretimi gibi bazı sektörler; kendi tahkim ve arabuluculuk prosedürlerini ve kurallarını oluşturmuşlardır.⁸

C. Tahkim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Maddi Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşe göre, sözleşmenin kurucu unsurunun maddi hukuk karakteri taşıması, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu olan ilişkinin maddi

7 AKINCI, s.5

8 PAULSSON, Jan/ RAWDİNG, Nigel/REED, Lucy: The Freshfields Guide To Arbitration Clauses in International contracts, The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, s.8



hukukta etkisini göstermesi, maddi hukuk karakterini ortaya koyar.⁹ Tahkimin esas itibariyle sözleşmeye dayanması ve tarafların sözleşmenin kurulması için temsil yetkileri, ehliyet, sözleşmenin butlanı veya iptali gibi işlemlerin borçlar hukuku sınırları içinde kalmasını gerektirir.¹⁰ Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin önemi, hakem kararlarının tenfizi açısından da kendini göstermektedir. Devletler özel hukuku alanında sözleşme hangi kanuna tabi ise onun hüküm ve sonuçları da aynı kanuna göre belirlenir.¹¹

2. Usul Hukuku Sözleşmesi Görüşü

Bu görüşe göre; kanunlarda kişilere tahkim sözleşmesi yapma yetkisi tanınması hâlinde, yargılama faaliyeti sonucu hakem veya hakemlerce verilecek kararın hukuki niteliğini, yargısal olarak kabul etmek gerekir. Bir görüşe göre, tarafların tahkim sözleşmesi yapma yetkilerini kullanması; devlet yargısının daraltılması ve mahkemelere giden yolun kapanması sonucunu doğurur.¹² Tahkim sözleşmesinin kurulmasının borçlar hukuku ve medeni hukuk yani maddi hukuk hükümlerine tabi olması, nitelik itibariyle maddi hukuk sözleşmesi olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir.¹³ Tahkim sözleşmesi, kurulması bakımından maddi hukuk hükümlerine tabidir. Sözleşmenin kurulmasında tarafların sahip olması gereken şartlara, borçlar hukuku hükümleri niteliğine uygun olduğu ölçüde uygulanacaktır. Ancak bu esastan hareketle, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi veya karışık muhtevalı akit niteliğinde olduğu kesin olarak söylenemez.¹⁴ Hakemlerin yargılama ve hüküm verme yetkisine sahip olmaları usuli bir fiildir. Adli yargıya başvuru yolunun kapanması da usuli özellik gösterir.

3. Karma Sözleşme Görüşü

Bu görüş maddi hukuk ve usul hukukuna ilişkin görüşlerin tahkimin hukuki niteliğini tek başına açıklamada yetersiz kaldığı noktasından hareketle tahkimi, hem sözleşme hukuku yönüyle esas almakta, hem de tahkimin kamu hukuku karakteri, hukuki niteliğin belirlenmesinde

9 ALANGOYA, Yavuz: *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973 s.42

10 TAŞKIN, Alim: *Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2. Bası 2005, s.17

11 KALPSÜZ, Turgut: *Türk Hakem Kararı Kavramı, (Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, 2. Tahkim Haftası Ankara 1984)*

12 ALANGOYA: *Tahkimin Niteliği* s.64

13 KALPSÜZ: *İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları*, Ankara, 1996 s.353

14 TAŞKIN, s.17



değerlendirme dışında tutulmamaktadır.¹⁵ Tahkim sözleşmesinin maddi ve usuli niteliğinin birbirinden bağımsız olarak ele alınamayacağı, her ikisini de bünyesinde taşıdığı esastan hareketle, bütünlük gösteren tek bir hukuki işlem olduğu ifade edilmektedir.¹⁶

4. Bağımsız Görüş

Bağımsız görüş, tahkimin hukuki mahiyetini tayinde, diğer teorilerden farklı esaslardan hareket etmektedir. Milletlerarası tahkimin özelliği ve hukuki yapısı gereği, milli tahkimden farklı özellikler arz etmesi, milletlerarası tahkimin hukuki niteliğinin tespitinde, milli hukuktaki yerinin tespiti yerine, tahkim sözleşmesine ve taraf iradelerine bağımlı olmayan milletlerarası bir hukuki nitelik tanıma gereğinden hareket eder.¹⁷ Bağımsız teoriye göre tahkim, milletlerarası ticari toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere milli tahkimden farklı normlar dikkate alınarak oluşmuştur. Tahkim prosedürünün milletlerarası niteliği sebebi ile kendisinin incelenmesi gerekmekte olup tarafların irade serbestileri milletlerarası kamu düzenine uygunluk ölçüsü esas alınarak sınırlandırılmalıdır.¹⁸ Milletlerarası tahkimi bir vakıa olarak ele alan bağımsız görüş, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına göre milletlerarası tahkimin geliştiği ve ulusal ve uluslar arası hukukun buna paralel olarak değiştiğini öne sürmektedir. Milletlerarası ticari tahkim kurumuna, milletlerarası bir hukuki nitelik verilmesi, tahkimin millî hukuk sistemlerinden çıkartıldığı anlamına gelmez.¹⁹

D. Milletlerarası Tahkim Kavramı

Milletlerarası tahkimde yabancılık unsurunun tespitinde objektif (uyuşmazlık konusu) ve sübjektif (uyuşmazlık tarafları) olmak üzere karma kriterler mevcuttur. Karma kriter hem Milletlerarası Tahkim Kanunu hem de UNCITRAL Model Kanun'da kabul edilmiştir.²⁰

Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde uygulanacak usul hukuku kurallarının kararlaştırılmamış olması hâlinde, uyuşmazlık yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

15 TAŞKIN, s.20

16 ALANGOYA- Tahkimin Niteliği s. 48

17 TAŞKIN, s. 21

18 ŞANLI, Cemal: *Milletlerarası Ticari tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1985, s. 49

19 ŞANLI, s. 22

20 DOĞAN, s. 135



Tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, uyuşmazlığın yabancılık unsurunun bulunduğu veya taraflarca milletlerarası tahkim kanununun uygulanmasının seçildiği uyuşmazlıklarda Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır.²¹ Anlaşılacağı üzere Milletlerarası Tahkim Kanununun uygulanması için iki unsur lazımdır. İlki uyuşmazlığın nitelik itibariyle yabancılık unsuru taşıması; diğeri tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi veya taraflarca Türkiye'nin tahkim yeri olarak seçilmesidir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 5. ve 6. Maddesine giren hususlar dışında, Kanun, tahkim yeri olarak Türkiye'nin öngörülmediği milletlerarası tahkimlerde uygulanmaz.²²

Yabancılık unsurunun belirlenmesi ise aynı kanunun 2. Maddesinde, kanunun 2. Maddesinde, özetle, tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer, tahkim yeri, ifa yeri veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yer ,yabancı sermaye veya yabancı kredi ,bir ülkeden diğer ülkeye sermaye veya mal akışı gibi kıstasların değerlendirmeye alınmasıyla ortaya çıkarılabileceğinden bahsedilmiştir.²³ Kanunda yabancılık unsuruna ilişkin bir tanım yapılmamıştır.

4.2.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK") 407-444 maddeleri arasında tahkime ilişkin hususlar düzenlenmiştir. HMK'nın tahkime ilişkin hükümleri, **yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği** uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bu hükümler, milli tahkime ilişkin hükümlerin günümüz tahkim anlayışına ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na ("MTK") uygun hâle getirilmesi bakımından büyük önem taşır. HMK'nın ve MTK'nın tahkime ilişkin hükümleri UNCITRAL Model Kanunu benimsediği için çelişkiler önlenmiştir. Bu tahkim kurallarına bazı yazarlarca milli tahkimde denmektedir.²⁴

Milletlerarası Tahkim Kanunu 1. Maddesinde, bu kanunun, **tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği, yabancılık unsurunun bulunduğu veya taraflarca milletlerarası tahkim kanununun uygulanmasının seçilmesi hâlinde uygulanabileceği** belirtilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424'ün birinci cümlesinde, "taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu kısmın

21 ERMENEK İbrahim: "Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı, s. 1228

22 AKINCI, s. 52

23 DOĞAN, s.135

24 NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN GELGEL.: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, İstanbul. 4. Basi. 2013, s.15

emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilir” denilmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424’ün ikinci cümlesinde, taraflarca aksine bir sözleşme yapılmadığı müddetçe hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasını Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkim kısmı hükümlerini gözeterek uygun bulduğu şekilde yürüteceğine işaret edilmiştir. Söz konusu hüküm, tarafların uygulanacak usul hukuku kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, bu kuralları belirleme yetkisini hakem ya da hakem kuruluna vermiştir. Bu çerçevede hakem ya da hakem heyeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun tahkime ilişkin usul hükümleri ile yetinerek bir yargılama yapabileceği gibi, bu kısım hükümlerini gözeterek kendisinin uygun bulduğu bir şekilde de yargılamayı yürütebilir.

Milletlerarası Tahkim Kanun’un 8-A maddesine göre, “Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür.”

Tarafların hangi usul kurallarının uygulanacağı hakkında uzlaşmaya varamaması hâlinde Milletlerarası Tahkim Kanun’unun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Milletlerarası Tahkim Kanununun 17. Maddesinin 1 fıkrasına göre “Bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanmaz.” denilerek aksine hüküm bulunmadıkça HMK’ un uygulanmayacağına yer verilmiştir.

Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde uygulanacak usul hukuku kurallarının kararlaştırılmamış olması hâlinde, uyuşmazlığın niteliğine göre Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanacağı hâllerde, Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 17/1’e verilecek anlam önemlidir. Meseleye ilişkin olarak söz konusu düzenleme, bu **Kanunda hüküm bulunan hâllerde**, aksine bir düzenleme olmadıkça, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağına işaret etmektedir. Ancak, burada da Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda hüküm bulunmayan hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur.

Milletlerarası Tahkim Kanununda hüküm olmayan hâllerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı şeklinde bir sonuca varmaya Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 8/A’nın 2’nci



fıkrası engeldir. Taraflar tahkim usulüne ilişkin bir hükme yer vermez iseler, hakem veya hakem kurulları Milletlerarası Tahkim Kanunu'na aykırı olmamak kaydı ile ihtiyaç hâlinde kendileri kural oluşturmak sureti ile usulü kendileri yürütecektir. Tahkim usulü ile alakalı konular Milletlerarası Tahkim Kanunu ile düzenlenir ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilgili hükümleri uygulanmaz.²⁵

Taraflarca tahkime uygulanacak usul hükümlerinin kararlaştırılmamış olması hâlinde, hakem ya da hakem kurulunun tahkim yargılamasını Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda belirlenen hükümlere göre yürütüleceğini emredici olarak düzenlemiştir. Hakem kurulu bu kanuna aykırı olmamak kaydı ile yürüttüğü tahkim usulünde gerekirse usule ilişkin kural da oluşturabilir²⁶ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda model Kanun olan UNCITRAL Tahkim Kanunundan farklı olarak, hakemlere, davayı uygun buldukları şekilde yürütme yetkisi verilmemiştir.

II. HAKEM SÖZLEŞMESİ

A. Kavram

Hakem, hakem sözleşmesi ile iki taraf arasındaki uyuşmazlığı çözmek görevini üzerine alan kişiye denilmektedir. ²⁷ Tamamen tarafların iradesi ile atanmış bulunması ve resmi sıfatının olmaması nedeniyle hakemler, hâkimlerden farklıdır. Hâkim ler, hakem olarak görev yapamazlar, sadece kendi resmi görevlerini yerine getirirler.

Hakem sözleşmesi ise; tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukuki ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşmedir.²⁸

“Hakem sözleşmesi, diğer bir tanımla, hakem ile tahkim anlaşmasının veya uyuşmazlığın tarafları arasında kurulan; tarafların karşılıklı hak, yükümlülüklerini düzenleyen, yükümlülüklerin ihlali durumunda başvurulabilecek mekanizmalara işaret eden ve bu ilişkinin sona ermesi koşullarını ortaya koyan sözleşme” şeklinde de tanımlanmıştır.²⁹

25 ERMENEK, s.1230

26 AKINCI, s.168

27 KURU, B./ ARSLAN, R./ YILMAZ, E.: *Medenî Usûl Hukuku*, B. 24, Ankara 2013. s. 924

28 TAŞKIN, s.9

29 BURDURLU, Özlem: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi*, Ankara, 2016



Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 19.03.2003 tarihli, E. 2003/15142 ve K. 2003/182 sayılı kararında hakem sözleşmesi "tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka ve usule ilişkin hukukî ilişkilerin usul hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.³⁰

Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda tahkim sözleşmesiyle hakem sözleşmesi hatalı olarak aynı sözleşme olarak tanımlanmıştır.³¹ Tahkim sözleşmesi ile hakeme götürülen ihtilaf ile taraflar ile hakem veya hakemler arasında zımni bir sözleşme meydana gelir. Meydana gelen bu sözleşmeye, hakem sözleşmesi denir.³² Bu sözleşmede, hakem yargılamasının esas ve usulleri belirlenir.

Hakem sözleşmesinin iki aşamalı olduğu söylenebilir. Birinci aşamada, taraflar hakemin seçildiğine dair sözleşme yapar, ikinci aşamada ise hakemin hakemliği kabul ettiğine dair taraflarla sözleşme akdetmesi söz konusudur.³³

New York sözleşmesinin 2.maddesine göre tahkim sözleşmesi yazılı şekle sahiptir. Hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinde olduğu gibi yazılı bir şekle tabi tutulmamıştır. Yazılı şekil bir geçerlilik şartı değildir ancak kanunlar ihtilafı sorunlarının çözümlenip hukuki güvenliğin sağlanması açısından taraflar hakemler arasındaki sözleşmenin yazılı olması büyük önem taşır.³⁴ Hakemin kendisine verilen uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözme faaliyetini kabul etmesi ile hakem sözleşmesi oluşmakta, bu hâliyle de yazılı veya sözlü olarak hakem sözleşmesi kurulabilmektedir.³⁵ Hakem sözleşmesi ile hakemler verecekleri hizmet karşılığında, sözleşme veya teamüle göre ücrete hak kazanmaktadır.

Gerçek ve tüzel kişiler medeni haklarını kullanma ehliyetine sahip olmaları kaydıyla hakem olarak tayin edilebilirler.³⁶ Tahkim sözleşmesinin

30 Erişim için bkz. <www.kazanci.com>,(26.12.2016).

31 Yargıtay 19. HD, 29.05.2012, E. 2012/4065, K. 2012/9080; Yargıtay 15. HD, 13.04.2009, E. 2009/1438, K. 2009/2153; Yargıtay 9. HD, 03.11.2008, E. 2008/5830, K. 2008/29774; Yargıtay 11. HD, 05.12.2012, E.2011/13485, K. 2012/19915; Yargıtay 9. HD, 25.02.2013, E. 2013/1773, K. 2013/6664; Yargıtay22. HD, 28.06.2012, E. 2012/12, K. 2012/14853, erişim için bkz. <www.kazanci.com>,(26.12.2016).

32 BALCI, Muharrem: **İhtilafların Çözüm Yolu ve Tahkim**, İstanbul 1999, s. 146

33 DAYINLARLI, Kemal: **HUMK'ta Düzenlenen İç Tahkim**, s. 41; TAŞKIN, s. 39

34 TAŞKIN, s. 53

35 BALCI, s. 147

36 TAŞKIN, s. 5



tarafı ve hâkimler, hakem olarak görev yapamazlar. Taraflarca hakem, tahkim sözleşmesinde ismen belirlenebilir. Bu durumda sözleşmede belirlenen kişilerden birinin hakemlik yapmaması hâlinde, tahkim sözleşmesi de geçersiz olacaktır.³⁷ Yine hakemlerin taraflarca tayin edileceği kararlaştırılabilir. Böyle bir durumda genelde her bir taraf kendisine bir hakem tayin eder ve diğer tarafa da hakemini tayin etmesi için süre verebilir.

Hakemlerin tayininde, bir başka yolda, tahkim sözleşmesi ile hakemlerin seçiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasıdır. Bu üçüncü kişinin hakem seçiminden kaçınması veya ölmesi hâlinde tahkim sözleşmesi hükümsüz kalır.³⁸

B. Hakem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hakem sözleşmesinin akdi niteliği olup olmadığı konusunda Alman hukukunda tartışmalar bulunmaktadır.³⁹ Hakemlerle hakem sözleşmesinin taraflarının karşılıklı olarak yapmış oldukları irade açıklamalarının, sözleşme yapma iradesini içerip içermediği hâl ve şartlara bağlıdır. Alman hukukunda doktrinde eskiden temsil edilen bir görüşe göre, hakemlerin görevi kabul zorunluluğunun olması nedeniyle bu ilişki akdi bir ilişki değildir denilmektedir.⁴⁰

Akdi ilişkinin kabulü için ön şart, ilgililerin iradesinin hukuki bağın kurulmasını içermesine bağlıdır. Bu yönde bir iradenin varlığı bazı durumlarda açıklamaların yorumundan anlaşılabilir. Bununla birlikte akdin kurulmasıyla tarafların hukuki bağlanma iradesi esastır. Hukuki bağlanma arzusu ile taahhüt edilen edimin karşı taraf için taşıdığı önemin tespitinde; amaç ve edimin türünün göz önünde bulundurulması gerekir.

Hakemlerin bir tahkim prosedürü uygulayarak, hukuki uyumsuzluğu karara bağlamaya yönelik bir irade ortaya koyması akdi niteliğin tespiti için önemlidir.⁴¹ Akdi ilişkinin varlığı kabul edildikten sonra hakem sözleşmesinin sırf bir maddi hukuk sözleşmesi yoksa hem maddi hem usuli hükümler içeren bir karma sözleşme mi olduğu değerlendirilmelidir.

37 AKINCI, s. 298, KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 925

38 KURU, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, İstanbul 1991, s. 4038

39 Tartışmalar için bkz. TAŞKIN s.23

40 BİÇKİN, İ. : **"Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması"**, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2006, S. 67,s381

41 TAŞKIN, s. 23



Maddi hukuka ilişkin görüş esas alındığında hakem sözleşmesi, münhasıran özel hukuk kurallarına tabi olacaktır. Karma sözleşme görüşünün kabulü hâlinde ise, hem maddi hem de usul hukukuna ilişkin hükümler, hakem sözleşmesinde uygulama alanı bulacaktır.⁴²

Hakem sözleşmesi kanaatimce ikiye ayrılabilir. Sözleşmenin kurulması ve yükümlülükler bakımından maddi hukuk, karar verme yetkisi, tahkim prosedürü gibi yönler bakımından da bir usul hukuku sözleşmesidir. Bu sebepten karma sözleşme görüşüne, tahkim sözleşmesinin bütünlük gösteren tek bir hukuki işlem olduğu, maddi ve usuli niteliğinin birbirinden bağımsız olarak ele alınamayacağı, maddi ve usuli niteliğin her ikisini de kapsadığı düşüncesi ile katılmaktayım.

Hakem sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuktan söz edebilmek için bu sözleşmenin vasıflandırılması gerekmektedir. Hakem sözleşmesinin borçlar hukukunda vasıflandırılması içinde öncelikle sözleşmenin kurucu unsurunun hangi maddi hukuk karakteri taşıdığı belirlenmelidir. Hakem sözleşmesi bir işgörme sözleşmesidir. İşgörme amacı olan bu sözleşme tipleri hizmet, istisna, eser, vekalet ve kendine özgü (sui generis) sözleşmeler olarak nitelendirilebilir.

1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 393. maddesinde hizmet sözleşmesi, "işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde tanımlanmıştır.⁴³ Bu tanımdan da çıkarılabileceği gibi hizmet sözleşmesi "bir işin görülmesi", onun karşılığında hak edilen bir "ücret" ve "bağımlılık" unsurlarından oluşmaktadır. Hizmet sözleşmesi, belirli veya belirsiz süreli olan, edimin bir defada ifa edilmeyip zaman içerisinde kısım kısım yerine getirildiği bir ilişkiyi konu edinmektedir.

Bu zaman diliminde işçi, mesaisine denk gelen sürede emeğini, işin niteliklerine uygun olarak, işverenin emrine tahsis etmekle yükümlüdür. Hakem sözleşmesinde de, hakem tarafından tahkim yargılamasının yürütülmesi ve belirli bir süre içerisinde neticelendirilmesi mukabilinde, hakemin tespit edilen ücrete hak kazanması söz konusu olmaktadır. Hakem sözleşmesinin "ücret" ve "bir işin görülmesi" unsurlarını bünyesinde barındırdığı ifade edilebilir. Fakat işverene "bağımlılık"

42 TAŞKIN s.24,25

43 EREN, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), Ankara 2014, s. 529-530



unsuru bakımından hizmet sözlüşmesinden ayrılmaktadır.⁴⁴Nitekim tahkim yargılamasında hakem, tahkimin taraflarının emir ve talimatlarına bağılı olmadan yargılamayı yürütmelidir.⁴⁵ Milletlerarası tahkime ilişkin hakem sözlüşmesinin hizmet sözlüşmesi olup olmadığı İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin 27.07.2011 tarihli Jivraj v. Hashwani kararında tartışılmıştır.⁴⁶ Bu kararda taraflar arasında joint venture sözlüşmesi imzalanmış ve tahkim şartına yer verilmiştir. Aynı zamanda sözlüşme ile ilişkin herhangi bir uyuşmazlığın doğması hâlinde seçilecek hakemlerin İsmailî mezhebine mensup kimselerden olması gerektiği kararlaştırılmıştır. Ancak, sonrasında taraflardan birisi bu durumun ırkçılık ve ayrımcılığa sebebiyet verdiğini ve iş hukukunu düzenleyen uluslararası anlaşma ve normlara aykırı olacağını ifade etmiş, tahkim şartının hükümsüzlüğünü ileri sürmüştür. Nihâî olarak İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından incelenen meselede, hakem sözlüşmesinin klâsik manada bir hizmet sözlüşmesi olmadığı, hakemin bağımsız olması gerekliliği de göz önüne alınarak iş hukukuna ilişkin uluslararası anlaşma ve normların hakemlerin statüsünü düzenlerken uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.⁴⁷

Taraflar duruşma gününü tespit etmiş olsalar bile hakemin duruşmaya ne zaman hazırlanacağı, ne zaman dosya üzerinde çalışacağı ve kararın ne zaman yazılacağı, kısaca hakem yargılamasının hassasiyet taşıyan durumlarda, işlemlerin ne zaman ve nasıl yapılacağı, sonuçlandırılacağı konusunda taraflar hakeme emir ve talimat veremezler. Ayrıca hizmet sözlüşmesinde, işverenin denetiminde olduğu gibi hakem faaliyetleri taraflardan biri veya diğeri tarafından koordine edilen kişi konumunda değildir.

Bağımlılık unsurunun eksikliğine ek olarak dile getirilen bir diğere eleştiri, hakemin, hizmet akdinde olduğu üzere tüm zaman ve çalışma gücünü tahkim yargılamasına ayırmasının beklenemeyeceğidir. Nitekim, hakem, nihâî kararın verilmesi bakımından belirli süre kısıtlamaları ile bağılı olsa dahi bu, onun bir başka iş ile meşgul olmasını engelleyen bir durum arz etmemektedir.⁴⁸

Hakemin bağımsızlığı gözetildiğinde ve hizmet sahibinin talimatları bağlamında yaklaşıldığında, hakem sözlüşmesini bir hizmet sözlüşmesi

44 TAŞKIN, s. 27

45 TAŞKIN, s. 27

46 İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin (English Supreme Court) 27.07.2011 tarihli ve (2011) UKSC 40 sayılı Jivraj v. Hashwani kararı için <https://www.supremecourt.uk/decidedcases/docs/UKSC_2010_0170_Judgment.pdf>, (11.10.2015).

47 BURDURLU, s.20

48 TAŞKIN, s. 28 (Alman Hukukunda hakem sözlüşmesinin hizmet sözlüşmesi olduğuna dair tartışmalar için bkz s.26-27)



olarak görmek güçtür. Hukuku uygulamak, hâkim gibi hakemin de zorunlu görevidir. Bu husus yargısal faaliyetlerin temel noktasını teşkil eder ve taraf egemenliğinin bertaraf edilmesi sonucunu doğurur. Hakem de bir tür yargısal faaliyet yapmaktadır. Hakem olası taraf iradelerine uygunluk dışında tarafların talimat verme yetkisinden soyutlanmış bir şekilde karar vermelidir. Bu görüşte hakem sözleşmesinin taraf talimatı ile yerine getirilme imkânı olmaması sebebi ile kabul edilemez.

2. İstisna (Eser) Sözleşmesi Görüşü

Doktrinde azınlıkta olmakla birlikte, hakem sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ifade edilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesine göre zihin ile yapılan sözleşmeler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturur.⁴⁹ Bu görüş; tahkim prosedürünün amacından hareketle, hakem sözleşmesini istisna sözleşmesi benzeri bir sözleşme olarak kabul etme eğilimindedir. Bu görüşe göre hakem kararı geçerli bir karar ise, hakem sadece şeref (onur) ücreti talep edebilir. Hakem, maddi hukuk açısından doğru olmasa bile, bir karar vermeyi borçlanmıştı. Kararın içeriğinden dolayı sorumlu tutulamaz, çünkü hakem kararının doğruluğu sübjektif gerekçelere dayalıdır. Hakem sadece tahkim prosedürünü usule uygun şekilde yürütme taahhüdü altındadır.

Hakem, karar verme özgürlüğüne sahip olup, tarafların hakemin kararını doğru veya yanlış olarak değerlendirme imkânı yoktur. Burada açık şekilde yapılan hata veya açık şekilde kanuna aykırılıktan bahsedilmemekte olup hakemin takdir hakkına tarafların müdahale edememesi söz konusudur. Yine eser sözleşmesindeki tekeffül hükümlerinin hakem sözleşmesinde uygulanma imkânı yoktur.

İş görme sözleşmesi görüşüne göre ise hakem, tahkim sözleşmesinin her iki tarafının menfaatlerini somut olayın koşullarına göre en uygun bir şekilde, adil bir karar alarak uzlaştırmaya yönelik bir faaliyette bulunmaktadır. Bu husus gözönüne alındığında, hakem sözleşmesinin iş görmeye yönelik bir istisna sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.⁵⁰ Hukukumuz bakımından hakemin faaliyetinin konusu, zorunlu olarak iktisadi bir faaliyet olma özelliği taşımaz. İş görme sözleşmesi olduğu yönündeki görüşlerle kıyaslandığında, en azından kural olarak ekonomik anlamda iş görmeden söz edilemez. Bu görüş de hakem sözleşmesinin sadece bir işin görülmesine yönelik olması sebebi ile kabul edilemez.⁵¹

49 TAŞKIN, s.29

50 TAŞKIN, s.31

51 TAŞKIN, s.31

2. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

Vekâlet sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 502 ile 514'ncü maddeleri arasında "*Vekâlet İlişkileri*" başlığı altında düzenlenmiştir. Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.

Vekâlet sözleşmesi, vekilin, vekâlet verenle arasındaki güven ilişkisine dayalı bir şekilde,⁵² vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen⁵³ ve vekilin yerine getireceği edimin kanun hükümleriyle düzenlenen sözleşmelerden herhangi birinin konusuna girmedeği⁵⁴ bir iş ya da hizmeti, nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde⁵⁵, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmışsa ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi⁵⁶ sonucun elde edilememesi rizikosuna ona ait olmamak üzere⁵⁷ üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Vekâlet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran ve rızaî bir borç sözleşmesi olup eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁸.

Vekâlet sözleşmesinde vekilin iş görme ana borcu karşısında vekâlet verenin vekilin vekâleti ifa dolayısıyla yaptığı masrafları vekile ödeme borcu tam ve eşit bir karşılık edim değildir. Bu noktadan hareketle vekalet sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.⁵⁹ Vekâlet sözleşmeleri kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir.⁶⁰ Roma Hukuku'nda vekâlet akdine (mandatum) göre vekil; vekil eden adına bir işi yönetmek, vekil edenin malvarlığının yönetimi için tasarruflarda bulunmak ve hukukî iş, işlemleri gerçekleştirmek gibi edimleri üstlenirdi. Vekâlet ilişkisi neticesinde vekile düşen görev, Roma

52 GÜMÜŞ, M. A. (2014). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Cilt 2, 122.

53 TANDOĞAN, H. (2010). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Cilt 2, 356.; BAŞPINAR, V. (2004). *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 70.; AKİPEK, Ş. (2003). *Alt Vekâlet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 31

54 YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B., (2014). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, On Üçüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 602

55 DUMAN, M. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Vekâlet Sözleşmesi*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu, 17

56 GÜMÜŞ, (2012), 121

57 Diğer yaklaşımlar için bkz. TANDOĞAN, (2010), s.356

58 ERKAN, V. U. (2013). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları*, AÜHFD, 62 (2), 441.

59 REYHANİ Yüksel, S. (2013). *Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren (Müvekkilin) Borçları* www.e-akademi.org Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 134, 6

60 BÖRÜ, L/PARLAK, Ş. (2011). *Alt Vekâlet*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011(96), 23



Hukuku döneminde işi, iyi niyet ve özen çerçevesinde idare etmek, vekil edene elde ettiği maddî karşılıklar ve işin yönetimi ile ilgili hesap vermektir. Bu dönemde, yaptığı iş karşılığında vekile herhangi bir ücretin ödenmesi söz konusu değildir. Roma Döneminden bu yana vekâlet akdi, özellikle ücret unsuru çerçevesinde değişikliğe uğramıştır. Günümüzde, küçük çaplı işler dışında, vekâlet konusu işlerin bir ücret karşılığı gerçekleştirilmesi gerektiği genel kabul görmektedir. Nitekim TBK'nın 502. maddesinde vekâlet sözleşmesi tanımlanarak, sözleşme veya teamül mevcutsa vekilin ücrete hak kazanacağı ifade edilmiştir.

Milletlerarası ticarî tahkimde, günümüzde öğretide, hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine benzerlik gösterdiği görüşü yaygındır. Hollanda ve İsviçre hukuklarında hakem sözleşmesinin taraf iradelerine dayandığı fikri öne çıkmıştır. Alman hukukuna göre hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin tarafları ve hakem arasında kurulan bir sözleşme olup hakem sözleşmesinin ivazsız olması hâlinde vekâlet sözleşmesi, buna karşılık ivazlı olması hâlinde ise kural; bir hizmet sözleşmesidir. NOMER'e göre Alman hukukunda benimsendiği üzere, hakem ücrete hak kazanıyor ise hizmet akdi veya sui generis bir akit söz konusudur. Hakem herhangi bir ücret edinmiyorsa, mevcut ilişki vekâlet akdi olarak kabul edilir.⁶¹

Türk hukukunda hakem sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda açıkça tespit edilmiş bir hüküm yoktur. Çoğunluğu temsil eden görüşe göre ise, hakem sözleşmesi vekâlet akdi niteliğindedir.

Doktrinde AKINCI, Türk hukukunda hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliği taşıdığını kabul etmektedir.⁶² Buna konuya ilişkin olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1989 tarihli 1023/2481 no'lu kararında *"Bilindiği üzere uyumsuzluğun tarafları ile hakemler arasında oluşan hukukî ilişkide galip unsur vekâlet ilişkisidir. Yasada bu konuda bir açıklık mevcut olmamakla beraber bu gibi sözleşmelerdeki usul hükümleri yanında Borçlar Kanununa giren hükümler de yer almaktadır. Ne var ki özel borç ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu belirtilmemiş olduğundan, kural olarak uyumsuzluğun tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet akdi oluştuğunun kabulü gerekir."* ifadelerini dayanak göstermektedir.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin, E. 2003/2780, K. 2003/3307, 06.01.2003 tarihli bir başka kararında ise aynı husus tekrarlanmış ve *"özel borç*

61 NOMER, Milletlerarası Hakemlik, s.517-518

62 AKINCI, Milletlerarası Tahkim: s. 15



ilişkileri içinde taraf iradelerine dayanan tahkim sözleşmesinin herhangi bir akit tipine tabi olduğu yasalarımızda belirtilmemiş olduğundan, Borçlar Kanunu'nun 386/2. maddesi gereğince, kural olarak uyuşmazlığın tarafları ile hakemler arasında bir vekâlet akdi oluştuğunun kabulü gerekir"⁶³ denmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15.06.1989 tarihli⁶⁴ kararı da aynı yöndedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.1969 tarih ve 110/866 no'lu kararında hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak değerlendirip, hakemlerin verecekleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanacakları belirtilmiştir.⁶⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) 19.03.2003 tarihli, E. 2003/15-142 ve K. 2003/182 sayılı hükmünde hakem sözleşmesi "*tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak,yükümlülük gibi maddi hukuka ve usûle ilişkin hukukî ilişkilerin usûl hukuku ve özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamaının esas ve usûllerinin belirlendiği bir sözleşme*" olarak tanımlanmış ve bu kararda "*öğretide hakim olan görüşe göre hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet*" olduğu belirtilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 06.12.1969 tarih ve 110/866 no'lu kararında hakemle taraflar arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak değerlendirip, hakemlerin verecekleri hizmet karşılığında ücrete hak kazanacakları belirtilmiştir.⁶⁶

ÇENBERCİ ve DAYINLARLI da hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğunu düşünmektedir.⁶⁷ BALCI'ya göre de bu şekilde taraflar ile hakemler arasında bir özel hukuk ilişkisi doğar ve bu da bir vekâlet akdine dayanır.

Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine benzetilmesinin bir kısım haklı yönleri mevcuttur. Öncelikle, hakemler birtakım özel meziyetlere sahip, seçkin kişilerdir. Tahkim yargılamaında taraflarcabelirli hakemlerin tercihi; onları diğer insanlardan farklı kılan vasıfları, kişilik yapıları, bilgi birikimi, beceri ve eğitim seviyeleri ile bağlantılıdır.⁶⁸ Böylelikle tahkimin

63 BİÇKİN, s. 380-397

64 Yargıtay 15. HD, 15.06.1989, E. 1989/1023, K. 1989/2841, <www.kazanci.com>, (24.12.2016)

65 BİÇKİN, s.382

66 BALCI, s.382

67 ÇENBERCİ, M.: "**Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti**", (Tayin Usulü), Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (Ankara, 29 Kasım-04 Aralık 1965), Ankara 1965, s. 122-123; ÇENBERCİ, M.: "**Hakem Ücretlerinin Belli Edilmesine İlişkin Meseleler**", (Meseleler), BATİDER, 1965, C. III, S. 2, s. 284; DAYINLARLI, İÇ Tahkim, s. 42; DAYINLARLI, K.: "**İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti**", (Hakem Ücreti), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 541, 552

68 TAŞKIN, s. 40-41



yürütülmesi görevinin seçilen bu kişilerce gerçekleştirilmesi istenmekte, aynı vasıflara sahip olmayan kişilerce görevin yerine getirilmesi kabul edilmemektedir.⁶⁹ Vekâlet ilişkisinde de asıl olan, aksi belirtilmedikçe, vekâlet konusu işin, belirli bir vekil tarafından yerine getirilmesidir.

Hakemin tahkim yargılamasını yürütürken göstermesi gereken özen yükümlülüğü, gerçekleştirdiği yargılama faaliyetinin sonuçlarının kendisini seçen tarafların hukuk dünyasında doğması gibi unsurlar hakem sözleşmesini, vekâlet sözleşmesine benzer kılmaktadır.⁷⁰ Hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden ayrıldığı birtakım durumlar da mevcuttur. Örneğin, vekâlet sözleşmesinde vekil, işin icrası esnasında vekil edenin meşru emir ve talimatları ile bağlıdır. Oysa tahkim yargılamasında taraflar, hakemlere yargılamanın ne şekilde yürütüleceğine dair herhangi bir emir ve talimat veremezler. Hakemler taraflara karşı bağımsız ve tarafsız kalmak zorundadırlar. Bu açıdan, örneğin bir kişinin kendisine bir avukatı vekil tayin etmesi ile tahkim anlaşmasının taraflarının hakem tayin etmesi, hukukî niteliği itibari ile farklılık arz etmektedir.⁷¹

Hakem sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki bir diğer temel fark vekilin, vekâlet ilişkisinden çekilmesine ilişkindir. Vekâlet sözleşmesinde vekil, dilediği herhangi bir zamanda, iş sahibine zarar vermemek koşulu ile görevinden çekilebilmektedir. Ancak, tahkim yargılamasını sürdürmeyi üstlenen hakemin çekilmesi, herhangi bir vekilin çekilmesine nazaran daha zordur. Hakemin çekilmesinin tahkim sürecinde ve taraflar nezdinde doğurabileceği zarar dikkate alınarak, çoğu düzenlemede hakemin çekilmesi birtakım koşullara tâbi tutulmuştur.

Doktrinde hakem sözleşmesinin hukukî karakteri konusunda da ortak bir düşünce hâkim değildir. Doktrinde hakem sözleşmesinin bütün yönleriyle vekâlet akdi vasfı taşımadığı ve yasa gereği, hakem sözleşmesine vekâlet akdi hükümleri uygulandığı yönünde de görüşler vardır.⁷² Bazı yazarlara göre ise, hakem sözleşmesi ivazlı ise hizmet sözleşmesi, ivazsız ise vekâlet sözleşmesi niteliğindedir.⁷³

69 TAŞKIN, s 40-41

70 TAŞKIN, s. 41

71 BURDURLU, s 24-25(bkz BORN, s. 1608. 76 BORN, s. 1608; Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration (ed. GAILLARD, E./ SAVAGE, J.), (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN), The Hague/The Netherlands 1999, s. 606. 77 BORN, s. 1608; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 605)

72 ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medeni Yargılama Hukuku**, İstanbul,1997, s.958-959

73 TAŞKIN, s.41-42



4. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü

Hakemin yalnızca taraflara bir hizmet verdiğini kabul etmek hakem sözleşmesinin kamusal yönünün görmezden gelmek demektir. Hakem aynı zamanda yargısal fonksiyonu itibari ile kamuya da hizmet etmektedir.⁷⁴ Bu sebepten hakem sözleşmesini bu şekilde sınıflandırmak zordur. Hakem sözleşmesinin ayrı bir yer edinerek, kendi hüküm ve sonuçları neticesinde ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu yönüyle de, hakem sözleşmesinin kendisine has bir sözleşme türü olduğu ifade edilmiştir. Fransız, Belçika ve İtalyan hukuklarında da hakem sözleşmesinin sui generis bir sözleşme türü olduğu geniş kabul görmüştür.⁷⁵

Hakem faaliyetinin türü kendine özgü bir akit olduğu kabul edildiğinde, hakem sözleşmesinin hizmet akdine yaklaştığı kabul edilirse vekalet sözleşmesi hakkındaki hükümler uygulanamayabilecektir.

Hakem sözleşmesinin sui generis olduğunu ifade eden görüş; hakem sözleşmesinin konusunu, yalnızca hakemin karar alması ile sınırlı tutmaz. Sözleşme konusunu tahkim prosedürü içerisindeki tüm faaliyetler olduğu gerçeğinden hareket eder. Buna göre hakemin özel konumu hakkında olduğu gibi hakemin ücret talebinde bulunabilmesinin, hakemce verilecek kararın doğruluğuna bağlı bulunup bulunmadığı konusunda da, bir uzlaşma yoktur.⁷⁶

Hakem sözleşmesinin belirlenen sözleşme türleri içerisinde sınıflandırılması benzerlikler ve farklılıklar nazara alındığında, mümkün görünmemektedir. Hakem sözleşmesi, daha önce belirtilen sözleşme türlerinden özellikleri bünyesinde barındırmakta ve fakat belirtilen sözleşme türlerinde bulunmayan birtakım ilâve niteliklere de sahip olmaktadır. Türk hukukunda sayıca az olan bir kısım yazar tarafından hakem sözleşmesine egemen olan yargısal yönün bu sözleşmelere "özel bir hukuki kimlik" verdiği belirtilmiştir. Bu sebepten hakem sözleşmelerinin kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷ Öncelikle ben de hakem sözleşmesinin kendisine özgü (*sui generis*) bir sözleşme türü olduğu kanaatindeyim.

74 TAŞKIN, s.34

75 BURDURLU, s.25

76 TAŞKIN, s.34

77 HATEMİ, H/SEROZAN,R/ARPAÇI,A:**Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul,1992,s54-55 bu yönde İsviçre Federal mahkeme kararı için bkz. Basedow, J



Yukarıda açıkladığımız sözleşmeler, belirli bir ücret karşılığında bir işin görülmesini konu edinen sözleşmelerdir. Ayrıca, yukarıda açıklanan sözleşme tiplerinde işi üstlenen kişi, özen yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Özen ve işgörme yükümü dikkate alındığında hakem sözleşmesinin, bahsi geçen sözleşmelerle benzerlik taşıdığı ifade edilebilir.

Hakemin; iş sahibi ya da vekâlet veren kişilerden bağımsız hareket etmesi, bu kişilerin kendisine emir ve talimat verememesi yönüyle hakem sözleşmesi, iş sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesinden farklıdır. Vekâlet sözleşmesinin, hakem sözleşmesinin niteliğini açıklamakta eksik kaldığı noktalara mahsus olmak üzere ise, hakem sözleşmesinin karma bir sözleşme türü olup temellerini vekâlet sözleşmesinden aldığı söylenmektedir.⁷⁸ Bu sebepten esasa, uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu durumlarda, tarafların hak ve sorumluluklarının belirlenmesinde ihtiyaç doğması hâlinde, uyuşmazlığa vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindeyim.

Hakem sözleşmesi önceki açıklamalarımız doğrultusunda hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Hakem sözleşmesi, hizmet sözleşmesini temel unsurlarından olan “bir işin görülmesi” ve “ücret”; vekâlet sözleşmesini ise vekilin özen yükümlülüğü, aksine bir kayıt bulunmadıkça işi bizzat yerine getirme yükümlülüğü açısından andırmaktadır. Fakat iki sözleşmeden de hakemin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün bulunması sebebiyle, keskin biçimde ayrılmaktadır. İlâve olarak, hakemin tahkim içerisindeki yargılama faaliyeti kamusal bir nitelik de taşımaktadır. Bu bağlamda, hâlihazırda klâsik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna dair tartışmalar söz konusuysen, hakem sözleşmesini belirli bir sözleşme tipi ile karakterize etmek mümkün gözükmemektedir. Tahkimin birçok farklı sebeple kendisine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu düşünüldüğü gibi, hakem sözleşmesi de kendine has özellikleri olan ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir.

78 BURDURLU, S, 23 (bkz. **POUDRET, J. F. /BESSON, S.:** Comparative Law of International Arbitration, B. 2, London/United Kingdom 2007, s. 368; **SCHÖLDSTRÖM, P.:** The Arbitrator's Mandate- A Comparative Study of Relationships in Commercial Arbitration under the Laws of England, Germany, Sweden and Switzerland, Stockholm/Sweden 1998, s. 200-201 (**BORN,** s.1607'den naklen)



III. HAKEM SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

A. Hakem Sözleşmesinde Hakemin Borçları

1. Hakemin Tahkim Anlaşmasını Uygulama ve Uyuşmazlık Hakkında Belirlenen Sürede Karar Verme Borcu

Hakem sözleşmesi kurulurken tarafların iradeleri uyuşmazlığı tahkim anlaşmasına göre esastan çözen, adil ve uygulanabilir bir kararın ortaya çıkması yönündedir. Hakeme verilen bu yükümlülük karşılığında taraflarca ücret ödenmektedir. Hakemin en temel görevi tarafların iradelerini temsil eden tahkim anlaşmasını, emredici kuralları ve uygulanacak hukuku, sorunun çözümüne uygulayarak icra edilebilir bir karar vermektir.⁷⁹ Hakem, hakemlik faaliyetini yerine getirmeyi üstlenmesi ile birlikte görevini yargılamanın sonuna kadar sürdürmeyi de kabul eder. ISTAC yargılama kurallarında Madde.12.4 uyarınca bu husus bir "taahhüttür". Hakemin uyuşmazlığı sona erdiren bir karar vermesinin yanı sıra bu kararı belirlenen tahkim süresi içinde vermesi de, önem taşımaktadır. Zira tarafların tahkime başvurmalarındaki ana sebeplerden birisi de, tahkimin devlet mahkemelerindeki yargılamalardan daha kısa sürede sonuç vermesidir. Tahkim yargılamasında belirlenen süre içinde karar verilmemesi Türk yargısı açısından bir iptal sebebidir.⁸⁰ Hakemin, süresi içerisinde nihaî kararı verememesi ya da herhangi bir şekilde bu sürenin uzatılmaması durumunda, hakemin gecikmede kusuru varsa taraflara karşı sorumluluğu doğabilecektir.⁸¹

Hakem edimini şahsi olarak ifa etmek zorunda olup vekâlet sözleşmesindeki alt vekile ilişkin hükümler hakem sözleşmeleri için uygun değildir. Şahsi edim yükümlülüğü hakemin uzman görüşüne başvurmasına engel değildir.⁸²

2. Hakemin Eşit Davranma Borcu ve Tarafların Âdil Yargılanma Hakkı

UNCITRAL Model Kanun Madde 18 ve 2486 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 8-B Maddesi birinci cümleye göre taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Bu cümlede taraflara eşit davranılma ilkesine işaret etmektedir. Taraflara eşit davranma ilkesi uyuşmazlığın esasına ilişkin konulara değil yargılama usulüne ilişkin konularda söz konusudur.

79 TAŞKIN, s.154

80 AKINCI, s.299

81 BURDURLU, s.110

82 TAŞKIN, s.163



UNCITRAL Model Kanun Madde 34 ve 2486 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu 8-B Maddesine ikinci cümleye göre taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınır. Bu madde ile hukuki dinlenilme hakkı düzenlenmiştir.⁸³ Bu hakkın ihlali kararın tenfizine engel olabilir. Bu hak ihlali esasa etkili usul kurallarına aykırılıktan kaynaklanacaktır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi bu hak ihlalinin tenfizin reddine karar verilmesi için kararın esasına etkili olması gerekmediğini söylemiştir.⁸⁴ Hukuki dinlenilme hakkının ne şekilde uygulanacağını her somut olayda hakemler kendi takdir edecektir.⁸⁵

Milletlerarası tahkimde de âdil yargılanma hakkı etkilerini uluslararası sözleşmelerde, tahkim kurallarında ve ulusal hukuk düzenlemelerinde göstermektedir. ISTAC Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları'nın 19. maddesinde "Adil Yargılanma Hakkı" başlığı altında şu düzenleme yer almaktadır: "*Tek hakem veya hakem kurulu, yargılamayı adil ve tarafsız yürütmeli, tarafların eşitliği ilkesine uygun davranmalı ve tarafların hukuki dinlenilme hakkına riayet etmelidir.* Tahkim yargılamasında taraflara eşit davranılması ve tarafların hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmesi hakem veya hakem kurulu için bir zorunluluk, tahkimin tarafları için ise, bir haktır. Taraflara eşit davranılmaması bir iptal sebebi ve tenfiz engelidir."⁸⁶

Bu ilkeleri tarafların savunma hakları ve taraflar arası eşitlik prensibi olarak belirlemek mümkündür. Hakemlerin taraflardan birini dinlememeleri, tarafların savunma hakkının ihlali sayılır. Taraflara savunma hakkı tanınmasına rağmen, savunma hakkının sözlü veya yazılı verilmesinin bir önemi yoktur.⁸⁷ Savunma hakkının her iki tarafa verilmemesi aynı zamanda, yargılama usulünde genel ilke olan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Hakemler, her iki tarafa eşit muamele yapmak zorundadır.⁸⁸ Taraflara eşit davranılması demek bir tarafın diğer tarafa göre avantajlı hâle getirilmemesi olup bu ilke uyuşmazlığın esasına ilişkin konularda değil yargılama usulüne ilişkin konularda söz konusudur.⁸⁹

83 KALPSÜZ, T.: *Türkiye'de Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2010, s.142

84 GÖKYAYLA, s.242

85 KALPSÜZ, 142

86 GÖKYAYLA, s.253

87 BİÇKİN, s.386

88 BİÇKİN, s.386

89 GÖKYAYLA, s.253



3. Hakemin Tarafsızlık ve Bağımsızlık Borcu

Hakemin bağımsız ve tarafsız olması niteliği, tüm yargılama süresince mevcut olan bir yükümlülüktür. Görevi kabul etmeden önce hakemin, bağımsız ve tarafsızlığına şüphe düşürebilecek tüm durumları taraflara yazılı olarak beyan etmesi gerekmektedir.⁹⁰ Söz konusu yükümlülük, görevi kabul etmeden evvel olduğu gibi görevi kabul ettikten sonra da mevcuttur ve tüm tahkim süreci boyunca devam eder. Yargılama sürecinde hakemin, bağımsızlık ve tarafsızlığını korumasına yönelik diğer bir yükümlülük taraflardan birisi ile tek taraflı iletişim kurmamasıdır. Tahkim sürecinde hakemin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğüne aykırı davrandığının öğrenilmesi, hakem kararının iptali sebebidir.⁹¹

4. Hakemin Sır Saklama Yükümlülüğü

Tarafların, tahkimi tercih etme sebeplerinden biri de özel ve gizli bir nitelik arz etmesidir. Tahkim anlaşmasının tarafları için tahkim sürecine katılım, ticarî işletmelerinin iktisadî temelini oluşturan ekonomik ve teknolojik sırların tahkim süreci içerisinde görev alan kimselerce öğrenilmesi anlamına da gelmektedir.

Hakem sözleşmesi her ne kadar kendine özgü (*sui generis*) nitelik taşısa da bazı unsurları itibari ile vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin, müvekkiline karşı yükümlülüklerinden önemli bir tanesi de, işin ifası sırasında öğrenilen sırların saklanmasıdır.⁹² Hakem sözleşmesi açısından da aynı yükümlülük geçerli olup bu sonuç dürüstlük kuralının da gereğidir.⁹³

Hakemin sır saklama yükümlülüğü, tahkim merkezlerinin kurallarının ya da ulusal düzenlemelerin pek çoğunda, tahkim esnasında edinilen bilginin tahkim süresince veya sonrasında üçüncü kişiler ile paylaşılmaması şeklinde ifade edilir. Sır saklama yükümlülüğü hakemin uyuşmazlığın ayrıntılarına vakıf olduğu ilk andan itibaren başlar ve sürekli olarak devam eder. Hakemin tahkimi neticelendirmesi ve kararın tebliği ile bu yükümlülük sona ermez.⁹⁴

90 KAYALI, D. : *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*, Ankara 2015 s.77-78

91 GÖKYAYLA, s.255

92 TAŞKIN, s. 164

93 BURDURLU ,s.119, HATEMİ,/SEROZAN/ARPAÇI, ,s 417 (bkz 13.HD 11.10.1994,6202/8504)

94 TAŞKIN, s. 165 vd.



5. Hakemin Özen Yükümlülüğü

Hakem sözleşmesi her ne kadar kendine özgü (*sui generis*) nitelik taşısa da bazı unsurları itibari ile vekâlet sözleşmesi ile benzerlik gösterdiğini belirtmiştik. Hakem sözleşmesinin birçok yönden vekâlet sözleşmesine benzemesi sebebiyle, vekâlet sözleşmesi niteliği taşıyan akitlerdeki gibi hakeme de bir özen yükümlülüğü yüklenmiştir. Vekilin özen sorumluluğu kavramı, vekilin üstlendiği işin sonucuna erişmek için yapılan faaliyet bakımından olağan şartlara göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması ve başarılı sonucu engelleyecek davranışlardan da kaçınmasını ifade eder.⁹⁵ Özen kavramı hem asli edim yükümlülüğünün kötü ifasına dayalı sözleşme ihlalinin tespitinde hem de kusurun tespitinde önemli bir işleve sahiptir.⁹⁶ Vekâlet sözleşmelerinde vekilin özen borcu için kabul edilen objektif özen yükümlülüğüdür.⁹⁷ Buna göre vekilin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesi, işin niteliği dikkate alınmak suretiyle basiretli ve özenli bir vekilin göstermesi gereken özen kıstas kabul edilerek vekilin meslekî bilgi ve deneyimi dışında uzmanlık bilgi ve deneyimi de göz önüne alınarak belirlenecektir.⁹⁸

Hakemin özen yükümlülüğü hakem sözleşmesinin niteliği gereği mevcut olan, aynı zamanda milletlerarası ticarî tahkimi düzenleyen yazılı kaynaklar ve etik ilkelerde⁹⁹ hükme bağlanan bir borçtur. Hakem de yargılama faaliyetini gerekli özen, beceri, bilgi ve profesyonel davranış çerçevesinde gerçekleştirmelidir. Hakemin yükümlülükleri başlığı altında söz edilenlerin tümü, esasında hakemin özen borcundan bir parça ihtiva etmektedir.

Özen yükümlülüğünden bahsedildiğinde hakemin, karmaşık ve teknik sorunları çabuk kavrayıp değerlendirebilmesi, dosyaya yeterince ilgi ve zaman ayırması, tarafların anlaşmazlık noktaları hakkında değerlendirmelerde bulunup karar vermesi, tahkimi etkin biçimde yürütmesi, yetkisi dâhilinde hareket etmesi, duruşma ve müzakerelere katılması, önceden belirlenmiş olan takvime uyması, gereksiz masrafların önüne geçmesi, tahkim sürecini kişisel sebeplerle veya üçüncü bir kişinin lehine geciktirmemesi, yargılama sonucunda gecikmeksizin kararı yazması, karar yazarken dürüst olup vicdanı kanı kullanması ve taraflara

95 TANDOĞAN, s.409-410

96 GÜMÜŞ, s. 159

97 EREN, s, 731

98 EREN, s, 731

99 Özen yükümlülüğünün açıkça düzenlendiği örnek etik ilke için bkz. IBA Kuralları m. 7.



tebliğini sağlaması, yargılama esnasında gerçekleştirilmesi gereken araştırma ve faaliyeti bizzat gerçekleştirmesinden söz edilmektedir.¹⁰⁰

Hakemin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi neticesinde taraflar hakemin reddi için tahkim merkezlerine veya mahkemelere başvurma imkânına sahiptir.¹⁰¹ Hakemin reddine karar verilirse, hakem sözleşmesi sona erecek, dosyaya yeni bir hakem tayin edilecek ve hakemin ücrete hak kazanması kısmen veya tamamen engellenebilecektir.

6. Hakemin Bilgi Verme ve Teslim (İade) Yükümlülüğü

Hakemin bilgi verme yükümlülüğü sadakat yükümlülüğünün özel bir görünümüdür. Bir başka deyişle bu yükümlülük sadakat ve özen borcunun bir uzantısı olarak değerlendirilmekte¹⁰² ve işi ya da hizmetin vekâlet verenin talimatlarına ve çıkarlarına uygun bir şekilde icra edilip edilmediği ya da işlerin nasıl yürütüldüğü konusunda bilgi verme ile işin maliyeti ve giderler konusunda hesap verme yükümlülüğünü kapsamaktadır¹⁰³. Vekil ifa edilen işin yürütülmesi sırasında da bilgi vermelidir. Hakemlerin ise hem özel hukuk sujesi hem de yargılama faaliyeti yapan bir kurul olmasından hareketle bilgi verme yükümlülüğünün vekâlet ilişkisine göre çok daha sınırlı olduğu söylenebilir. Hakem yargılaması bağımsız olduğu için bu yükümlülük sınırlandırılmıştır.¹⁰⁴

Vekilin iade borcunun içeriğini, vekâlet görevinin yerine getirilmesi amacıyla kendisine verilen bir takım mal ya da belirli bir miktar paranın geri verilmesi¹⁰⁵ olarak açıklanabilir.

Hakemin iade yükümlülüğünden söz edildiğinde ise, tahkimin herhangi bir şekilde (sulh, kararın yazılması, hakemin çekilmesi ya da reddi gibi bir nedenle) sona ermesinin akabinde hakemin, tahkim süreci içerisinde edindiği belgeleri, delilleri ve parayı taraflara iade etmesi ifade edilmektedir. Hakem, iadeye tâbi olan menkulleri, tahkim boyunca dikkatle muhafaza etmelidir.¹⁰⁶

Hakem taraflardan yargılama için gerçekleştireceği seyahat, konaklama, kırtasiye gibi bir kısım harcamalar için avans almış olabilir.

100 TAŞKIN, s.173 -174

101 BURDURLU, s.122

102 EREN, s 736

103 ARAL/AYRANCI, s,427

104 TAŞKIN, s 171

105 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, S, 638

106 TAŞKIN, s.170



Bu hâlde hakem, tahkimin herhangi bir biçimde sona ermesi ile bu harcamaları yaptıktan sonra avanstaki kalan bakiye kısmı da taraflara iade etmekle yükümlüdür.¹⁰⁷

B. Hakem Sözleşmesinde Hakemin Hakları

1. Hakemin Ücret Hakkı

Hakemler tahkim yargılamasını yürütmeleri ve uyuşmazlığı sona erdiren bir karara ulaşmaları sırasında, fikrî faaliyet göstermekte ve emek sarf etmektedirler. Hakemin ücret hakkı, tahkim yargılamasındaki görevi karşılığında elde ettiği en önemli faydadır.¹⁰⁸ Hakem sözleşmesinde veya ilgili düzenlemelerde açıkça hakeme gerçekleştirdiği faaliyet karşılığında bir ücret ödeneceği öngörülmüş olmasa dahi, teamül gereğince, hakemin ücrete hak kazanacağı kabul edilmektedir.

Hakemin ücretinin belirlenmesi kurumsal tahkim ve ad hoc tahkimde farklılık bulunur. Kurumsal tahkimde hakem ücretinin belirlenmesinde tahkim merkezi önemli bir rol oynarken, ad hoc tahkimde hakemin ücreti, hakem sözleşmesinin taraflarının çabaları neticesinde tespit edilmektedir.¹⁰⁹

2. Hakemin Tahkim İçin Yaptığı Masrafların Karşılanması Hakkı

Hakemler tahkim süreci içerisinde seyahat, konaklama, kargo, telefon, faks, fotokopi ve sair kırtasiye ihtiyaçları nedeniyle masraf yapmak zorunda kalabilmektedir. Hakemlerin bu giderleri üstlenmeleri zarurî olmayıp karşılanmasını taraflardan talep edebilirler. Aynı zamanda bu giderleri karşılamak için, öncesinde taraflardan avans yatırmaları isteminde de bulunabilirler.¹¹⁰

Hakemlerin yargılama süresince yaptıkları ve taraflardan karşılanmasını istedikleri harcamalar makûl ölçüde olmalıdır. Aksi takdirde, taraflar, haklı olarak, bu giderleri kısmen veya tamamen karşılamak istemeyebilir. Aynı zamanda, harcamaların beklenenin çok üstünde olması hakemin özen yükümlülüğüne de ne ölçüde dikkat ettiğinin tartışılmalı hâlde gelmesine neden olabilir.¹¹¹ Gider ve avansların ödenmesi borcu, her şeyden evvel geçerli bir hakem sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmesi hâlinde gündeme gelebilir.¹¹² Ödenecek masraf ya da avanslar, doğrudan doğruya ya da

107 TAŞKIN, s.170

108 TAŞKIN, s.186

109 TAŞKIN, s.186

110 AKINCI, s. 311; TAŞKIN, s. 216

111 TAŞKIN, s.186

112 REYHANİ Yüksel, s. 13



dolaylı olarak hakemlik hizmetinin ifasıyla alakalı olmalıdır.¹¹³ Örneğin, vergi, resim ve harç giderleri ile posta ve seyahat giderleri gibi giderler bu borç kapsamında sayılabilir. Hakem sözleşmesi tarafı, gereksiz yere ya da haddinden fazla avans ve giderleri ödemek zorunda değildir.¹¹⁴

3. Hakemin Taraflar ve Tahkim Kurumundan Dayanışma Talep Etme Hakkı

Tahkim sürecini yöneten ve yönlendiren hakem veya hakem kuruludur. Ancak hakemin yanında tarafların ve taraf vekillerinin de katkısı azımsanmayacak derecede fazladır. Tahkimin etkin biçimde yürütülmesi ve süresi içerisinde nihaî kararın verilebilmesi için tahkim talebi ve cevabının sunulması, hakemlerin seçimi, delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi gibi tüm aşamalarda tarafların etkin katılımına ihtiyaç duyulmaktadır.

Belirlenen tahkim süresi içinde tarafların kusuruna bağlı olarak karar verilememesi hâlinde, hakemler değil, taraflar sorumlu olacaktır. Kurumsal tahkimde tahkimin tüm aşamalarında tahkim merkezine de önemli görevler düşmektedir. Tahkim merkezleri, tahkim talebi ile cevabının tebliği, hakem/hakemlerin seçiminden başlamak üzere hakem kurulunun nihaî kararının gözden geçirilmesi ve taraflara tebliğine kadar birçok görev üstlenmektedir. Gerçekleştirdikleri bu idarî faaliyetler için taraflarca tahkim merkezlerine ayrıca ödeme yapılmaktadır. Tahkimde zaman kayıplarının önüne geçmek için tahkim merkezlerinin de özenli biçimde çalışması ve hakemlere tahkim sürecinde gereken desteği sağlaması gerekmektedir.¹¹⁵

C. Hakem Sözleşmesinin Sona Ermesi

Hakem sözleşmesi, diğer sözleşmelere özgü sona erme sebepleri (ifa, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, imkânsızlık, takas, zamanaşımı, yenileme ve sürenin dolması) ile sona erebileceği gibi hakem sözleşmesine özgü sebepler olan tahkim süresinin sona ermesi, usul ve esastan karar verilmesi, hakemin reddi, hakemin görevden çekilmesi gibi tek taraflı sona erme hâlleri azil ve istifa, ölüm, ehliyetsizlik ve iflâs gibi hâllerde de sona erer.¹¹⁶

113 ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 643

114 EREN, s. 741

115 BURDURLU, s.134

116 BÜLTER, A. (2006). **Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi**, Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi Sayı 18, 1



Hakem sözleşmesinin, usule ilişkin bir kararla sona ermesinde, hakemin herhangi bir kusuru bulunmadığı takdirde, hakem tahkime ayırdığı zaman ve sunduğu katkı oranında bir ücrete hak kazanabilir.¹¹⁷ Taraflarla hakemin ücret konusunda anlaşamamaları hâlinde, tahkim anlaşmasında açık bir hüküm mevcut değilse ve herhangi bir tahkim merkezinin kuralları da dayanak alınmıyorsa, Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ hükümlerinin 4. ve 5. Maddeleri uygulanır.¹¹⁸

Hâkimlerin reddi ve çekilmesine ilişkin sebepler, hakemler hakkında da uygulanır. Hakemlerin yaptıkları görev nedeniyle hâkimler gibi tarafsız olmaları gerekmektedir. Bu tarafsızlığın sağlanması ve taraflı davranılacağı şüphesinin ortadan kaldırılması bu kurumların işletilmesi ile mümkündür.¹¹⁹

IV. HAKEM SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

Hakem sözleşmeleri, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) kapsamında özellik arz eden sözleşmeler değillerdir.¹²⁰ Milletlerarası unsur taşıyan hakem sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti için karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda iki ana kural olarak kabul edilen¹²¹ subjektif ve objektif bağlama kurallarından hareket edilmesi gerekmektedir. Subjektif bağlama kuralından anlaşılması gereken şey, hukuk seçimi serbestisinin kabulü, yani sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânının taraf iradelerine bırakılmasıdır. Objektif bağlama kuralları ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun, tarafların hukuk seçiminde buldukları hâllerde, objektif esaslardan hareket edilerek tespit edildiği, uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların iradesi dışında objektif bağlama noktalarının göz

117 DAYINLARLI, *Hakem Ücreti*, s. 555-556

118 İlgili Tebliğ'in 4. maddesinde usûle ilişkin farklı kararlarla sona ermenin neticesinde hakem/hakemler tarafından talep edilebilecek ücret oranlarına yer verilmiştir. Bu maddeye göre, hakem veya hakem kurulunun yetkisiz olduğuna karar verilmesi hâlinde tarifede yer alan çizelgedeki ücretin dörtte birine hükmedilir. Davacının dava dilekçesini süresinde veya hakem/hakem kurulu tarafından tanınan ek süre içerisinde vermemesi hâlinde yine çizelgede yer alan ücretin dörtte birine hükümlenir. MTK m. 13/B fıkrasının 1 ilâ 7. bendleri arasında yer alan diğer usûle ilişkin sebeplerle yargılamanın sona ermesi neticesinde ise taraflara delillerin sunulması için m. 12'ye göre süre tanınmasından önce gerçekleşen hâllerde çizelgedeki ücretin yarısı, sonrasında gerçekleşen hâllerde ücretin tamamına hak kazanılır.

119 KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 926.

120 HUYSAL, B. *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk*, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015 s.57 ve 125

121 DOĞAN, V. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2015, s.368



önüne alındığı kurallardır.¹²² Hukukumuzda sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından subjektif ve objektif bağlama kurallarının birlikte yer aldığı bir bağlama kuralının kabul edildiği söylenebilir.¹²³ Dolayısıyla öncelikle varsa tarafların seçtikleri hukukun uygulanması, aksi hâlde ise objektif bağlama kuralından hareketle belirlenecek hukukun uygulanması söz konusu olacaktır.

O hâlde hakem sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 kapsamında ya tarafların seçtikleri hukuk ya da objektif bağlama kuralından hareketle karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak tespit edilecektir. İlgili maddenin son fıkrasında hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tabi olur denmektedir.

Bu kural bağlamında objektif bağlama kuralının uygulanması sırasında vekâlet sözleşmesinin de karakteristik edimin ne olduğu sorunu üzerinde durulması gerekmektedir. Aşağıda sırasıyla tarafların vekâlet sözleşmesine uygulanmak üzere tarafların hukuk seçmeleri ve hukuk seçiminin bulunmadığı hâllerde objektif bağlama kuralının uygulanması üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

A. Hakem Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi

Yetkili hukukun taraf iradelerine göre tespit edilmesi, uluslararası ticarî ve ekonomik ilişkilerde hukukî güvenlik ve açıklık ihtiyacına hizmet etmektedir.¹²⁴ Sözleşmeler bakımından önemli bir ilke olarak kabul edilen taraf menfaatlerinin hayata geçirilmesinin de öncelikle tarafların seçtikleri hukukun uygulanması ile sağlanabileceği ifade edilmektedir.¹²⁵ İrade serbestisi ilkesinin bu kadar yaygın kabul görme sebebi milletlerarası sözleşmelerin yapısı ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olmasıdır.¹²⁶

Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi ilkesi maddi hukukta mevcut irade serbestisi ilkesinden farklıdır. Milletlerarası özel hukukta

122 ÇELİKEL, A. (2012). Milletlerarası Özel Hukuk, On İkinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 325

123 DOĞAN, (2016), 372

124 DOĞAN, S, 359

125 ŞANLI, C.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, (2013), s. 247

126 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.106



irade serbestisi bir bağlama kuralı teşkil eder ve seçilen hukuk bir bütün olarak uygulanır.¹²⁷

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi uyarınca, taraflarca seçilen hukukun emredici kuralları, hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak olan objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun emredici nitelikteki maddi hukuk normlarının yerine uygulanacaktır.¹²⁸ MÖHUK m.24 uyarınca, hukuk seçimi açık olarak yapılmalı ya da hâlin şartlarından veya sözleşme hükümlerinden tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır. Hukuk seçiminin açık olmasından kastedilen şey, sözleşmenin belirli bir hukuka tâbi kılındığının herhangi bir yoruma ihtiyaç olmaksızın anlaşılmasıdır.¹²⁹ Bununla birlikte, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yaptıkları, açıkça tespit edilemeyip yorum yoluyla anlaşılabiliriyorsa zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminden söz edilebilir.¹³⁰ Ancak tarafların zımnî iradelerinin nasıl anlaşılması gerektiği konusunda bir netlik söz konusu değildir. Doktrinde zımnî hukuk seçiminin var olup olmadığını tespit için yetkili mahkemenin tespiti, sözleşmenin dili, sözleşme içerisinde göndermede buldukları maddî hukuk kuralları ve benzeri kıstasların dikkate alınabileceği ifade edilmektedir.¹³¹ Akit tarafların iradelerinin tahmin edilmesi suretiyle akdi yaptıkları esnada bir hukuk seçecek olsalardı hangi hukukun seçileceğinin varsayım yoluyla tayini manasına gelen farazi hukuk seçimi kabul edilmemektedir.¹³² O hâlde hakem sözleşmelerinde tarafların seçecekleri hukuk açık olarak seçilmeli ya da zımnî olarak bir seçim yapıp yapılmadığı yorum yoluyla anlaşılabilir.

Tahkim yerinin veya hakemlerin seçimine dayanan zımnî hukuk seçimi yani diğer ifadesi ile hâkim i seçenin onun hukukunu da seçtiği varsayımı milletlerarası hukukta çok sayıda taraftar bulan bir görüştür.¹³³

Sulamerica CIA ile Enesa Engenharia arasındaki davada¹³⁴ tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk seçimi tartışılmıştır.¹³⁵ Mahkeme

127 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.108-109

128 DOĞAN, V. (1995). **Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 15(1-2), 23

129 ŞANLI, Milletlerarası Özel (2013), 249

130 DOĞAN, s.361

131 ŞANLI, Milletlerarası Özel (2016), 260.NOMER, E. (2015). **Devletler Hususi Hukuku**, Yirmi Birinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara, 318-319

132 DOĞAN, s. 363

133 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, (kararlar için bkz). s183-199

134 The English court of Appeal 16.05.2012 T. Case No:A3/2012/0249) Kararın tam metni için bkz <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html> E:T:06.11.2017

135 <https://arbitrationlaw.com/library/sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-and-others-v-enesa-engenharia-sa-2012-ewca-civ-638.E:T:18.09.2017>



uygulanacak hukuku bulmak için kararda şöyle bir yol izlemiştir. Öncelikle tahkim anlaşmasının, bağımsız bir sözleşme olup olmadığına bakmıştır. Burada amaç, tahkim sözleşmesini esas sözleşmeden her yönden izole etmek değildir. Aksine herhangi bir belirtinin yokluğunda, esas sözleşmeyi yöneten hukuk, tarafların sözleşmenin tamamı ile ilgili niyetlerini güçlü bir şekilde göstermektedir.¹³⁶

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile esas sözleşmeye uygulanacak hukukun aynı olup olmayacağı değerlendirilmiştir. İkincisi, uygulanacak hukukun taraflarca açık veya zimni şekilde ortaya konup konmadığına bakmış ve en yakın ve en gerçek bağlantıya ilişkin üç aşamalı bir soruşturma üstlenerek belirlenmesi. Sözleşmenin en yakın ve en gerçek bağlantıya sahip olduğu hukuk sisteminin tanımlanması, tarafların uygulanacak hukuk sistemini zimni bir şekilde seçip seçmediğine karar vermede büyük bir faktör olmaktadır. Yakın tarihli davalarda en yakın ve en gerçek bağlantıya dikkat edilmektedir.

Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile ilgili esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk tahkimin yapılacağı yer yasası tahkim usul kuralları ve kararın uygulanacağı yerin yasası dikkate alınmalıdır.

Ticari bir sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukuk ile hakem heyeti farklı ülkelere tabi ise hakem sözleşmesine ilişkin sorunun hakem heyetinin hukukuna mı yoksa sözleşmeye esas alınacak hukuka mı göre çözüleceği ayrı bir sorundur.¹³⁷ İngiliz mahkemesi bu konuda yaptığı değerlendirme sonucunda açık ve zimni bir hukuk seçimi ve en yakın ve en gerçek bağlantı araştırması yapmıştır. Kararda tahkim anlaşmasına hakim olan hukuku tarafların sözleşmenin tamamına bu arada hakemlik sözleşmesine de uygulanması isteyebilecekleri belirtilmiştir. Tarafların sözleşmesel ilişkilerinin tamamına aynı hukuk düzeni içinde bakılmasını istemeleri son derece mantıklıdır. Tarafların tahkim sözleşmesini yönetmek için seçtikleri hukukun hakemlik sözleşmesini yönetmesini amaçladıkları kabul edilebilir. Channel Tunnel Group Ltd V Balfour Beatty Construction Ltd [1993] kararında da tarafların tüm ilişkilerine hakem sözleşmesi dahil olmak üzere aynı hukukun uygulanmasını istediklerini belirtmiştir.¹³⁸

136 www.markhumpries.co.uk KERSTETTER, Kristopher ,Which law Governs the Arbitration Agreement,

137 <http://www.kwm.com/en/hk/knowledge/insights/arbitration-agreements-which-law-applies-20140929>;

138 <https://arbitrationlaw.com/library/sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-and-others-v-enesa-engenharia> s.6-7



Mahkeme Sulamerica kararında Brezilya hukukunun uygulanması durumunda hakem heyetinin tahkim yargılamasında tarafsız davranmadığı izlenimi vereceği endişesini taşıdığını belirtmemiş taraflarında amacının bu olmayacağını ortaya koymuş hakemi seçenin hukuku da seçtiği gerekçesi ise İngiliz Hukuku uygulanmasını kabul etmiştir.

Hakem sözleşmelerinde, sözleşmesel ilişkinin hukukî ya da iktisadî bakımdan bölünebilir farklı kesimleri için farklı hukukların seçilmesi mümkündür. Farklı hukuk sistemlerini seçebilmek için tarafların uygulanacak hukuk sistemlerinin ve ortaya çıkacak sorunların farkında olması gerekir. Sözleşmede hakem tarafının her zaman bu hususun farkında olduğu kabul edilebilir. Ancak bu durumun önemini bilmeyen karşı taraf için aynı husus söz konusu olmayabilir. Hakem sözleşmelerinde de sözleşmenin hukukî ya da iktisadî bakımdan bölünebilir kısmı için tarafların karşılıklı hak ve borçlarında karışıklığa sebebiyet vermeyecek ve dürüstlük kuralına uygun farklı bir hukuk seçilebilir¹³⁹.

Sözleşmenin belirli kısımları için farklı hukukların yetkilendirilmesi yani kısmi hukuk seçimi mümkündür ancak bir sözleşme aynı zamanda iki hukuka birden tabi tutulamaz. Doktrinde NOMER'e göre Hakem sözleşmesinde yabancı bir hukuk seçimi ile hukuki ilişki yabancı unsurlu hâle gelir.¹⁴⁰

Taraflar hukuk seçimini kural olarak her zaman yapabilirler. Ayrıca yaptıkları hukuk seçimini de her zaman değiştirebilirler. Seçilen hukukta zaman içinde ortaya çıkan değişiklikler olabilir. Taraflar seçtikleri hukukta sonradan meydana gelecek değişiklikleri bilseler idi başka hukuk seçerlerdi diyebiliyorsa ilgili hukuk akdin kurulduğu andaki hâli ile uygulanabilir.¹⁴¹ Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçiminin üçüncü kişilerin haklarını etkilememek kaydıyla geriye etkili olarak geçerli olacağını ifade etmek gerekir.¹⁴² Hakemler tarafların bu tür hukuk seçimi anlaşmalarını yargılamanın hangi aşamasında yapılırsa yapılsın saygı göstermelidir.¹⁴³

Tarafların hukuk seçiminin geçerliliği, esas sözleşme olan hakem sözleşmesinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Hakem sözleşmesindeki geçersizlik sebebi, hukuk seçimi sözleşmesini

139 ŞANLI, Milletlerarası Özel s, 250.; Doğan, s. 367

140 NOMER, S 320(farklı görüş Özdemir Kocasakal)

141 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s.205-206

142 ŞANLI, Milletlerarası Özel, s. 251

143 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s,210



etkilemediği müddetçe hakem sözleşmesi geçersiz olsa da hukuk seçimi sözleşmesi geçerli olarak kabul edilecektir.¹⁴⁴

Taraflar hukuk seçimi yaparken seçtikleri hukukun o alanda gelişimini tamamlamış olması, akdin yapıldığı yer ve ifa yeri gibi yersel sebepler ile milli hukuk gibi kişisel sebepleri karşılayan bir hukuk olması ya da sözleşmenin muhtevası ile yakın ilişkili bir hukuk olması gibi çeşitli kıstasları dikkate alabilirler.¹⁴⁵ Bununla birlikte elbette tarafların seçtikleri hukuk bakımından herhangi bir sebep belirtmeleri ya da haklı bir menfaatlerinin bulunmasına gerek yoktur.¹⁴⁶ Dayanılan kıstasların rolü yalnızca uyuşmazlık için tarafların menfaatlerine daha sağlıklı olarak hizmet edilmesini sağlama amacı gütmektedir.

Hukuk seçimi yapılması her ne kadar irade muhtariyetine de dayansa bazı kısıtlamalar ile karşılaşmaktadır. Hakemlerin kamu düzenini uygulama gerekçeleri arasında tahkim yeri, tenfiz yeri, akdin ifa edileceği yerin kamu düzeni gibi kararın icrasına yönelik pratik sebepler ana yer tutar. Bu hususlar dikkate alınmazsa icra edilebilir bir tahkim kararı ortaya çıkmaz ve tahkim amacından sapar. Kamu düzeni de bir sınırlama olarak kendini gösterir.

Taraflar esasa uygulanacak ve uygulanacak yargılama usullerini belirleyebildikleri gibi kurumsal bir tahkime atıf yapmışlar ise hakem sözleşmesi için varsa bu kurumlardaki düzenlemeler de uygulanabilir.¹⁴⁷

B. Hukuk Seçiminin Yokluğunda Uygulanacak Hukukun Tespiti (Objektif Bağlama Kuralı)

Hukukumuzda borç ilişkisinin yani hakem sözleşmesinin tarafları uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yapmamış iseler ve hakemler kanunlar ihtilafı konusunda bir hukuk boşluğu içinde olacaklardır. Esasa uygulanacak hukukun hakemlerce tespiti yönünden klasik görüş tahkim yerinin kanunlar ihtilafı sistemini uygulamalarıdır.¹⁴⁸ Tahkimi yargısal bir kurum olarak gören bu görüş tahkimin tüm yönleri ile tek bir hukuka tabi olmasını öngörür. Bu sebepten hakemlerde esasa uygulanacak hukuk yönünden, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına tabi olacaktır.¹⁴⁹

144 DOĞAN, s, 373

145 ÇÖRTOĞLU KOCA, S.. **Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, 2007,Sa.1-2,s. 240

146 ŞANLI, Milletlerarası Özel s, 254

147 TAŞKIN,S.56

148 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s,228

149 ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s,229



Türk hukuk sisteminde uygulanacak hukukun tespiti objektif kriterlere bağlanmıştır. MÖHUK m.24/4 uyarınca, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tabi olur. Hükümden anlaşıldığına göre, hâkimin somut olayın değerlendirilmesi üzerine tespit ettiği en sıkı ilişkili hukuka, kanun koyucunun en sıkı ilişkili hukuk bakımından değerlendirmesine nazaran öncelik tanındığı söylenebilir.¹⁵⁰

Hakem sözleşmeleri bakımından da taraflarca seçilmiş bir hukuk söz konusu değilse, diğer borç akitlerinde olduğu gibi uygulanacak hukukun tespiti bakımından MÖHUK m.24/4 dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun hakem sözleşmesine uygulanıp uygulanmayacağı düşünülebilir. Ancak tarafların bu yönde bir açık iradesi yok ise tahkim anlaşması için seçilen hukukun hakemler içinde geçerli olacağı şekilde bir düşünceleri olmaması hayatın olağan akışına daha uygun düşer.

Tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk ile hakem sözleşmesi genelde yakın irtibat hâlinde değildir ve tek kıstas olarak değerlendirilemez. Mesela tarafları Türk ve Alman olan bir inşaat sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıkta esasa uygulanacak hukuk için tarafsız bir hukuk olarak İsviçre hukuku seçilmiş olsun. Türk tarafın bu uyuşmazlık için Türk hakem seçtiği bir durumda taraf ile hakem arasındaki uyuşmazlığa İsviçre Hukukunun uygulanacağı söylenemez.¹⁵¹

Bu kapsamda hakem sözleşmesinde en sıkı ilişkili hukukun tespiti açısından sözleşmedeki karakteristik edimin tespit edilmesine ihtiyaç duyulacaktır.

1. Hakem Sözleşmelerinde Karakteristik Edim

Karakteristik edim, sözleşmeyle en sıkı ilişkinin tespit edilmesi amacıyla ilgili sözleşmenin tipi ya da türü de dikkate alınmak suretiyle o sözleşmenin özünde veya doğal yapısında bulunan ve sözleşmeyi

¹⁵⁰ DOĞAN, s. 369.

¹⁵¹ GÖKYAYLA, s.146 (esasa uygulanacak hukuk imtiyazlı delil açısından tartışmalar için bkz.)

karakterize eden yükümlülük olarak tanımlanabilir.¹⁵² Türk hukuk doktrininde ise karakteristik edim, sözleşmeye hukukî özelliğini veren, ona damgasını vuran ve rizikolu olduğu düşünülen edim olarak ifade edilmektedir¹⁵³.

Bu tanım ve yaklaşımlardan hareketle tek tarafa borç yükleyen bağışlama, kefalet gibi sözleşmelerde karakteristik edimin tespitinin oldukça kolay olduğu söylenebilir.¹⁵⁴ Hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinde incelediğimiz vekalet akdinde vekilin, hizmet akitlerinde hizmet verenin, istisna akdinde eseri meydana getirenin edimleri kural olarak karakteristik edim olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁵ Takas sözleşmesi gibi aynı cinsten edimler içeren sözleşmelerde ya da tarafların edimlerinin özdeş ağırlıkta olması gibi durumlarda karakteristik edimin tayini güçlük arz edebilir¹⁵⁶. Doktrinde taraflardan birisinin ediminin para olduğu sözleşmelerde diğer tarafın ediminin karakteristik edim olacağı kabul edilmektedir¹⁵⁷. Zira para edimi, pek çok sözleşme tipinde bulunan bir edim olmakla beraber, para ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmemesinin altında tarafların uygulanacak hukuk konusundaki beklentileri ve öngörülebilirlik gibi sebepler de yatmaktadır¹⁵⁸. Tarafların edimlerinin özdeş oranda ağırlık taşıdığı sözleşmelerde ise, karakteristik edim tespit edilemeyeceğinden MÖHUK m.24/4 uyarınca en sıkı ilişkili hukukun tespiti yoluna gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁹ Karakteristik edimin tespitinin güçlük arz edeceği bir başka durum da karma nitelikteki sözleşmelerdir.

Karakteristik edime ilişkin açıklamalar doğrultusunda hakem sözleşmelerinin hukukî niteliğine ilişkin olarak yapmış olduğumuz değerlendirme kapsamında bir tespitte bulunulmalıdır. Şöyle ki, hakem sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin kendine özgü (sui generis) bir

152 Lipstein, K. (1981). Characteristic Performance -- A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, *Northwestern Journal of International Law & Business* 3(2), 404.

153 SARGIN, F. (2001). **Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım**, AÜHFD, 50(2), 77.; TEKİNALP, G. (1988). **Yeni Alman Ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü Ve Türk Kanunu**, MHB, 8(1), 68.; NOMER, 326.

154 NOMER, s. 326

155 ŞANLI, s. 278

156 ŞANLI, *Milletlerarası Özel*, s.267-268

157 GÜNGÖR, G.. *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.195.; ŞANLI, *Milletlerarası Özel*, 267.; SARGIN, s. 47.; NOMER, s. 326

158 SARGIN, s. 47-48.

159 ŞANLI, *Milletlerarası Özel*, s. 268.



sözleşme olduğu sonucuna varmıştık. Bu durumda hakemin tarafların iradelerini temsil eden tahkim anlaşmasını, emredici kuralları ve uygulanacak hukuku, sorunun çözümüne uygulayarak icra edilebilir bir karar vermek borcuna karşılık, hakem sözleşmesi tarafının hakemin ücret ve giderlerini ödeme borcu bulunmaktadır. Bu sözleşmeler için karakteristik edimin ana, temel ya da baskın olduğu düşünülen unsura bağlı olarak tayin edileceği görüşü¹⁶⁰ ile her bir akit bakımından uygulanacak hukukun ve dolayısıyla karakteristik edimin ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği¹⁶¹ düşünülebilir. Kanaatim bu tür sözleşmelerde de ana, temel ya da baskın olduğu düşünülen unsurun genelde hakemin edimi olduğudur.

Hakem sözleşmesinin iki tarafa borç yüklediği yani ücretin kararlaştırıldığı hâllerde de taraflardan birisinin edimi para ise diğer tarafın ediminin karakteristik edim olacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla her iki hâlde de iki taraf borç yükleyen ya da prestij için hakemlik yapılması gibi tek tarafa borç yükleyen hakem sözleşmelerinde hakemin ediminin karakteristik edim olduğu sonucuna varılabilir.

2. Hakem Sözleşmesine MÖHUK m.24/4 Kapsamında Uygulanacak Hukuk

MÖHUK m.24/4, tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları hâllerde en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını açık bir şekilde düzenlemektedir. Hakem sözleşmelerinde de en sıkı ilişkili hukukun tespiti karakteristik edim olarak hakemin edimi dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir. O hâlde hakemin, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilecektir. Bu durumda mutad mesken kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Mutad mesken, yerleşim yeri gibi hukukî bir kavram olmayıp bir vakıa olarak değerlendirilen ve bir kimsenin belirli bir yer ya da bölgedeki fiili bağlantılarını ifade etmek için kullanılan bir kavram olarak tanımlanmaktadır¹⁶². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84'üncü maddesinin gerekçesinde ise, tüm hayat ilişkilerinin yoğunlaştığı yer olarak ifade edilmektedir.¹⁶³ Mutad mesken hukukuna bağlama, kişinin fiilen

160 GÜNGÖR, s. 195.

161 ŞANLI, Milletlerarası Özel, s.268.

162 DOĞAN, s. 175

163 **HMK m.84 madde gerekçesi**; "...tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması biçiminde tanımlanan, mutad mesken kavramı ölçütü getirilmiştir. Bu suretle, onların, istisnaen teminat gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmaları amaçlanmıştır."



yaşamakta olduğu çevre ile bağlantısının yoğun olması münasebetiyle taraf menfaatlerine daha fazla hizmet etmektedir.¹⁶⁴ Mutad mesken edinilmesinde yerleşim yerinin aksine kişinin yerleşme niyetinin varlığı ya da yokluğunun aranmamış olması sebebiyle kişi ile mutad mesken arasındaki bağ, kişi ile yerleşim yeri arasındaki bağdan daha zayıftır. O hâlde uygulanacak hukukun tespitinde hakemin yerleşim niyetinin varlığı ya da yokluğuna bakılmaksızın fiili ilişkilerinin yoğunlaştığı yer dikkate alınmak suretiyle hakemin mutad mesken hukuku uygulanacaktır.

Hakem sözleşmesinin çoğunlukla ticarî ve hemen her zaman meslekî bir faaliyet çerçevesinde kurulmaktadır. Bu hâlde sözleşmeye uygulanacak hukuk farklılık arz etmektedir. MÖHUK m.24/4 uyarınca bu durumda karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, işyeri bulunmadığı takdirde ise yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Örneğin, normal şartlar altında Türkiye’de ikamet eden ve Türkiye’de bir ofisi bulunan hakem, mesleki faaliyeti için Fransa’da bulunan bir ofise de ortaktır. Fransa’da ofisinde bulunduğu sırada Türk vatandaşı bir kimse tarafından ICC kurumsal tahkimi için hakem sözleşmesi yapılır ise, bu durumda hakemin mutad mesken hukuku olarak Fransız hukuku uygulanacaktır.

Hakem sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu olan vekilin mutad mesken hukuku mu yoksa işyeri hukukunun mu uygulanacağı meselesi sözleşmenin ticari ya da mesleki bir iş çerçevesinde kurulup kurulmadığını doğru tayin etmekle belirlenecektir. O hâlde bu durumda öncelikle hakem sözleşmelerinin hangi durumlarda ticari ya da mesleki bir faaliyet çerçevesinde kurulabileceğini tespit etmek gerekmektedir.

Hakemle taraf arasında uyuşmazlık meydana geldiğinde bu uyuşmazlık devlet yargısında da çözülebileceği de hakemle taraf arasında kararlaştırılabilir. Bu durumda hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlığın ticari olup olmadığını belirlemesi bir vasıflandırma meselesidir.¹⁶⁵ Bu noktada hâkimin bu hukukî kavramın hukukî karakterini tespit ederken hangi hukuku dikkate alacağı konusunda ayrı bir tartışma mevcuttur¹⁶⁶. Şöyle ki, bu konudaki tartışmalar, vasıflandırma yapılırken hâkimin hukukunun yanı sıra milletlerarası özel hukuk adaleti ve menfaatinin

164 DOĞAN, s. 175

165 ŞANLI, Milletlerarası Özel s. 266

166 DOĞAN, s. 181



de dikkate alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır.¹⁶⁷ Bununla birlikte, hâkimin bu vasıflandırmayı kendi hukukunu dikkate alarak yapacağı ileri sürülmektedir.¹⁶⁸ Genel kabul bu şekilde olmakla beraber, hâkimin hukukuna göre yapılacak vasıflandırma milletlerarası özel hukuk adaleti ve menfaatine uygun düşmez ise, bu kapsamda istisnai olarak karşılaştırmalı hukuk çalışması ile de vasıflandırma yapılabilir.¹⁶⁹ Hakem sözleşmelerinde işin ticari sayılıp sayılmaması bakımından milletlerarası özel hukuku adaletin ihlâl edilip edilmeyeceği sorunu üzerinde de durmak gerekir. Milletlerarası özel hukuk adaleti, uygulanacak hukukun maddî içeriğine bakılmaksızın uygulanacak ülke hukukunun tespitinde tarafların menfaatini dengede tutan bir ülke hukuku belirlenmesi bağlamındaki adaleti ifade etmektedir.¹⁷⁰ Hakem sözleşmeleri bağlamında, işin ticari bir çerçevede olmaması hâlinde hakemin mutad mesken hukuku, ticari olması hâlinde ise hakemin işyeri hukukunun uygulanacağı kuralı esas itibarıyla mutad meskenin daha geniş bir kavram olması sebebiyle uygulanacak hukuk bakımından milletlerarası adaleti ve menfaati ihlâl edecek bir sonuç doğurmamaktadır. Her hâlde karakteristik edim borçlusu olarak taraf ile seçtiği hakem arasındaki uyumsuzluğa, hakemin tabi olacağı hukuk uygulanacaktır.

Yukarıdaki bütün açıklamalarımıza ilaveten hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmenin, bu hukuka tabi olacağı eklenmelidir

MÖHUK 24/4 daha sıkı ilişkili hukuktan kastedilen şeyin sözleşme ile daha sıkı ilişki olduğu öne sürülmektedir.¹⁷¹ Bu durumda “hakem sözleşmesinin tarafları ve vatandaşlıkları, işyerleri, yerleşim yerleri ve sözleşmenin ifa yeri” , taraflarca belirlenmesi hâlinde “tahkime uygulanacak hukuk” “ tahkim yeri hukuku”, “hakemin yerleşim yeri veya mutad meskeni hukuku”, “kurumsal tahkimde, tahkim merkezinin bulunduğu yer hukuku”, “hakem sözleşmesinin akdedildiği yer hukuku” ve “hakem sözleşmesinin ifa yeri hukuku” gibi kriterler nazara alınarak daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse uygulanacak hukuk işbu hukuk olacaktır. Daha sıkı ilişkili hukuktan kastedilen şeyin sözleşme ile daha sıkı ilişki olduğunun kabulü ile hakem sözleşmesine uygulanacak hukukun milletlerarası hukuk adaleti ile de bağdaşması gerektiği kanaatindeyim.

167 DOĞAN, s. 181

168 ŞANLI, Milletlerarası Özel s. 266

169 DOĞAN, s. 181

170 DOĞAN, s., 162

171 HUYSAL, s140



SONUÇ

Hakem sözleşmesi hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Hakem sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin temel unsurlarından olan “bir işin görülmesi” ve “ücret”; vekâlet sözleşmesi açısından ise vekilin özen yükümlülüğü, aksine bir kayıt bulunmadıkça işi bizzat yerine getirme yükümlülüğü açısından benzemektedir. Hakem sözleşmesi iki sözleşmeden de hakemin bağımsızlık ve tarafsızlık yükümlülüğünün bulunması sebebiyle, keskin biçimde ayrılmaktadır. İlâve olarak, hakemin tahkim içerisindeki yargılama faaliyeti kamusal bir nitelik de taşımaktadır. Bu bağlamda, hâlihazırda klâsik anlamda bir özel hukuk sözleşmesi olduğuna dair tartışmalar söz konusuysa, hakem sözleşmesini belirli bir sözleşme tipi ile karakterize etmek mümkün gözükmemektedir. Tahkimin birçok farklı sebeple kendisine has bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu düşünüldüğü gibi, hakem sözleşmesi de kendine has özellikleri olan ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, biz de hakem sözleşmesinin kendisine has (*sui generis*) bir sözleşme türü olduğu yönündeki görüşlere katıldığımızı ifade ederiz. Fakat zaruret gereği, uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu durumda, özellikle tarafların hak ve sorumluluklarının belirlenmesinde ihtiyaç doğması hâlinde, TBK’nın 502. maddesi uyarınca, niteliğine uygun düştüğü surette, benzerliğine binaen vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Hakemin hakem sözleşmesinden doğan haklar hakemin ücret hakkı, hakemin tahkimini yaptığı masrafların karşılanması, hakemin taraflar ve tahkim kurumundan dayanışma talep etmesi olup hakemin hakem sözleşmesinden doğan yükümlülükleri ise hakemin tahkim anlaşmasını uygulama ve uyuşmazlık hakkında belirlenen sürede karar verme yükümlülüğü, hakemin eşit davranma yükümlülüğü ve tarafların âdil yargılanma hakkı, hakemin tarafların iradesine uyma ve tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğü, hakemin sadakat ve sır saklama yükümlülüğü, hakemin özen yükümlülüğü, hakemin bilgi verme ve iade yükümlülüğü olan bir sözleşmedir. Hakem sözleşmesinde ücret ödeme borcu zorunlu bir unsur olmayıp sözleşme veya teamül var ise ücrete hak kazanılır. Ücretin kararlaştırıldığı hakem sözleşmelerin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir.

Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından özellik arz eden bir düzenleme bulunmamaktadır. Hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecektir. Taraflar hukuk seçimi yaparak sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânına sahiptirler.



Tarafların uygulanacak hukuku belirlemedikleri hâllerde ise objektif bağlama kuralı olarak en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. En sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukudur. Hakem sözleşmelerinde karakteristik edim, hakemin edimidir. O hâlde uygulanacak hukuk hakemin mutad mesken hukukudur. Hakem sözleşmesinin ticari bir ilişki kapsamında ya da mesleki bir faaliyet kapsamında düzenlendiği hâllerde uygulanacak hukuk vekilin işyeri hukuku, o yoksa yerleşim yeri hukukudur.



KISALTMALAR

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

bkz. : bakınız

C. : Cilt

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

E. : Esas

EÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K. : Karar

m. : madde

MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu

s. : sayfa

TBK : Türk Borçlar Kanunu

vd. : ve devamı

Yuk. : yukarıda



KAYNAKLAR

- Akıncı Z.** (2016) **Milletlerarası Tahkim**, İstanbul
- Akipek, Ş.** (2003). Alt Vekâlet, Yetkin Yayınları, Ankara
- Akipek, Ş./Küçükgüngör, E.** (2002). Sözleşmeler Rehberi, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara
- Alibaba, A.** (2005). Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara
- Alangoya, Y.** (1973) Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul
- Aral, F./Ayrancı, H.** (2014). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, On Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara
- Ayhan, R.** (2012). Ticari İş, Ticari İşletme, Tacir, Ticaret Sicili, Ticaret Ünvanı, Haksız Rekabet, EÜHFD, 16(3-4)
- Balcı, M** (1999) İhtilafların Çözüm Yolu ve Tahkim İstanbul
- Başpınar, V.** (2004). Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara
- Biçkin, İ.** (2006) Hakem Sözleşmesi ve Hakem Yargılaması Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67
- Börü, L/Parlak, Ş.** (2011). Alt Vekâlet, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011(96)
- Bülter, A.** (2006). Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi Sayı 18
- Burdurlu, Özlem** (2016) Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Sözleşmesi, Ankara
- Çelikel, A.** (2012). Milletlerarası Özel Hukuk, On İkinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara
- Çenberci, M.** (1965) M. Hakemlerin Tayin Usulü ve Ücreti”, (Tayin Usulü), Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası
- Çenberci, M.** (1965) Hakem Ücretlerinin Belli Edilmesine İlişkin Meseleler, BATİDER, 1965, C. III, S. 2
- Çortoğlu Koca, S.** (2007). Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, Sa.1-2
- Dayınlarlı, K.** HUMK’ta Düzenlenen İç Tahkim İç Tahkim, Ankara



Dayınlarlı, K. (1998) İhtiyarî Tahkimde Hakem Ücreti (Hakem Ücreti), Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan

Dayınlarlı, K.(2014) Milletlerarası Tahkim Rehberi, Ankara, 2014

Doğan, V. (2015). Milletlerarası Özel Hukuk, Üçüncü Baskı, Savaş Yayınları, Ankara

Doğan, V.(1995). Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 15(1-2)

Duman, M. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Vekâlet Sözleşmesi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu

Emiroğlu, H. (2003). Roma Hukuku'nda Vekâlet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD, 52(1)

Eren, F.: (2014) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), Ankara

Erkan, V. U. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, AÜHFD, 62 (2)

Ermenek İ. (2014) Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı

Ertekin E., Karataş İ.,(1997) Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara

Gümüş, M. A. (2014). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, Cilt 2

Tandoğan, H. (2010). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, C. 2

Güngör, G. (2007). Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin Yayınları, Ankara

Gökyayla, C.D. (2014) Milletlerarası Tahkimde Belge İbrazi İstanbul, Vedat Kitapçılık, İstanbul

Huysal, B. (2015). Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul

Kalpsüz T. (1996) İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Ankara



Kalpsüz, T. (1984) Türk Hakem Kararı Kavramı, (Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, 2.Tahkim Haftası Ankara)

Kalpsüz, T. (2010) :Türkiyede Milletlerarası Tahkim,2.Bası, Ankara

Kaplan, İ. (1983). Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara

Kayalı, D.: (2015) Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Ankara

Kırca, İ. (1995). Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Haller, AÜHFD, 44(1-4).

Lipstein, K. (1981). Characteristic Performance -- A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC, Northwestern Journal of International Law & Business 3(2)

Kocasakal Özdemir, H. (2010). Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, MHB Yıl 30, Sayı 1-2

Kuru, B./Arslan, R./ Yılmaz, E. (2000) Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara

Kuru, B (2001) Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, C. VI

Nomer, E. (1965) Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı”, (İhtilâf), Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara

Nomer, E. (2015). Devletler Hususi Hukuku, Yirmi Birinci Baskı, Beta Yayınları, Ankara

Nomer/Ekşi/Öztekin/Gelgel.: (2013) Milletler Arası Tahkim Hukuku,İstanbul.4. Bası.

PAULSSON, Jan/ RAWDİNG,Nigel/REED, Lucy:The Freshfields Guide To Arbitration

Clauses in Internatioanal contracts,The Netherlands: Kluver Law Internatioanal,2011

Reyhani Yüksel, S. (2013). Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren (Müvekkilin) Borçları www.e-akademi.org Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı 134

Sargın, F. (2001). Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım, AÜHFD, 50(2)



Seçer, Ö. (2015). Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplere Sona Ermesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2)

Şanlı, C. (1985). Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara

Şanlı, C. (2013). Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul

Tandoğan, H. (2010). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, C. 2

Taşkın, A. (2005) Hakem Sözleşmesi, 2.Bası Turhan Kitabevi Ankara

Tekinalp, G. (2006). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Dokuzuncu Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul

Tekinalp, G. (1988). Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB, 8(1)

Üstündağ, S. (1997) Medeni Yargılama Hukuku, 6.Bası İstanbul

<https://arbitrationlaw.com/library/sulamerica-cia-nacional-de-seguros-sa-and-others-v-enesa-engenharia-sa-2012-ewca-civ-638.E:T:18.09.2017>

www.markhumpries.co.uk KERSTETTER, Kristopher ,Which law Governs the Arbitration Agreement

www.kazanci.com

Yalçınduran, T. (2007). Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara

Yavuz, C./Acar, F./Özen, B., (2014). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), On Üçüncü Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul

Zevkliler, A. ve Gökyayla, E. K. (2014). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, On Dördüncü Bası, Turhan Kitabevi, Ankara