

FRANSIZ MİLLÎ VE MİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKUNDA TAHKİM REFORMUNA DAİR KARARNAME (Madde 1442 – 1462) İLE TÜRK TAHKİM HUKUKU (HMK, MTK) HÜKÜMLERİNİN MUKAYESESİ (KARŞILAŞTIRILMASI)

*(La Comparaison du Decret Reformant de L'arbitrage Interne et
International en Droit Français et Les Dispositions de L'arbitrage Turc.)*

Dr. Öğr. Üyesi Alim TAŞKIN¹

ÖZ

Tahkim Reformuna Dair Kararname, Fransız milli tahkim hukukunu olduğu kadar, Fransız milletlerarası tahkim hukukunu da çağdaştırmaktadır. Tahkim anlaşması, hakem kurulu kararlarının tenfizi ve tebliğine ilişkin hükümleri yumuşatmaktadır. Taraflar hakkında ihtiyati haciz ve teminat hariç olmak üzere ihtiyati tedbir ve ara kararı verebilme konusunda hakem kurulunun yetkisini açıklamaktadır. Tahkim anlaşması, bir tahkim şartı şeklinde veya bir anlaşma şeklinde olabilir. Tahkim şartı, aralarında bir veya birden çok sözleşme olan tarafların bu sözleşmelerden birinden veya birkaçından doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Anlaşma, halihazırda doğmuş olan bir uyuşmazlığın taraflarının bu uyuşmazlığı tahkime tabi tutmak konusunda yaptıkları sözleşmedir. Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüpheliyi gerektirebilecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem aynı şekilde görevinin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir. Bağımsızlık ve tarafsızlık hakkındaki hükümler tahkim yasaları ve yönetmeliklerinin çoğunda bazen birlikte bazen de ayrı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: tahkim şartı, tahkim sözleşmesi, hakemlerin bağımsızlığı, hakemlerin seçilmesi, hakemlerin azli, hakemlerin görevden çekilmesi, iç tahkim, uluslararası tahkim, tahkim reformu.

SOMMAIRE

Le décret modernise le droit français de l'arbitrage tant interne qu'international. Il assouplit les règles relatives au compromis d'arbitrage,

1 Dr. Öğr. Üy., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta taskin@gazi.edu.tr, Ankara/TÜRKİYE.



a l' exequatur et a la notification des sentences arbitrales. Il affirme l'autorité de la juridiction arbitrale, en lui permettant notamment de prononcer a l'égard des parties a l'arbitrage des mesures provisoires ou conservatoires, a l'exception dessaisies conservatoires et suretés judiciaires. La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties a un ou plusieurs contrats s'engagent a soumettre a l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement a ce ou a ces contrats. Le compromis est la convention par laquelle les parties a un litige ne soumettent celui-ci a l'arbitrage. Il appartient a l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naitre après l'acceptation de sa mission. En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, a défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux. Ces notions d'indépendance et d'impartialité sont également présentes dans nombre de lois sur l'arbitrage et de règlements institutionnels, ou elles sont visées parfois ensemble, parfois séparément.

Mots-clés: clause compromissoire, convention d'arbitrage, indépendance des arbitres, designation des arbitres, Revocation des arbitres, Demission des arbitres, arbitrage interne, arbitrage international, Reforme d'arbitrage.

GİRİŞ

Fransız hukukunda 13 Ocak 2011 tarihli ve 2014-48 numaralı Tahkim Reformuna Dair Kararname² ile tahkim hukuku reformu yapılmıştır. 1 Mayıs 2011'de yürürlüğe giren kararname ile Fransız Medeni Usul Kanunu'nun dördüncü kitabında yer alan tahkim hükümleri değiştirilmiştir³.

Kararname Fransız Medeni Kanunu ve özellikle 2059-2061. maddeleri ile, Medeni Usul Kanunu ve özellikle dördüncü kitabı göz önünde bulundurularak çıkarılmıştır. Kararnamede özetle "Kararname Fransız milli tahkim hukukunu olduğu kadar, Fransız milli tahkim hukukunu da çağdaştırmaktadır. Tahkim anlaşması, hakem kurulu kararlarının tenfizi ve tebliğine ilişkin hükümleri yumuşatmaktadır. Taraflar arasında ihtiyati haciz ve teminat hariç olmak üzere ihtiyati tedbir ve ara kararı verebilme

2 Decret n 2011-48 du 13 Janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage NOR:JUSC 1025421D.

3 14 Ocak 2011 tarihli Fransız Cumhuriyeti Resmi Gazetesi, metin 9/177 (14 Janvier 2011 JOURNAL OFFICIEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, Texte 9 Sur 177).



konusunda tahkim mahkemesinin yetkisini açıklamaktadır. Kararname, Fransız hâkiminin tahkim yargılamasındaki yerini “yardımcı hâkim” olarak belirtmektedir. Tahkim yargılamasına karşı başvurulabilecek kanun yolları hakkında kuralları netleştirerek daha da iyileştirilmektedir” denilmektedir.

Çıkarılan kararname ile Fransız Medeni Usul Kanunu’nun 1508-1519 arasındaki maddeleri sırasıyla 1570-1582 olarak değiştirilmiştir.

Fransız doktrininde, 13 Ocak 2011 tarihli 2011-48 sayılı Kararname ile, Fransız tahkim hükümlerinin modernize edildiği, Fransız mahkeme içtihatlarından kazanımlar sağlandığı, uygulayıcılar ve taraflar için daha iyi bir yorum ve uygulama imkanı yanında verimlilik de sağlandığı, tahkim hukuku reformu ile tahkim usulünün basitleştirilerek ve verimliliği artırılarak, ulusal yargıca müdahale izni verilerek, tahkimin usule uygun olarak yürütülmesi ve adil yargılanmanın sağlanmasının böylelikle garanti edildiği, reformun yenilikçi yapısı gereği ayrıca “competence-competence” ilkesinin⁴ (Fransız Usul Kanunu m. 1466) uygulanmasında, sadece hakemin kendi yargı yetkisine sahip olduğu, otuz yıllık bir uygulamadan sonra reformun gerekli olduğu, içtihadi kazanımların sağlamlaştırılmasının bu temel üzerinde geliştiği ve sağladığı verimliliği geliştirmek amacıyla yabancı hukuk hükümlerinden esinlendiği, yararlı olduğu ve sonuç olarak kararname ile hem ulusal tahkim alanında hem de uluslararası tahkim alanında reform hedeflendiği ifade edilmektedir⁵.

Tahkim reformuna dair kararname de milli tahkim (milli tahkime ilişkin hükümler 1442-1503) altı bölüm, milletlerarası tahkim (milletlerarası tahkim madde 1504-1527) ise dört bölüm halinde düzenlenmiştir. Tahkim Reformuna Dair Kararname’nin Birinci Bölümü “Tahkim Anlaşması” başlığını taşımaktadır. Madde 1442 tahkim anlaşması ve şartını düzenlemektedir.

Fransız hukukunda Kararname ile getirilen tahkim düzenlemelerinin reformist ve yenilikçi yapısının Türk tahkim hukuku ile karşılaştırılması bir gereklilik olarak ortaya çıktığından, hukukumuz bakımından da

4 Competence-competence, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi ; Alman hukukunda, kompetenzprüfung durch das Schiedsgericht (Hukuki kavram hakkında bkz: TAŞKIN Alim: Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi, **GÜHFD** C.II, S. 1-2, 1998, 116-125, s. 159 vd; YEŞİLOVA, Bilgehan: Tahkim İlk İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerde Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1), **DEÜHFD**, C.11, Özel Sayı:2009, 739-818, s.742; YEŞİLİRMAK Ali: **Doğrudan görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim**, 1. Baskı-İstanbul, Nisan 2011, s,81 vd.

5 BROUSSELE, Yves: **Petites Officces ob avril 2011 n** ⁶⁸, P.15- s. 1.



Kararnamenin muhtelif hükümlerinden yararlanmak suretiyle tahkime ilişkin hükümleri bir adım daha ileriye taşımak gayreti ve düşüncesi bu çalışmanın temel etkenini ve amacını oluşturmaktadır.

I.FRANSIZ TAHKİM HUKUKUNDA TAHKİM SÖZLEŞMESİ VE TAHKİM ŞARTI

Kararname'nin 1442'nci maddesine göre *“Tahkim anlaşması bir tahkim şartı şeklinde veya bir anlaşma şeklinde olabilir.*

Tahkim şartı, araların bir veya birden çok sözleşme olan tarafların bu sözleşmelerden birinden ya da birkaçından doğabilecek uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.

Anlaşma hali hazırda doğmuş olan bir uyuşmazlığın tarafların bu uyuşmazlığı tahkime tabi tutmak konusunda yaptıkları sözleşmedir”.

12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı HMK, 1 Ekim 2011'de yürürlüğe girmiştir. HMK m. 412 tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli başlığını taşımaktadır⁶. HMK m. 412'de *“tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı (TBK m. 49 vd., 77 vd.) bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşma”* ifadesinde geçen *“sözleşme dışı doğabilecek uyuşmazlık ”* ibaresi, Tahkim Reformu Kanunu'nda bulunmamaktadır. Türk tahkim hukukunda bu hüküm, sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı ya da bir kısmını tahkim sözleşmesinin konusu olarak tahkim anlaşması yapmalarına imkân sağlamakta, tahkim yargılamasına başvurulabilecek uyuşmazlıklar bakımından daha geniş ve esnek hüküm içermekte, tahkime konu olabilecek uyuşmazlıklar bakımından tahkim sözleşmesinin konusu ve uygulama alanını genişletmektedir. Tahkim Reformunda (m. 1442) tahkim

6 Tahkim sözleşmesinde hakem sözleşmesinin tanımı hakkında bakınız: TAŞKIN, Alim, **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s.7-9; EKŞİ, Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, s. 95 vd.; tahkim sözleşmesinin ve tahkim şartı ayrımının sonuçları ile ilgili olarak gerek tahkim sözleşmesinin gerekse tahkim şartının aynı hukuki sonucu doğurduğu, tahkim sözleşmesi ile mevcut bir uyuşmazlığın çözümü, tahkim şartı ile de gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için yapılabileceği, tahkim sözleşmesinin bağımsız bir sözleşmeyle, tahkim şartının ise esas itibariyle sözleşmeye konulabilecek bir madde ile gerçekleştirilebileceği, doğuracağı hüküm ve sonuçlar bakımından fark olmamakla birlikte yapılış şekli ve zaman bakımından bir ayrım bulunduğu hakkında Bkz. KARADAŞ, İzzet: **6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 63-64; Doktrindeki kabulün aksine, müstakbel veya muhtemel hukuki ilişkilerden doğabilecek uyuşmazlıklar hakkında tahkime başvurulamayacağı hakkında bkz. KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**, Ankara, 2010, s.36; Uluslararası ticari tahkimin tanımı ve hukuki rejimi hakkında bkz. ŞANLI Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İkinci Bası, Beta, Nisan-2002- İstanbul, s.211vd.



anlaşmasının bir tahkim şartı şeklinde de yapılabileceği ifade edildikten sonra, tahkim şartının ayrıca tanımında yer verilmiştir. HMK'da (m. 412) tahkim şartına yer verilmekle birlikte, tahkim şartının tanımına yer verilmemiştir. Yargıtay; uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceği yolunda tahkim sözleşmesi yada tahkim şartı yoksa tahkim yoluna başvurmanın mümkün olmadığı, bunun da asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı ya da ayrı bir tahkim sözleşmesiyle kararlaştırılabileceği, tahkim şartı bulunan veya tahkim sözleşmesi yapılan hallerde, asıl sözleşme fesh edilse dahi, fesh edilen sözleşmeden kaynaklı uyuşmazlıkların tahkim şartı yada sözleşmesi gereği hakemde görülebileceği, bununla birlikte dikkat edilmesi gereken bir diğer hususun da uyuşmazlığın tahkim şartı bulunan sözleşmeden doğmuş olması gerektiği, fesh edilen sözleşmeden doğmayan uyuşmazlıkların fesh edilen sözleşmedeki tahkim şartı ya da o sözleşme ile ilgili yapılan tahkim sözleşmesi nedeniyle hakemde görülemeyeceği görüşünde olmakla birlikte, HMK'da (m. 412) tahkim şartının tanımına yer verilmemesi, bir yasal düzenleme eksikliği olarak görülebilir⁷. Tahkim Reformunda (m. 1442) tahkim sözleşmesi tanımlanmakla birlikte kanuni rejimi de düzenlenmektedir. Buna göre tahkim şartının ve tahkim sözleşmesinin kanuni rejimi aynı tanımlama altında düzenlenmiştir. Türk tahkim hukukunda (m. 412/3) *"...Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de tahkim sözleşmesi yapılmış sayılır"* hükmü ile Tahkim Reformuna Dair Kararname (m. 1442) ile benzer düzenleme içerdiği söylenebilecektir⁸.

7 15.HD, 2017/776 E, 2017/2981 K; Yargıtay tarafından tarafların tahkim iradelerinin yorumu ile ilgili olarak; *"..HMK.m.408 uyarınca tahkim iradesi tahkim sözleşmesinin kurucu unsuru olup, tahkim iradesinin bulunmadığı uyuşmazlıkların tahkime elverişli olduğunu kabul edebilmek mümkün değildir. Dairemizin yerleşik uygulamalarında da tahkim iradesinin mutlak ve kesin olması ve hiçbir duraksamaya yer vermemesi gerektiği, özellikle tahkim şartından sonra bazı ihtilafların çözümü hakkında mahkemelerde çözümlü konusunda anlaşma yapılması halinde tahkim iradesinin mutlak ve kesin olmadığı şeklinde yorumlanmaktadır..."* (Y.11.HD, 2016/3383 E, 2017/5688 K; Aynı yönde diğer kararlar hakkında bkz.19.HD, 2016/10552 E,2018/256 K; 15.HD, 2017/1523 E, 2017/3532 K; Y.19HD, 2016/1164 E, 2016/10350 K; Yargıtay kararında *"...Tahkim şartının hususi bir mukavele ile yapılabileceği gibi herhangi bir mukaveleye madde olarak konulabileceği..."*de ifade edilmektedir. (Y.11.HD.27.06.2011, Ta:2010/442-2011/7772 Sa. K. (KARADAŞ s. 61 dn. 49 Naklen).

8 Konu Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. Maddesinde *"tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konulan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir"* denilmektedir. Uygulamada tarafların sıklıkla ayrı bir tahkim sözleşmesi yapmak yerine, tahkim şartı düzenledikleri, tahkim şartı yerine tahkim sözleşmesi yapılmasının istisnai nitelikte olduğu hakkında bkz. AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 82.



II. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE GEÇERSİZLİĞİ

Tahkim Reformuna Dair Kararnamede (m. 1443) “*Tahkim anlaşması yazılı yapılmadıkça geçersiz sayılır. Tahkim anlaşması taraflar arasında teati yazışmaların veya asıl sözleşmede yollama yapılan bir belgenin sonucu olabilir.*” Hükümüne yer verilmiştir. Bu hükmün karşılığına hukukumuzda HMK m. 412/3’de yer verilmiştir.

Tahkim Reformuna Dair Kararnamede “*Tahkim anlaşması yazılı yapılmadıkça geçersiz sayılır*” denilmekte, tahkim sözleşmesinin yazılı yapılmamasının müeyyidesi düzenlenmektedir. Oysa HMK m. 412/3’de “*Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır*” denilerek yazılı şekil şartının yerine getirilmesinin gereklerine ve şartlarına ayrıntılı olarak yer verilmekle birlikte, yazılı şekil şartının yerine getirilmemesinin müeyyidesine (geçersizliğine) yer verilmemiştir⁹. Her ne kadar yazılı şekil şartına (TBK m. 13 vd.) müeyyideleri maddi hukukta düzenlenmiş olsa da uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlar ve yorum farklılıklarının izolesi bakımından hukukumuzda da, ayrıca yasal düzenleme konusu olması isabetli olacaktır.

9 HUMK’da “tahkimin yazılı olarak kararlaştırılması” şartı esas itibariyle bir sıhhat/ geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. HUMK m. 517/2’ye göre tahkim şartı ve sözleşmesinin yazılı olarak yapılmaması “keenlem yekun” olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda 4686 sayılı Kanun’la da kanun koyucunun aynı esastan hareketle aynı sonucu benimsediği görülmektedir. Tahkim anlaşması hakkında geniş bilgi için bkz: KALPSÜZ, Turgut: **Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, s. 1031; HUMK bakımından tahkim sözleşmesinin geçersizliği hakkında bkz: DAYINLARLI, Kemal: **HUMK’da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim** (m. 516-536), 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 33 vd; Tahkim şartı veya sözleşmesinin yazılı olmaması halinde yaptırım konusunda NEW York Sözleşmesine (m. V(1) (a, b) maddelerine göre tahkim sözleşmesi veya tahkim şartının yazılı şekilde yapılmamasının müeyyidesinin New York Sözleşmesine göre tenfiz edilemeyeceği hakkında bkz. AKINCI Ziya: **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir-1996, s.159; Tahkim anlaşmasının şekli ile ilgili olarak, MTK hükümlerinin UNCITRAL Model Kanun ve iki temel uluslararası düzenleme ile tamamen uyumlu olduğu ifade edilmektedir. ERDOĞAN Feyiz: **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.204; Tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili en önemli sorunların tahkim anlaşmasının şekli ve irade bozukluğu olduğu hakkında bkz. BOZKURT YÜKSEL Armağan Ebru; **Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları**, Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.301; Tahkim anlaşmasının şekil bakımından geçerli olup olmaması, özellikle yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından da önem taşıdığı, hakem kararının tenfizi aşamasında, MÖHUK m.45/f ve New York Sözleşmesi m.V/1(a) ya göre anlaşmanın taraflarınca tabi kılındığı hukuka veya hukuk seçimi yapılmayan hallerde tahkim yeri hukukuna göre karar bağlanacağı hakkında bkz; ŞİT Banu: **Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi**, İmaj Yayınevi, Ankara 2005, s,206.



III. HAKEMLERİN SEÇİMİ (TAYİNİ) VE SEÇİM USULÜ

Tahkim Reformuna Dair Kararname m. 1444'de *"Tahkim anlaşması, gerektiği takdirde bir tahkim yönetmeliğine yollama yaparak hakem veya hakemleri belirler veya bunların seçim usulünü öngörür. Aksi takdirde, 1451-1454 arası maddelerine uygun olarak hareket edilir"* hükmüne yer verilmiştir. Hakemlerin seçimi HMK m. 416'da düzenlenmiştir. Hakem veya hakemlerin seçimi veya seçim usulünü düzenleyen maddede, açıkça tahkim anlaşmasıyla gerektiği takdirde bir tahkim yönetmeliğine yollama yaparak hakem veya hakemleri belirler veya bunların seçim usulünü öngörür şeklinde açık hükme kanunda yer verilmemiştir. Tarafların hakem veya hakemlerin seçim usulünü tespit etmekte serbest olduğu ilke olarak kabul edilmiş ve 416/2-c'de *"Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse"* denilerek *"dolaylı olarak"* bir tahkim yönetmeliğine yollama yaparak (kurumsal tahkimde tahkim kurumu tahkim kurallarına yollama yaparak) hakem veya hakemleri belirlemeleri veya bunların seçim usulünü tayin ve tespit etmeleri önünde bir engel yoktur.

Uygulama özellikle yabancı ülkelerde daha çok tahkim yargısına başvurulmuş hallerde hakem veya hakemlerin belirlenmesi veya seçim usulü ilgili tahkim hükümlerine yollama yapılmak suretiyle belirlenmektedir¹⁰. Bu anlamda hakemlerin seçimine ilişkin ayrıntılı hükümler arasında, kurumsal tahkim hükümlerine yollama yapılmak suretiyle hakem veya hakemlerin belirlenmesi, seçim usulüne açıklık getirmek bakımından eksiklik olmasa da açıklık ve belirlilik bakımından isabetli olacaktır. Tahkim hükümlerine göre hakem seçimi ile ilgili davalarda olduğu gibi mahkemelerde verilecek kararlarda görevli mahkeme ile ilgili olarak Yargıtay tarafından verilen kararlarda, hakem seçimi davalarında görevli mahkemenin bölge adliye mahkemeleri olduğu sonucuna ulaşmanın

10 UNCITRAL Tahkim hükümlerinde ve ICC tahkim tüzüğünde (m. 8/3-4) (LCIA Rules, m. 54; AAA International Rules, m. 63), hakem tayini için tayin makamı bulunduğu, farklı tahkim hükümlerinde ise hakem seçimi konusunda tarafların anlaşma yapılmayan hallerde devlet mahkemesince hakem tayin edildiği (Uncitral Model Law, m. 11; Swiss Law on Private International Law , m. 179/2; English Arbitration Act. 1996, 16-18, Federal Arbitration Act (9 v.s.c. 206) devlet mahkemesinin tahkime müdahalesini en aza indirmek amacıyla tayin makamının görevinin mahkeme, kişi veya kurum tarafından ifa edileceği hakkında bkz: DAYINLARLI, s. 58 vd; ICSID tahkiminde hakem heyetinin oluşumu hakkında bkz. TUYGUN, Salih: **ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi**, İzmir, 2007, s.90 vd; Çok taraflı hakem yargılamalarında hakem mahkemesinin oluşması ile ilgili Fransız mahkeme içtihatları hakkında bkz, KESER BERBER Leyla: **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, Alfa, İstanbul 1999, s.137vd.



hukuken mümkün olmadığı, asliye ticaret mahkemesinin görevli mahkeme olarak belirlendiği ifade edilmektedir¹¹.

Hakemlerin tayini ve atanma şekli bakımından gerek Tahkim Reformuna Dair Kararname’de (m. 1444, 1451-1454) gerek HMK’da (m. 416) tarafların tahkim sözleşmesinde öngörmedikleri hakem tayini veya atanma usullerini geçersizlik sebebi veya butlan sebebi olarak tanımlanmaması, taraf iradelerine üstünlük tanınarak alternatif çözümler düzenlenmesi her iki ülke tahkim hükümleri bakımından bir gelişme olduğu söylenebilir.

IV. TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERSİZ SAYILMASI

Tahkim Reformuna Dair Kararname m. 1445’de “ *Tahkim anlaşması uyuşmazlığın konusunu belirlemedikçe geçersiz sayılır*” denilmiştir. Tahkim anlaşmasıyla uyuşmazlık konusunun belirlenmesine önem atfedilmekte, uyuşmazlık konusunun belirlenmemesinin müeyyidesi geçersizlik olarak düzenlenmiştir. Bu hükmün m. 1442 ile birlikte değerlendirilmesi

11 Yargıtay kararında “...6545 Sayılı kanunun45. Maddesi ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrası yeniden düzenlenmiş ve asliye ticaret mahkemeleri tahkim ile ilgili konularda görevli mahkeme olarak belirlenmiştir. HMK’nın 410 maddesinin lafzı ile bağlı kalıp buna göre yorum yapılarak sonraki değişikliği yok saymak suretiyle hakem seçimi davalarında görevli mahkemenin Bölge Adliye Mahkemeleri olduğu sonucuna ulaşmak hukuken mümkün değildir...” (Y.15.HD, 2018/113 E, 2018/119 K); Türk hukukunda aynı yönde doktrin görüşler için bkz aynı karar; Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine yönelik davalarda tenfizi istenen para ile ölçülebilen miktara bakılmaksızın asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu hakkında bkz, 20 HD, 2017/7998 E, 2017/7167 K; Yargıtay tarafından verilen bir diğer kararda “...Temyizi kabil olan kararlar, bölge adliye mahkemelerinin temyizi kabil nihai kararları ile ilk derece mahkemelerinden verilen hakem kararlarının iptali davalarıdır. Aksine yorum ve düşünce tahkimden beklenen süratli yargılama ve sonuca bir an önce ulaşma amacıyla bağdaşmayacaktır. Hakem kararının iptali davalarında görevli mahkeme ilk derece mahkemesi olup, ilk derece mahkemelerinden verilen bu kararlara karşı da temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün görülmektedir...” Y 15.HD,2017/2168 E, 2017/3986 K; Hakem kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilmeyle ilgili mukayeseli hukuktaki düzenlemeler hakkında bkz. ÖZBAY İbrahim. **Hakem Kararlarının Temyizi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004,s.88vd; Mahkemece verilecek kararların onanmasına veya bozulmasına ilişkin kararlara karşı karar düzeltme yoluna başvurulamayacağı hakkında bkz, Y. 23.HD, 2017/2184 E, 2017/2438 K; Tahkim anlaşmasıyla hakemlerin seçimi üçüncü kişiye, kurum veya kuruluşa bırakılabileceği, Türkiye’de bu uygulamanın sıklıkla, üçüncü hakemin İsviçre Federal Mahkemesi Başkanı veya ICC Milletlerarası Tahkim Divanı tarafından seçimin kararlaştırıldığı hakkında bkz: KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 54; Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15/1-a’ya göre “Başvuruyu yapan taraf; Tahkim anlaşmasının taraflardan birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının tarafların anlaşmaya tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu” ispat ederse hakem kararı iptal edilir.”



gerekmektedir. Bu maddede tahkim anlaşmasının bir tahkim şartı şeklinde veya anlaşma şeklinde olabileceği ifade edilmekle birlikte, anlaşmanın konusu “*halihazırda doğmuş olan bir uyuşmazlık*” olması gerektiği düzenlenmiştir. Oysa aynı maddede tahkim şartının konusunun “*aralarında bir veya birden çok sözleşme olan tarafların, bu sözleşmelerin birinden veya birkaçından doğabilecek uyuşmazlıklar*” olması gerektiği düzenlenmiştir.

Tahkim anlaşması olma özelliği her iki durum bakımından ortak olmakla birlikte anlaşmanın konusu “*halihazırda doğmuş olan bir uyuşmazlık*”, tahkim şartının konusu “*sözleşme veya sözleşmelerden doğabilecek uyuşmazlık*”tır. Anlaşma bakımından uyuşmazlığın konusunu belirlemek sorun olmayacağını belirlemek sorun olmayacağını söylemek mümkün ise de doğabilecek uyuşmazlıkların konusu belirlemek bakımından aynı sonuca varmak güçtür. Bu ayırımın ilk bakışta önemli olmadığı düşünülebilir olsa da, m. 1445’deki geçersizlik müeyyidesinin uygulanıp uygulanmaması bakımından önem arz etmektedir. Şöyle ki gerek sözleşme gerekse tahkim şartıyla uyuşmazlık konusunun belirlenmemesi, tahkim anlaşmasını geçersiz kılmaktadır. Bu durum ve ortaya çıkarabileceği sorun Türk tahkim hukuku bakımından daha önemli hale gelmektedir.

Buna göre HMK m. 412/1’de doğabilecek uyuşmazlıkların bir kısmı veya tamamı için dahi tahkim sözleşmesi yapabileceğini düzenlemektedir. Yine HMK m. 412/4’de tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz, hükmü de yer almaktadır. 1445. maddede düzenlenen hüküm, HMK’da bu açıklıkta ve doğrudan düzenlenmemiştir. HMK’da tahkim anlaşmasının geçersizliği ya da geçersizlik halleri veya nedenleri konusunda açık bir hükümle düzenlenmemiştir. Kanunda dolaylı olarak düzenlenen m. 439/2-a’ya göre “*Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu*” tespit edilirse hakem kararları iptal edilebilir¹². Bu yönüyle

12 Doktrinde tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili olarak öne çıkan sorunun tahkim anlaşmasının şekli meselesi olduğu Konunun Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesinde düzenlendiği şekil dışındaki sorunlar arasında irade bozuklukları, tahkim anlaşmasının yetkili temsilci tarafından imzalanması, tahkime elverişlilik, tahkim anlaşmasının ismen tayin edilen hakemin görev yapmamasında tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili kurallar olmakla birlikte kavram ve sonuçları bakımından tahkim anlaşmasının geçerliliği konusundan farklı ele alındığı hakkında bkz : AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 215; WIPO Tahkim Kuralları’nın 59 (c) maddesi ile tahkim anlaşmasının geçerliliği, şekli ve kapsamı yönü itibariyle tahkimin esas ve usulüne uygulanacak hukuka uygun olması aranmaktadır. YÜKSEL, Armağan Ebru Bozkurt: **Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Tahkim Sistemi**, Adalet Yayınevi, Ankara-2010, s.25; MTK uyarınca tahkim anlaşmasının geçersizliğinin hakem kararının iptali nedeni olduğu, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında Türk hukukunun uygulanacağı savunulmaktadır. AKINCI Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, s.214.



benzeri bir hükme HMK'da da yer verilmesi isabetli olacaktır. Bu yönü itibariyle tahkim sözleşmesini düzenleyen 412. madde bir yönüyle eksik bir düzenleme görünümündedir. Fransız tahkim hukuku bakımından m. 1445'deki düzenleme kendi içinde tutarlı bir düzenlemedir. Bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıklar anlaşmanın veya tahkim şartının konusu değilse tahkime gidilemeyeceği için, m. 1445'deki geçersizlik müeyyidesinin de uygulanması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca Kararname hükümleri gereği, anlaşmaya veya tahkim şartına sözleşmeden doğmayan veya doğabilecek nitelikte olmayan sözleşme dışı uyuşmazlıklar tahkim anlaşmasına konu olmayacak ve tahkime gidilemeyecektir. Oysa hukukumuzda (HMK m. 412/1,4) sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmı tahkim sözleşmesine veya tahkim şartına konu olabilecek ve bu konularda tahkim yargısına gidilebilecektir.

Sonuç itibariyle, Fransız tahkim hukukundaki (m. 1445, m. 1442) hükümleri bakımından, anlaşma ve tahkim şartı konusu bakımından sözleşme veya sözleşmelerin konusu olmayan sözleşme dışı ihtilaflar bakımından tahkime gidilemeyecektir. Zira tahkim anlaşmasının konusu daraltılmış olup sadece *“hali hazırda doğmuş bir uyuşmazlık ve sözleşme veya sözleşmelerden doğan veya doğabilecek uyuşmazlık”* tahkim anlaşmasının konusunu teşkil edebilir. Hukukumuz bakımından, tahkim anlaşmasının konusu oldukça geniş tutulmuş olup, Fransız tahkim hukuku bakımından muhtemel ortaya çıkabilecek sorun veya sorunlar, hukukumuz bakımından pek olası görünmemektedir. Fransız tahkim hukuku bakımından (m. 1445) tarafların uyuşmazlığın konusunu belirtmek zorundadır. Aksi takdirde tahkim anlaşması geçersiz sayılmaktadır.

V. TARAFLARCA YARGILAMA SIRASINDA TAHKİM ANLAŞMASI YAPILMASI

Tahkim Reformuna Dair Kararname'nin 1446. maddesinde *“Taraflar hali hazırda başlamış olan bir yargılama sırasında dahi tahkim anlaşması yapabilirler.”* denilmiştir. HMK.m.212/(5) de aynı yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Düzenlemeye göre ayrıca bu halde mahkemenin *“Yargılama sırasında taraflar tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde dava dosyası dava dosyası mahkemeye ilgili hakem ya da hakem kuruluna gönderilir”* usul bakımından yapılacak iş ve işlemler konusunda da düzenleme yapılmıştır¹³. Kararname m. 1446'daki düzenlemeye göre yargılama sırasında bile taraflar uyuşmazlığın tahkim yargılama sırasında çözümlenmesi

13 HMK m. 412/4 ile ilgili hükümet gerekçesinde *“...Beşinci fıkrada, bir uyuşmazlığın halli için mahkemeye başvurulmuş olmasının o meselenin çözümü için tahkime gidilemeyeceği anlamına gelmeyeceği hususu düzenlenmiştir”*.



konusunda anlaşmaya varabilirler. HMK hükümleri bakımından m. 412/5 hükmünü “hüküm verinceye kadar” şeklinde anlamak gereklidir. HMK hükümlerine göre davacı davalının rızası olmaksızın davasını geri alamayacağından yargılama sırasında veya hüküm verinceye kadar tarafların tahkim yoluna başvurma konusunda anlaşmaları halinde anlaşmanın açık muvafakat olarak değerlendirilebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir. Bu durum davacı bakımından davasından feragat anlamına gelmez.

VI. TAHKİM ANLAŞMASININ ASIL SÖZLEŞMEDEN BAĞIMSIZLIĞI VE TAHKİM ANLAŞMASININ HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN TAHKİM ŞARTINA ETKİSİ

Kararname m. 1447’de “Tahkim anlaşması ana sözleşmeden bağımsızdır ve ana sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmez.

Tahkim anlaşmasının hükümsüz olması halinde tahkim şartı hiç yazılmamış sayılır.” denilmiştir. HMK m. 412/4’de “Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz” denilerek tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsızlığı dolaylı olarak ifade edilmektedir¹⁴. HMK m. 412/2’de “Tahkim sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşmenin bir şartı veya ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir.” denilmekle birlikte tahkim anlaşmasının hükümsüz olması halinde tahkim şartının hukuki akibetinin ne olacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir¹⁵. Bununla birlikte hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesini düzenleyen m. 422/1’de “bir sözleşmede yer alan tahkim şartı, sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem veya hakem kurulunun asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne karar vermesi, tahkim sözleşmesinin kendiliğinden hükümsüzlüğü sonucunu doğurmaz”¹⁶. Buna göre tahkim anlaşmasının

14 Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4/5’e göre “Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz”.

15 Bir görüşe göre “Asıl sözleşme ile tahkim şartının birbirinden müstakil olması sonucunda ne asıl sözleşme ne tahkim şartı diğerinin akibetine tabi olur. Hükümsüzlük sadece taalluk etmekte olduğu sözleşmeye intizar eder ve onu geçersiz kılar. Bu prensip icabı halinde, hakemin asıl sözleşmenin geçersizliğini de karara bağlayabilmesi için kabulü zorunlu bir esastır. Zira yapılacak tahkim yargılaması sonucunda ihtilafın kendisinden doğduğu asıl sözleşmenin geçerli olmadığı sonucu ortaya çıkarsa, tahkim şartının asıl sözleşmeden müstakil olmadığı kabul edildiği takdirde, asıl sözleşmenin fer’i olarak tahkim şartı da muteber sayılmak gerekeceğinden, hakemlerin uyuşmazlığı hal yetkisi sona erecektir” KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 76-77’den naklen.

16 HMK m. 422’nin gerekçesine göre “Hakemin kendi yetkisi konusunda karar vermesi ve tahkim şartının esas sözleşmeden ayrı sayılması, yani tahkim şartının bağımsızlığı, tahkim kurumunun başarıya ulaşması için kabul edilmiş ilkelerdir. Amaç tahkim



hükümsüzlüğü halinde, tahkim şartının¹⁷ tahkim anlaşmasından bağımsız olduğu söylenemeyecektir. Tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü, dolaylı olarak tahkim şartının yokluğu olarak yorumlamak gerekir. Bu anlamda tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğünün bağımlı etkisi, tahkim şartı bakımından hiç yazılmamış sayılma olarak ortaya çıkacaktır. Tahkim anlaşmasının ana sözleşmeden bağımsızlığı ve ana sözleşmeden etkilenmemesi tahkim sözleşmesinin özerklik ilkesini pekiştirmektedir.

VII. MAHKEMENİN YETKİSİZLİK KARARI, YETKİSİZLİĞİN RESEN İLERİ SÜRÜLEMESİ

Kararnamenin 1448. maddesi *“Tahkim anlaşmasına bağlanmış bir uyuşmazlık, devlet mahkemesi önüne getirildiğinde, hakem kuruluna henüz başvurulmadığı ve tahkim anlaşmasının açık olarak batıl veya uygulanmaz olduğu haller dışında mahkeme yetkisizlik kararı verecektir. Devlet mahkemesi yetkisizliğini re’sen öne süremez. Bu maddeye aykırı olan bütün sözleşme hükümleri hiç yazılmamış sayılır.”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddenin karşılığı HMK m. 413’de *“tahkim itirazı”* başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre tahkim sözleşmesine konu teşkil eden uyuşmazlığın çözümü için mahkemede dava açılan hallerde, karşı tarafın tahkim ilk itirazında bulunabileceği ifade edilmiş ve hangi hallerde mahkeme tarafından tahkim ilk itirazı olarak kabul edilerek, davanın usulden reddedilebileceği haller düzenlenmiştir. Buna göre *“Tahkim sözleşmesi hükümsüz, etkisiz veya uygulanması imkansız değilse”* denilerek bu hallerin varlığı halinde mahkemenin itirazı kabulü davayı usulden reddedebileceği düzenlenmiştir¹⁸. Ayrıca tahkim itirazı ile ilgili olarak da tahkim itirazında bulunulmasının tahkim yargılamasına engel teşkil etmediği ifade edilmiştir.

Kanun’un 413/2. maddesinde düzenlenen tahkim ilk itirazının tahkim yargılamasına engel teşkil etmediği hususu, tahkim yargılanmasına

şartının geçersizliğini ileri sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmektedir”. Tahkim sözleşmesinin geçersizliğine ilişkin New York Sözleşmesi hükümleri ve uygulanması hakkında bkz. AKINCI Ziya: **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara-1994, s118 vd.

- 17 Tahkim veya tahkim şartının, tarafların müşterek iradeleri ile kurulan bir delil sözleşmesi olduğu, bu niteliği gereği tahkim şartının taraflar için bağlayıcı olduğu hakkında bkz: DAYINLARLI, İç Tahkim, s. 41.
- 18 Maddenin hükümet gerekçesinde *“Maddenin birinci fıkrasıyla tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkla ilgili dava mahkemede açılmışsa tahkim ilk itirazında bulunulabileceği; bu durumda tahkim sözleşmesi geçersiz, tesirsiz ve uygulanması imkansız değilse, mahkemenin tahkim itirazını kabulü davayı usulden reddedeceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise tahkim ilk itirazının yapılmasının tahkim yargılamasına başlamaya ve tahkim yargılamasının devamına engel olmadığı belirtilmiştir”*.



başlanmaya veya tahkim yargılanmasının devamına, şeklinde anlaşılmaktadır. Zira 413/2 hükmündeki “*tahkim yargılaması*” ifadesi, hem tahkime başvurulması hem de yargılamanın devamını içerecek tarzda genel ifadeye yer verilmiştir.

Kararname(m.1448)devlet mahkemesinin yetkisizlik kararı verebileceği halleri düzenlemektedir. Yetkisizlik kararı verilecek haller HMK m. 413’de tahkim itirazının kabulü ve davanın usulden reddi sebepleri olarak düzenlenmektedir. Hakem yargılamasına henüz başvurulmamış olması ve tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya uygulanamaz olduğu haller devlet mahkemesinde incelenecek olup, mahkemenin incelemesi sonucunda hakem kuruluna henüz başvurulmadığı ve tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya uygulanamaz olduğunun tespiti halinde mahkeme yetkisizlik kararı veremeyecektir.

Tahkim ilk itirazında bulunulduğunda “*hakem kuruluna henüz başvurulmaması halinde*” mahkemenin tahkim itirazını kabulle davayı usulden reddetmesi, HMK bakımından da mümkün olabilecek midir? Bu durum Kararname’de diğer durumlarla birlikte aynı hukuki sonuca matuf olarak bir durum olarak açıkça düzenlenmişken, HMK’da yer verilmemiştir. Kararname’de açıkça düzenlenen bu durumun HMK bakımından düzenlenmemesi yasal bir düzenleme eksikliği olarak görülebilir. Zira HMK m. 413 bakımından hakem kuruluna henüz başvurulmamış olması halinde, tahkim itirazının kabulüyle, davanın usulden reddine karar verilebileceğini söylemek güçtür.

Kararnamede (m. 1448) “*Bu maddeye aykırı sözleşme hükümleri hiç yazılmamış sayılır*” denilmekte, hakem kuruluna henüz başvurulmadığı ve tahkim anlaşmasının açık olarak batıl veya uygulanamaz olduğu hallerde, uyuşmazlığın tarafları arasında yapılan sözleşme hükümlerinin akıbetinin hukuki sonuçlarının ne olacağı da açıkça amir bir hükümle düzenlenmemiştir. Buna göre bu halde bütün sözleşme hükümleri hiç yazılmamış sayılacaktır. Kanunumuzda da (HMK m. 413) aynı durumda taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin akıbetinin ne olacağı yasal düzenlemeye tabi tutulmuş değildir.

Fransız hukukunda Kanun’un daha ayrıntılı düzenleme yaparak muhtemel ortaya çıkabilecek hukuksal sorunlar bakımından daha öngörülü ve çözümleyici olduğu söylenebilir. HMK’daki tahkime ilişkin hükümlerin hangisi ya da hangilerinin amir hüküm olduğu, sözleşme ile aksinin kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı, bazı hallerde yorum bakımından sorunlara yol açar tarzda düzenlenmiştir. Fransız hukukunun bu konuda sorunu da çözümleyici nitelikte açık ve net olduğu söylenebilir. Kararnamede bu maddeye ait sözleşme hükümleri (m. 1448)



hiç yazılmamış sayılır, denilmekle açık bir amir hükümlerle düzenleme yapılmış, konu yoruma muhtaç olmaktan çıkmıştır.

Sonuç itibariyle Kararname'deki durum (m. 1448) bakımından, taraflar arasında tahkim sözleşmesinin varlığı halinde, bu sözleşme hükümlerle açıkça batıl veya uygulanmaz değilse, devlet mahkemesi tahkime konu uyuşmazlığa bakamaz. Tahkim yargısına henüz başvurulmamışsa ve tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya uygulanamaz olması halinde devlet mahkemesi yetkisizlik kararı veremeyecek, kural olarak uyuşmazlığın tahkim yargısında görülmesi yönünde hüküm verilecektir. Kararnamenin bu maddesi (1448) esas itibariyle "competence-competence" ilkesinin olumsuz etkisini düzenleyen hüküm olarak değerlendirilebilir. Zira bu ilkenin olumlu etkisinin Kararnamenin 1465. maddesinde düzenlendiği görülmektedir.

Tahkim itirazı HMK 116/1-b'de "Uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi gerektiği itirazı" ilk itirazlar arasında sayılmıştır. Tahkimi düzenleyen HMK m. 413'de ayrıca düzenlenmiştir. HMK'nın "uygulanmayacak hükümler" başlığı altında düzenlenen 444. Maddesiyle getirilen düzenlemeye göre, 407-444 arasında düzenlenen konularda aksine hüküm bulunmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanmayacağı, bir başka deyişle kıyasen uygulamaya dahi kanun koyucunun izin vermediği görülmektedir. Bu hükümden hareketle tahkim itirazında esas alınacak ve uygulanacak hüküm HMK'nın 413. maddesidir. Tahkim sözleşmesinin konusunu oluşturan bir uyuşmazlığın çözümü için tahkim yargısı yerine devlet mahkemesinde dava açılması halinde, davalı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilecek ve bu halde ilk itirazların cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gereğine ilişkin HMK'nın 117/1. maddesi uygulanacaktır. Zira tahkim ilk itirazının nasıl ileri sürülebileceği ve sonuçları ile ilgili hüküm HMK m. 408-444. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Kanundaki düzenleme esas alındığında (m. 413) tahkim itirazı bir ilk itiraz olarak düzenlenmiş olup, ilk itirazlara ilişkin HMK hükümlerine (m. 116/1-b, 117) tabiidir. İlk itirazın ileri sürülmesi ve incelenmesi HMK m. 117'de açıkça düzenlenmekle birlikte doktrinde¹⁹ ve Yargıtay

19 KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ağustos 2017, s. 662-663; YILMAZ, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt 2, 71-224, Ankara 2017, s. 1755,1760; PEKCANITEZ, Hakan: **Medeni Usul Hukuku Usul**, C.II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1219-1222; UMAR, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2011, s. 339-342, 1154-1156; GÖRGÜN, Şanal, **Medeni Usul Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 686-687; Bir görüşe göre HMK m. 117/1'den hareketle tahkim itirazının ilk itiraz olarak süresinde ileri sürülmemesi, sonradan yapılmasının karşı tarafın açık muvafakati ile mümkün olduğu, süresinden sonra yapılan tahkim itirazına karşı davacının sessiz kalması



kararlarında²⁰ farklı yorumlandığı görülmektedir. Yargıtay'a göre; "... Tahkim şartı veya sözleşmesi bulunmasına rağmen, tarafların hakem yerine devlet mahkemelerinde dava açmaları halinde dava şartı ya da sözleşmesinin uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. (...Hukuk Dairesinin ...03.2010 gün2010/1581 Esas, 2010/1652 Karar ve 09.2011 gün 2011/5332 Esas, 2011/5055 Karar sayılı ilamları) TMK'nun dürüstlük kurallarına uymak zorundadırlar. Taraflar ayrı ayrı genel mahkemede dava açmak suretiyle sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını kaldırmışlardır..." Yargıtay'ın verdiği karara katılmak bir yönüyle güçtür. Tarafların ayrı ayrı genel mahkemede dava açmalarının tahkim şartının uygulanması olanağını kaldırdığını söylemek, tarafa tanınan ilk itirazda bulunma hakkının tanınması ve kullanılması yasal imkanı (HMK. m.413, MTK.m.5) karşısında söylemek zordur. Kanun, tahkim yargısında görülecek bir uyuşmazlık hakkında devlet mahkemesinde dava açılması halinde, yapılacak ilk itiraz hakkının kullanılabilmesi için, sadece bir tarafın devlet mahkemesinde dava açması hali ve koşuluna bağlamış değildir. İlk itiraz yoluna başvurmak bakımından, tarafın veya tarafların devlet mahkemesinde dava açması arasında bir ayırım yapılmamıştır. O halde her iki tarafında devlet mahkemesinde dava açması halinde taraf veya tarafların ilk itiraz haklarını kullanamayacağını veya kullanılması halinde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği yorumu, ilk itiraza ilişkin kanun hükümlerinin konuluş amacına aykırılık teşkil eder. Tahkim iradesini ayakta tutmak suretiyle uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi tahkimin amacı ve gereklerindedir. Bu halde yasal hakkın kullanılması ve ilk itiraz yoluna başvurulması, kural olarak hakkın kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilemez ve yorumlanamaz. Bunun dışındaki istisnai durumlar bakımından dürüstlük kuralı ve uygulanması değerlendirilebilir ve uygulanabilir. Kanunların (HMK. m.413 ve MTK. m.5) uygulanmasında bu anlamda genellik esas olup, sadece taraf değil taraflar bakımından da uygulanması esastır. Sonuç olarak bu halde tahkim iradesinin, tahkim şartının ortadan kalktığı yolunda, tarafların farazi iradelerinin bulunduğu

halinde, yapılan itirazın mahkemece dikkate alınmasına HMK m 117/1 maddesinin engel teşkil edeceği, cevap dilekçesiyle tahkim itirazı yapılmaya hallerde ...-- Yoluyla tahkim itirazının yapılabileceği hakkında bkz. EKŞİ, s. 128.

- 20 Y.15.HD, 2016/5600 E, 2017/512 K; Yargıtay'ın cevap dilekçesinde öncelikli olarak davanın esasına ilişkin cevapların verilmesinden sonra ilk itirazların yapılmış olmasının, ilk itirazların ileri sürülmemiş sayılması sonucunu doğurmayacağı hakkındaki kararı için bkz: İBK. 29.3.1944, E. 36, K.10, (RG, 19.6.1944, No:5734: "Tahkim itirazı teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp savunma vasıtası olduğundan davacının muvafakati ile sonradan ileri sürülebilir. Bu muvafakat açık olabileceği gibi zımni de olabilir..." 11.HD, E. 2011/15015, K. 2012/178, T.16.01.2012 (EKŞİ, s. 122, dn. 39'dan naklen).



(varlığı) söylenemez. Doktrindeki ağırlıklı görüş, uyuşmazlığında tahkim yoluyla çözümlenmesi gerektiği itirazı (tahkim itirazı) ancak bir ilk itiraz olarak ileri sürülebileceği²¹; tahkim ilk itirazının ileri sürülmesinin tahkim yargılamasına engel teşkil etmeyeceği (m. 413/2), tahkim ilk itirazı usul yönüyle dava dilekçesinin tebliğinden itibaren iki hafta içinde (m. 127) ileri sürülebilmesi ve bu sürenin hak düşürücü nitelikte olduğu ve daha sonra ileri sürülmesinin mümkün olmadığı ve cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, karşı tarafın rızası ya da ıslah yoluyla dahi ileri sürülemeyeceği (m. 117/1), zımnen bir anlaşmanın ileri sürülmesinin mümkün olmadığı, cevap dilekçesi verilmesinden sonra ileri sürülen ilk itirazın dinlenemeyeceği, süresi geçtikten sonra yapılan ilk itiraz, karşı taraf karşı koymasa dahi mahkemece kendiliğinden dikkate alınarak sonradan yapılan ilk itirazın reddedileceği, ilk itirazda bulunma süresinin hak düşürücü nitelikte olduğu bu nedenle süresinde ileri sürülmeyen ilk itirazın ıslah yoluyla yani cevap dilekçesi vererek öne sürülmesi olanağının bulunmadığı, tarafın açık rızasıyla dahi sonradan ileri sürülemeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

VIII. HAKEM KURULU OLUŞTURULMADAN TAHKİM ANLAŞMASININ VARLIĞI HALİNDE, DEVLET MAHKEMESİNDE İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNDE BULUNULABİLMESİ

Kararname 1449. maddeye göre “Tahkim anlaşmasının varlığı, henüz hakem kurulu oluşturulmadığı sürece, taraflardan birinin bir devlet mahkemesinden ihtiyati karar, ihtiyati tedbir veya ara karar talebinde bulunmasına engel değildir. İhtiyati haciz ve teminatlara ilişkin maddeler saklı kalmak kaydıyla, bu talep, madde 145’deki düzenlemeler çerçevesinde ihtiyati tedbir ve ara karar konusunda yetkili “Tribunal de Grande Instance” – Asliye Hukuk Mahkemesi veya “Tribunal de Commerce” – Ticaret Mahkemesi başkanına yapılır, durumun acil olması halinde ise taraflarca tahkim anlaşmasına ilişkin talep edilen ihtiyati tedbir ve ara karar hakkında da karar verilebilir”. Konu HMK’da (m. 414) ihtiyati tedbir ve delil tespiti başlığı altında düzenlenmiştir. Taraflar arasında tahkim anlaşması var olmakla birlikte, henüz hakem kurulunun oluşturulmadığı süreçte,

21 Tahkim itirazının ilk itiraz olmasının doğal karşılanması gerektiği, mahkemenin tahkim sözleşmesini veya şartını resen nazarı itibara almasının isabetli olmayacağı ancak tarafın itirazı üzerine dikkate alınabileceği, bu itirazın işin esasına girilmeden yapılması halinde gereksiz zaman kaybı önenebileceği ve tarafların mahkemeyi gereksiz yere meşgul etmelerinin engellenmiş olacağı ve tahkim yolunun tahkikata başladıktan sonra kapalı sayılması gerektiği hakkında bkz: PEKCANİTEZ Usul, s.1221; Tahkim il itirazının yerinde olmadığı konusuna karar veren mahkemenin, tahkim ilk itirazının reddine karar vererek davaya devam edeceği, davanın esası hakkında ön inceleme yapacağı, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olmadığı hallerde mahkemenin tahkim ilk itirazını kabul ederek davayı usulden reddedeceğine ilişkin bkz: KURU, Ders Kitabı, s. 662-663.



tarafardan birinin devlet mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunup bulunamayacağı Fransız hukukunun aksine açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Kanun'da (m 414/4) "*Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı...*"denilmekle bu tahkim yargılaması öncesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceğinin dolaylı olarak düzenlendiği görülmektedir. Sonuç olarak hakem kurulu oluşturulmadığı veya tahkim yargılaması öncesinde devlet mahkemesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulmasına yasal bir engel bulunmadığı hem Türk hukuku hem de Fransız hukuku bakımından söylenebilecektir. Türk tahkim hukukunda ihtiyati tedbirlerle ilgili düzenlemenin daha ayrıntılı olduğu söylenebilir. Kanunda (HMK m. 414) tahkim yargılaması öncesi ve tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine verilecek ihtiyati tedbir kararından söz edilebilmektedir²². Oysa Kararname'de hakem kurulunun oluşturulması öncesi ve sonrası ayırımının yapıldığı görülmektedir. Tahkim yargılaması daha genel bir kavram olduğu için Kararname'de olduğu gibi hakem kurulunun oluşturulmasından önce ve sonra ayırım yapılması daha spesifik ve belirleyici olmak bakımından daha isabetlidir.

22 HMK m. 414'de getirilen düzenlemenin doktrindeki bir görüşe göre çirkin ve münasebetsiz olduğu hakkında bkz: UMAR, (Şerh) s. 1158; MTK hükümlerine göre, tedbir kararı için mutlaka ve öncelikle hakem veya hakem kuruluna başvurulması zorunluluğunun bulunmadığı hakkında bkz. NOMER Ergin/Ekşi Nuray/ ÖZTEKİN GELGELGÜNSELİ: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt I, 3. Bası-Haziran 2008-İstanbul, s.37. Hakem mahkemesi ve devlet mahkemesi arasındaki yetki dağılımı bakımından, ICC ScdO'ya (Art.23) göre verilecek ihtiyati tedbir kararları bakımından, hakemler ile devlet mahkemesi hakimi arasında pragmatik ve mantıklı bir yetki dağılımına ilişkin hükümlere yer verildiği ifade edilmektedir. KESER BERBER, Leyla: **Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, Ankara-1999, s.115vd;Devlet mahkemeleri ile tahkim mahkemelerinin geçici hukuki korumayı sağlamada birlikte yetkili oldukları ve yetkilerinin yarıştığı, geçici hukuki korunma için devlet mahkemelerine mi yoksa tahkim mahkemesine mi başvurmanın daha doğru olacağı konusunda; somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesi gerektiği hakkında bkz, DEREN-YILDIRIM Nevhis: **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınevi,2004,s.80-81; HMK m.414/f.3'te devlet mahkemelerinin kanunda yazılı istisnai durumlar dışında ancak hakemlerin izniyle ihtiyati tedbir kararları verebileceği, ve yetkilerinin tali bir yetki olduğu, kanundaki hükümlerle devlet mahkemelerinin yetkilerinin sınırlandırıldığı, bu sınırlamanın MTK ve UNCITRAL Model Kanunda karşılığının bulunmadığı hakkında bkz. YÜCEL Müjgan Tunç: **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti**, Ekim - 2013,s.98-99; Ulusal ve uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde hukuki koruma önlemine ilişkin çoğunlukla hakem kurulu ve mahkemelerin birlikte yetkili olması sistemini benimsendiği ve hakem kurullarının yetkisini tamamen kaldıran veya münhasıran belirleyen hükümlerin bulunmadığı, serbest seçim modelinin olumlu yanlarının yanı sıra olumsuz yanlarının da bulunduğu ve kötüye kullanılmaya müsait bir sistem olduğu hakkında bkz. ERTEN Rifat: **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Korum Önlemleri**, Ankara 2010, s.58-59.



Kanun'da (HMK m. 414) ihtiyati tedbir ve delil tespiti ile ilgili olarak geçerli ve yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda kıyasen HMK'daki ihtiyati tedbir ve delil tespitine ilişkin hükümlere göre mi hareket edileceği yoksa tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi düzenleyen 410. madde hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. HMK m. 414/1 "*aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılaması sırasında*" ifadesi ile başlamaktadır. Buna göre m. 414/1,2,3'e göre tahkim yargılaması sırasında, ihtiyati tedbir talebi bakımından görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin HMK m. 410 uygulanacaktır. Buna göre kanunda, (HMK.m.410) tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli ve yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya iş yeri bölge adliye mahkemesidir denilmektedir.7101 sayılı kanunla 28/2/2018 tarihinde yapılan değişiklikle, HMK'nun.410 uncu maddesinin birinci fıkrası; "(1) Tahkim yargılamasında mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme, konusuna göre tahkim yeri asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise görevli mahkeme, konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi, yetkili mahkeme ise davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya iş yeri mahkemesidir." şeklinde değiştirilmiştir. Milletlerarası Tahkim Kanununun 15. maddesi hakem kararlarına karşı kanun yolu, iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hale gelmesini düzenlemektedir. Bu maddede, İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla (Kanun No. 7101, Kabul Tarihi: 28/2/2018) değişiklik yapılmıştır. Değişikliğe göre; MTK'nun15. maddesinin (A) fıkrasının birinci bendinin ikinci cümlesi, ikinci bendin (2) numaralı alt bendinde yer alan "mahkeme " ibaresi "bölge adliye mahkemesi" şeklinde ve yedinci bendinin birinci cümlesi, "İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır öncelikle ve ivedilikle görülür." "İptal davası hakkında verilen kararlara karşı HMK hükümlerine göre temyiz yoluna başvurulabilir." Kanunda ki ek madde 1 de " Bu kanunda asliye hukuk mahkemesine verilen görev ve yetkiler, uyuşmazlığın konusuna göre asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemesi tarafından kullanılır". Tahkim yargılaması genel bir hukuki terim olarak kullanılmakta ancak bazı maddelerde tahkim yargılaması öncesi ve tahkim yargılaması sırasında (HMK m. 414/4) ifadeleri kullanılmaktadır. O halde tahkim yargılaması terimini tahkim yargılaması öncesi, tahkim yargılaması sırasında ve tahkim yargılaması sonrası olarak tamamını içerecek şekilde



anlaşılması, doğabilecek tereddüt ve sorunların giderilmesi bakımından bir bütün olarak tahkim yargılaması olarak yorumlanması gerekmektedir. Aksi takdirde tahkim yargılaması öncesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde görevli ve yetkili mahkeme bakımından 410'un uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Kanun hakem veya hakem kurulu oluşturulmasına rağmen devlet mahkemesinden tedbir talebinde bulunmayı olanaklı hale getirmekte ve bunu da tahkim şartlarına (örneğin hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında ve etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hallerde) bağlamaktadır. Kanundaki ifade muğlak olup bu hallerin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda ihtilafların çıkması olanak dahilindedir. Kanuna göre *“bu haller mevut değilse mahkemeye başvuru, sadece hakem ya da hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanarak yapılır”* denilmektedir. Kanun tahkim yargısında ihtiyati tedbir talebinde bulunmak bakımından oldukça ayrıntılı hükümler getirmiş, bu konuda esas ve usulleri düzenlenmekte, tahkim yargılaması sırasında dahi duruma göre devlet mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesini olanaklı hale getirmekle birlikte, kanımca hakem kurulu oluşturduktan sonra ihtiyati tedbir için mahkemeye başvurulmasının oldukça esnek ve olanaklı hale getirilmesi, tahkim yargısının devlet yargısından hızlı olduğu varsayımına ve bu yöndeki düşünce ve eğilimlere ve tahkim yargısının doğasına ters düşer görünmektedir. Ancak bununla birlikte bu konuda da tarafların yazılı iradesine de sınır getirmemek gerekir.

IX. HAKEMLİK GÖREVİNİN YALNIZCA TAM EHLİYETLİ BİR GERÇEK KİŞİ TARAFINDAN YERİNE GETİRİLMESİ

Kararnamenin 1450. maddesine göre *“Hakemlik görevi yalnızca tam ehliyetli bir gerçek kişi tarafından yerine getirilebilir. Tahkim anlaşmasının hakem olarak bir tüzel kişiyi belirlemiş olması halinde, bu kişi yalnızca tahkimi organize etmek yetkisine sahiptir”*. Konu HMK m.416/1-a'da *“Ancak gerçek kişiler hakem seçilebilir”*²³. Hakemlik görevini yerine getirecek kişinin ehliyeti konusunda açık bir hüküm yoktur. Tahkim anlaşması ile veya hakem sözleşmesi ile hakem olarak bir tüzel kişinin belirlenip belirlenemeyeceği konusunda da açık bir hüküm bulunmamaktadır.

23 *“Yasalarla belli edilen hakemler dışında hâkimlerin hakem olamayacaklarına ve bu yasağın mahkemelerce doğrudan doğruya (re'sen) uygulanacağına; ücretin taraflarca belli edilmemiş olması halinde, hakemlerin kendi ücretlerini belli edemeyeceklerine...”* (İBK, 13.05.1964, 01/03:RG 08.07.1964, sa.11748).



HMK m. 416/1-c'deki hükümden hareketle, üçüncü kişi, kurum veya kuruluşun hakem seçimi için yetkilendirilebileceği, ifade edilmektedir. Kanundaki (HMK m. 416/1-a) düzenlemeden hareketle, ancak gerçek kişilerin hakem olarak seçilebileceği, tüzel kişilerin hakem olarak seçilemeyeceği sonucuna varılabilir. Ancak Türk hukukunda tahkim anlaşması ile veya hakem sözleşmesi ile hakem olarak bir tüzel kişinin belirlenmiş olması halinde seçilen tüzel kişinin, hakemlik yapamayacağı açık olmakla birlikte, seçilen tüzel kişinin yalnızca tahkimi organize etmek yetkisine sahip olduğu şeklinde yorumlamak ta sorunlara neden olabilir. Zira kanunda, kararnamede olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmadığı için böyle bir durumda hakem olarak tayin edilen kişinin hakem seçmek üzere tayin edildiği sonucuna da varmak oldukça zorlama bir yorum olabilecektir.

Tahkimde ehliyet kavramının açıkça düzenlenmemiş olması Türk Hukuku bakımından bir eksiklik değildir. Sorun iç hukukta maddi hukuk hükümlerine göre yorumlanıp değerlendirilecektir²⁴.

X. HAKEMLERİN SAYISI VE HAKEM TAYİNİ

Kararname m. 1451'e göre; “ *Hakem kurulu toplam sayı tek bir rakam olmak üzere bir veya birden çok hakemden oluşur. Tahkim anlaşmasının hakemlerin toplam sayısını çift bir rakam olarak belirlenmiş olması halinde hakem kuruluna bir kişi daha eklenecektir. Tarafların ek bir hakem atanması konusunda anlaşamaması halinde hakem kurulu tarafların seçmiş olduğu hakemleri kabul etmelerinden başlayarak otuz günlük bir süre içerisinde tarafların seçmiş olduğu hakemler tarafından tamamlanır; aksi takdirde hakem kuruluna m.1459'da belirtilen yardımcı hâkim tarafından ek hakem atanır*”²⁵.

Konu HMK m.415'te “Hakem Sayısı” başlığı altında düzenlenmiştir. İçerik olarak hakemin tek sayı olarak belirleneceği ve birden çok hakemin tayininin mümkün olabileceği noktasında içerik olarak aynı düzenleme olduğu söylenebilir. Aynı olmakla birlikte hakemlerin çift sayıda olacağı kararlaştırılan hallerde ne olacağına ilişkin HMK'da bir düzenleme yoktur. Fransız hukukunda bu ihtimale binaen tahkim anlaşmasının hakemlerin toplam sayısını çift bir rakam olarak belirlemiş olması halinde “ hakem kuruluna bir kişi daha ekleneceği” ek hakemin, belirlenmesi konusunda

24 TAŞKIN, Hakem Sözleşmesi s. 56; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 7. maddesi gereği ancak gerçek kişilerin hakem seçilebileceği; madde ile hakem seçiminde esas olan prensiplerin belirtildiği, bu prensiplerin emredici nitelik taşımadığı, taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği konusunda bkz: AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 105, dn. 181;

25 Hükümet Gerekçesi: “Taraflara hakemlerini belirlemek serbestisi, bu sayının tek olması kaydıyla tanınmıştır. Bu serbesti kullanılamaz ise her bir tarafa kendi hakemini seçme hakkı tanınmış ve üç hakem atanacağı belirtilmiştir”.

anlaşmazlığın ortaya çıkması halinde otuz günlük süre içinde seçilmiş hakemlerin ek hakem belirleyeceği ve hakem kurulunun bu yöntemle tamamlanacağı, aksi takdirde kararname m. 1459'da belirtilen "Yardımcı Hâkim" tarafından ek hakem atanacağı düzenlenmiştir. Fransız tahkim hukukunun genelinde kural; kural dışılık ve kuralın uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlık ve alternatif çözüm yöntemi bağlamında hükümler ve çözümler getirildiği görülmektedir. Kanun yapma tekniği bakımından basit ama fevkalade önemli olduğunu altını çizmek gerekir.

Hakemlerin seçimini düzenleyen m. 416'da hakemlerin çift sayı olarak belirlendiği hallerde, ek hakemin nasıl seçileceği konusunda hüküm yoktur. Fransız Hukukunda konu ile ilgili hükümler açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, tahkim ve hakem seçimi konusunda muhtemel ihtilafların önüne geçmek için alternatif ihtimallere çözüm getirmek bakımından daha isabetlidir. Türk Tahkim Hukukunun düzenlenmesindeki tedvin bakımından genel eğilim, kural ve kural çerçevesinde ve hükümlerin düzenlenmesi ve fevkalade hallerde istisnai kural dışı durumlar ile ilgili düzenlemeler yapmak şeklinde hükümler ihdas edilmektedir. Oysa Fransız Hukukunda muhtemel ortaya çıkabilecek ve ihtilaflara neden olabilecek durumlar da öngörülerek, bunlara ilişkin çözümler sunan düzenlemelere yer verilmiş olmasıdır. Daha isabetli bir yöntem ve kanunlaştırma hareketi olduğu söylenebilir.

XI. TARAFLARIN HAKEMLERİN VEYA HAKEMİN SEÇİMİ KONUSUNDA ANLAŞMAMALARI HALİNDE HAKEM VEYA HAKEMLERİN SEÇİM USULÜ

Kararname m.1452'ye göre, "Tarafların hakemin veya hakemlerin seçimi usulü konusunda anlaşmamış olması halinde;

1. Hakem Kurulu bir hakemden oluşuyor ise ve taraflar, hakem seçiminde anlaşamazlarsa, hakem tahkimi organize etmekle görevli olan kişi tarafından; böyle bir kimse yoksa, yardımcı hâkim tarafından belirlenir.

2. Hakem Kurulu üç hakemden oluşuyor ise, taraflardan her biri bir hakem seçer; bu şekilde seçilen iki hakem üçüncü hakemi belirler. Taraflardan biri, diğer tarafın bu yoldaki isteminin kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde hakemi seçmese veya iki hakem seçilmelerinde sonraki bir ay içinde üçüncü hakemi belirleme konusunda anlaşamazlarsa bu hakemin seçimi tahkimi organize etmekle görevli olan şahıs tarafından; böyle bir kimse yoksa yardımcı hâkim tarafından yapılır"²⁶.

26 Hükümet Gerekçesi: "Maddede, hakemlerin atanmasında tarafların serbest olduğu kabul edilmiş, tarafların hakemlerin seçimi usulünü belirlemelerine karşın, hakem seçiminin yapılamaması durumunda, taraflardan birinin istemi üzerine hakem veya



Konu HMK m.412/1,2'de düzenlenmiştir. Fransız Tahkim Hukukundan farklı olarak Türk Tahkim Hukukundan “ tahkimi organize etmekle görevli kişi” ve “yardımcı hâkim kişi” bulunmamaktadır. Kanundaki bu hükümlere göre hakem seçimi yapılmayan veya yapılamayan hallerde hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılmaktadır (HMK m.416/2-c).

X. UYUŞMAZLIĞIN İKİDEN FAZLA TARAFI İLGİLENDİRMESİ HALİNDE HAKEM SEÇİMİ

Kararname m. 1453'e göre “*Uyuşmazlık ikiden fazla tarafı ilgilendiriyor ve taraflar hakem kurulunun seçim usulü hakkında bir anlaşmaya varamıyor ise tahkimi organize etmekle görevli şahıs veya böyle bir kimsenin bulunmaması halinde yardımcı hâkim, hakem veya hakemleri belirler*”²⁷. Türk tahkim hukukunda, Fransız tahkim hukukundan farklı olarak hakemin seçimi tek bir maddede (m. 416) düzenlenmiş olup, hakem seçimine etkisi bakımından “*uyuşmazlığın ikiden fazla tarafı ilgilendirmesi halinde*” ayrımı yapılarak hakem ya da hakemlerin seçiminin usulüne yer verilmemiştir. Fransız tahkim hukukunda her ne kadar bu ihtimal ayrıca değerlendirilmiş ve ayrı bir maddede bu halde hakemlerin seçimi, belirlenmesinin nasıl yapılacağı konusunda açıkça hüküm getirilmiş olmakla birlikte, hakem seçimi usulü yine 1452'deki usulle aynı olmakla birlikte, “*uyuşmazlığın ikiden fazla olması*” ihtimalinin açıkça kararnamede yer verilmesi dikkat çekicidir.

XI. HAKEM VEYA HAKEMLERİN SEÇİMİ İLE İLGİLİ ANLAŞMAZLIK HALİNDE HAKEMLERİN SEÇİM USULÜ

Kararname m. 1454'e göre “*Hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin diğer tüm anlaşmazlıklar, tarafların anlaşamaması halinde, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimsenin bulunmaması halinde yardımcı hâkim tarafından sonuca bağlanır*”²⁸. Konu HMK'da tek bir maddede (m. 416) düzenlendiği halde, Kararname'de konu ile ilgili üçüncü bir maddeyle de hüküm getirildiği “*hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin tüm anlaşmazlıklar*” denilerek, 1452 ve 1453'de düzenlenen durumlar dışında

hakem kurulunun seçiminin mahkeme tarafından yapılabileceği belirtilmiş ve bu seçimde esas alınacak hususlara yer verilmiştir. Tahkimde hakemlerin atanması büyük önem taşıdığı için atanma usulü açıkça belirlenmiştir. Mahkeme tarafından seçim yapılacak ise mahkeme, varsa seçime ilişkin taraf sözleşmesine uymalı ve hakemlerin tarafsız ve bağımsız olmasını temin edecek şekilde seçim yapmalıdır. Aksi hâlde hakem seçimine ilişkin karara itiraz edilemeyecek; ancak verilen hakem kararının iptali mümkün olacaktır”.

27 MTK, m. 7.B

28 MTK, m. 7, B,3



tüm ihtimal dahilindeki anlaşmazlıklar halinde, tüm ihtimaller gözetilmiş ve hakem kurumunun oluşturulmasına ilişkin çözüm getirilmiştir.

Kanun'da sadece (HMK m. 416) sayılı ve belirli durumlarda hakem seçiminin hangi usulde yapılacağı belirlenmiş olup, hakem kurulunun oluşturulmasına ilişkin sayılan ve düzenlenen ihtimaller dışında diğer tüm anlaşmazlıklar halinde ne olacağına ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bununla birlikte bu gibi ihtimali durumlar bakımından 416/2-c hükmünün uygulanacağını, yeni seçimin taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılacağı söylenebilir²⁹. Kararname ile hakemlerin seçimi ve dolayısıyla hakem kurulunun kuruluş ve kompozisyon zorlukları dikkate alınmakta ve çözüm getirilmektedir.

XII. TAHKİM ANLAŞMASININ AÇIK BİR ŞEKİLDE BATIL VEYA AÇIKÇA UYGULANAMAZ OLMASI HALİNDE HAKEM VEYA HAKEMLERİN SEÇİLEMEMESİ

Kararname m. 1455'e göre "*Tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl veya açıkça uygulanamaz olması halinde yardımcı hâkim, hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirir*"³⁰. Konu HMK'da açıkça düzenlenmiş değildir. Hakemlerin seçimini düzenleyen m. 416/2-c'de hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine, mahkeme tarafından yapılacağı, mahkemenin tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine karar vereceği düzenlenmektedir. Kanun'da Kararname'de düzenlendiği şekilde, hakem seçimi için mahkemeye başvurulduğunda, mahkemenin hakem seçiminde esas teşkil eden tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl veya uygulanamaz olduğunun tespit edilmesi halinde, hakem seçimi ile ilgili talebe karşı, talebin kabulü, reddi veya hakem seçilmesine yer olmadığına dair karar verip veremeyeceği bir başka ifadeyle, mahkemenin hakem tayini talebi karşısında, hakem tayini talebinin kabulü, reddi veya hakem seçimine yer olmadığına dair karar verebilmesi için tahkimle ilgili hangi esas ve usulleri incelemek suretiyle karar verebileceği, hakem tayini bakımından esas alınabilecek etken ve nedenlerin ne veya neler olduğu Kanun'da düzenlenmiş değildir.

Kanun'da (m. 408) tahkime elverişli olmayan uyuşmazlık konusunda, tahkim yargılamasına gidilmesi ve hakem seçimi konusunda mahkemeye talepte bulunulması halinde, mahkemenin neleri esas alacağı ve

29 Hakemlerin seçimi ile ilgili bkz: AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 106 vd; ERDOĞAN, s. 208 vd; YILMAZ, Şerh, s.3641 vd; UMAR, Şerh, s. 1160 vd; KARADAŞ, s. 124 vd; EKŞİ, s. 1564 vd; KALPSÜZ, Milletlerarası Tahkim, s. 53 vd; UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre hakem seçimi ve hakemlerin değiştirilmesi hakkında bkz. DAYINLARLI Kemal: **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, Ankara 2007,s.59- 62vd.

30 Broussolle, s.5



inceleyeceği, talebi ne yönde karara bağlayacağı hususu düzenlenmiş değildir. Keza Kanun'da (HMK m. 408) tahkime elverişli olmayan hallerde hakem tayini konusu bakımından da konu daha da önemli hale gelmektedir.

Kararname'deki hüküm (m. 1455) tahkim yargılamasında muhtemel ortaya çıkabilecek bir sorun karşısında (hakem tayini konusunda) mahkemenin neye karar verebileceğini düzenlemek bakımından isabetli bir hükümdür. Bu hükme hakemlerin seçimini düzenleyen maddede (m. 416/2-c) kanunumuz bakımından da yer verilmesi isabetli olacaktır. Zira Kararname'de düzenlenen bu ihtimallerin varlığı halinde mahkemenin neye karar verebileceğinin açıkça düzenlenmiş olması isabetli ve yerinde olacaktır.

XIII. HAKEM KURULUNUN KURULMASI VE HAKEM KURULUNA BAŞVURULMUŞ SAYILMASI

Kararname m. 1456'ya göre *“Hakem kurulu kendilerine verilen görevi kabul etmeleriyle kurulmuş ve bu tarihte uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulmuş sayılır.*

Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsız ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem, aynı şekilde, görevinin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir.

Hakemin halinden bir uyuşmazlık çıktığı takdirde bu uyuşmazlık, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durumun ortaya çıktığı ve öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde başvurularak yardımcı hâkim tarafından çözülür”³¹. Konu HMK'da açıkça düzenlenmiş değildir. Kararname esas itibarıyla uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna ne zaman başvurulmuş sayılacağı düzenlenmektedir. Buna göre hakem kurulu kendilerine verilen görevi kabul etmeleriyle kurulmuş ve bu tarihte uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulmuş sayılacaktır.

Uyuşmazlıkla ilgili hakem kuruluna başvurulması için bir aydan önce, hakem kurulunu oluşturan hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeleri ön koşuldur. Hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeleri

31 Hükümet Gerekçesi: “Birinci fıkrada, tahkim davasının açıldığı veya açılmış sayılacağı tarihin belirlenmesinde taraf serbestisi kabul edilmiştir. Bu fıkra ayrıca, taraf anlaşmasının bulunmadığı haller için yedek hukuk kuralları içermektedir. Eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise bu yedek hukuk kurallarına uyulması gereklidir. İkinci fıkrada ise ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararlarının geçicilik niteliğine uygun olarak, uyuşmazlığın esasının çözülmesine ilişkin adımların belirlenen süre içinde atılması gerektiği düzenlenmiştir”.

kurulu oluşmakta ve hakem kurulunun görevi kabul tarihinde hakem kuruluna başvurulmuş sayılmakta, bir başka ifadeyle başvurulmuş kabul edilmektedir. Sonuç itibariyle hakemlerin hakemlik görevini kabulle hakem kurulu oluşmakta ve hakemlik görevleri başlamaktadır.

Tahkim yargılamasıyla ilgili hakemlerin görevlerinin başlaması, hakemlik görevini kabul etmeleriyle, tek hakem seçilmesiyle hakemin görevi kabulüyle gerçekleşmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlıkla ilgili hakeme ya da hakem kuruluna başvurma tarihi hakem kurulunu oluşturan hakemlerin hakemlik görevini kabul tarihidir.

Tahkim yargılamasında tahkim davasının ne zaman açılmış sayılacağı, HMK'nın 426.maddesinde düzenlenmiştir. Tarafların aksini kararlaştırabileceği kararlaştırılmamışsa tahkim davasının hangi tarihte açılmış sayıldığı çeşitli ihtimallere göre düzenlenmiştir.

Dava tarihini düzenleyen hüküm emredici nitelikte değildir, zira tarafların aksini kararlaştırabileceği, aksi kararlaştırılmadığı sürece maddede düzenlenen ihtimali durumlara göre davanın açılmış sayılacağı ifade edilmektedir. Uyuşmazlığın tarafları bu maddenin aksini gerek tahkim sözleşmesiyle atf yaptıkları ve dahil ettikleri tahkim merkezi kurallarıyla gerekse tahkim sözleşmesine konulacak özel tahkim kurallarıyla kararlaştırılabilir.

Tahkim yargılamasında dava tarihini düzenleyen hüküm (m. 426) tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliği gereği, taraflar dava tarihini kararlaştırabilirler. Davanın açılma tarihi ile ilgili hüküm isabetli bir düzenleme olmadığı söylenebilir. Hakem seçimi ile ilgili usulde henüz hakem verilen görevi kabul etmeden (örneğin kanun hakem seçimi için "başvuruyu" esas almıştır), karşı tarafça talebin alındığı tarih, gibi kriterler esas alınmıştır, oysa henüz hakem seçilmemiş sadece tarafa ve üçüncü kişiye mahkemeye başvuru esas alınmıştır. Bu hallerde, ihtimali durumlarda henüz hakemin hakemlik görevini kabul etmesi veya hakem kurulunun hakemlik görevini kabulle sonuçlanması sonucu oluşmuş değildir. Kanundaki düzenlenen ihtimali durumlar, tayinin henüz daha kabulle sonuçlanmamış başlangıç (girişim) safhalarıdır. Hakemlerin hakemlik görevini kabul edip hakem kurulu oluşmadan tahkim yargılamasında davanın açılmamış sayılmasını kabul etmek, isabetli değildir. Bu anlamda Fransız tahkim hukukunda düzenlendiği gibi, hakemlerin görevinin başlamasını ve tahkim davasının açılma tarihinin, hakemlerin hakemlik görevini kabulle, hakem kurulunun oluştuğu, kurulduğu ve tarihin hakemin veya hakem kurulunun görevinin ve taraflar bakımından da dava tarihi olarak kabulü isabetli olacaktır.



Milli (iç-ulusal) tahkimde dava tarihi kural olarak henüz hakemler hakemlik görevini kabul etmeden, çeşitli ihtimallere göre belirlenmiştir. Hakemlerin hakemlik görevini henüz kabul etmeden (tarafların hakemlerin seçimi için mahkemeye başvuru tarihi veya tarafların sözleşmesine göre hakem seçecek olan kişi, kurum ya da kuruluşa başvurulduğu ve eğer sözleşmeye göre hakemlerin seçimi iki tarafa ait ise davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmemesini diğer tarafa bildirdiği tarihte, sözleşmeden hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarih, tahkim davasının açıldığı tarihtir.) dava tarihini çeşitli ihtimali durumlara göre belirlemek isabetli olmayacaktır.

Tahkim yargılamasında dava tarihi, hakemlerin görevi kabulüyle hakem kurulunun oluşması ve bu tarihin dava tarihi olarak kabulü yerinde olacaktır. Dava tarihini hakem ya da hakemlerin hakemlik görevini kabul etmeden önceki bir tarihe çekilmesi birçok sorunları da beraberinde getirecektir. Özellikle bu durumun önemi, hukuki himaye tedbirleri bakımından da daha da belirgin olarak öne çıkmaktadır.

Kararname m. 1456/2'ye göre “Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsız ve bağımsızlığından şüphe etmeyi gerektirecek hal ve şartları açıklamak yükümlülüğündedir. Hakem, aynı şekilde, görevinin kabulünden sonra ortaya çıkabilecek durumları da gecikmeksizin taraflara bildirmek yükümlülüğündedir”. Maddede düzenlenen durum HMK m.417'de düzenlenmiştir. Buna göre “Kendisine hakemlik önerilen kimse, bu görevi kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşulları açıklamak zorundadır. Taraflar önceden bilgilendirilmemiş oldukları takdirde hakem, daha sonra ortaya çıkan durumları da gecikmeksizin taraflara bildirir.

Hakem, taraflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir. Taraflardan birisinin kendisinin atadığı veya atanmasına katıldığı hakemi reddetmesi, yalnızca hakemin atanma tarihinden sonra öğrenilen ret sebeplerine dayanılarak yapılabilir”. Aynı konu HMK m. 416/2-c'de “Mahkeme, hakem seçiminde tarafların sözleşmesini ve hakemlerin bağımsız ve tarafsız olması ilkelerini göz önünde bulundurur. Üçten fazla hakem seçilecek hâllerde de aynı usul uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Fransız tahkim hukukunda kendisine hakemlik teklifi yapılan kimsenin, hakemlik görevini kabul etmeden önce tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphelyi gerektirebilecek her türlü halleri, koşulları açıklaması, hakem için

bir yükümlülük olduğu açıkça ifade edilmiştir. Hakemin bu yükümlülüğü sadece hakemlik görevini kabulden önce değil aynı zamanda görevin kabulünden sonra da ortaya çıkan ve çıkabilecek durumlar, bağımsızlığı ve tarafsızlığı etkileyebilecek ise en kısa ve uygun zamanda taraflara bildirimde bulunmak durumunda olup, bu yükümlülüğü devam etmektedir. Hakemin tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durumların ve koşulların açıklanması, hakem seçiminden önce ve sonra olmak üzere bir “zorunluluk” olarak düzenlenmişken Fransız tahkim hukukunda bu durum bir “yükümlülük” olarak düzenlenmiştir. Yükümlülük olarak düzenlenmesi hakem sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk bakımından daha önemli hale gelmektedir.

Milli tahkim bakımından bu durum zorunluluk olarak düzenlenmiş ve hakemin reddini gerektiren sebeplerden sayılmıştır. Kanun metninde “zorunluluk” olarak ifade edilen durum hükümet gerekçesinde “yükümlülük” olarak ifade edilmiştir³². Taraflar bakımından hakemin halinden tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda şüpheyi gerektiren hal ve şartlar, gerek hakem veya hakemlerin önce veya sonra beyanlarından gerekse beyan olmaksızın taraf veya tarafların tespiti, duyumu, bilgi edinmesi, bizzat olaya tanık olunması vs. sonucu ortaya çıkabilir. Taraflar arasında hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı sorgulanır ve fikir ayrılığı ortaya çıkması halinde, uyuşmazlık tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durum öğrenildiği veya ortaya çıktığı tarihten itibaren bir ay içinde başvurmak suretiyle yardımcı hâkim tarafından çözülecektir. Hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığından şüpheyi gerektiren hal ve durumlar “ret sebepleri” başlığı altında düzenlenmiş olup, hakemin halindeki ihtilaf ve hakemin reddi sebebidir. Hakemin reddi usulü 418. madde ile ayrıca düzenlenmiştir³³. Hakemin reddini

32 Hükümet Gerekçesi: “Maddenin birinci fıkrasında, hakemin reddi sebepleri belirtilmiş; tahkim yargılamasının özelliği gözetilerek, hakemlik önerilen kimsenin, tarafsızlık ve bağımsızlığından şüphe edilmesini haklı gösterecek durum ve şartları varsa, görevi kabul etmeden önce bunları açıklama yükümlülüğüne yer verilmiştir. İkinci fıkrada, hakemin, taraf serbestisi gereği, tarafların belirlediği niteliklere sahip olması ile tarafsızlığı ve bağımsızlığı teminat altına alınmıştır. Belirtilen ret sebepleri, taraflarca aksi kararlaştırılmamış ise doğal olarak “Yasaklılık sebepleri” başlıklı 39 uncu maddede belirtilen hâkimin yasaklılık hâllerini de kapsar. İkinci fıkranın son cümlesi ile hakemin kötünüyetle reddi suretiyle tahkimin geciktirilmesinin önlenmesi istenmiştir”.

33 Fransız doktrininde, hakemin tarafsızlığının kanun gereği mecburi bir zorunluluk olup olmadığı sorgulamakta ve bu konuda hakemin şeffaf olmasının gereği ve önemi vurgulanmaktadır. FÉRIER, Didier: **La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitrage?**; **Recueil Dalloz** 2015 p.29, vd; Milli kanunlarda ve milletlerarası kurumların tahkim kurallarında çoğunlukla “bağımsızlık ve tarafsızlık” kelimelerinin birlikte kullanıldığı, ancak bu kelimelerin “müteradif olmadığı” hakkında bkz: KALPSÜZ (Milletlerarası Tahkim), s. 55; Hakem kurulu üyelerinin çoğunluğunun reddinin asliye hukuk mahkemesinden istenebileceği, bu halde mahkemenin vereceği



gerektiren bir durumun ortaya çıktığını öğrendiği tarihten itibaren iki hafta içinde ret talebinde bulunabilecek, talebe rağmen hakemin kendiliğinden çekilmemesi veya diğer taraf reddi kabul etmez ise, ret hallerine hakem kurulunca karar verileceği düzenlenmiştir. Hakem kurulunca ret talebinin kabul edilmediğini öğrenen taraf, bu tarihten itibaren karara karşı bir ay içinde mahkemeye başvurarak bu kararın kaldırılmasını talep edebilir. Yargıtay; ilk derece mahkemesi tarafından hakem heyetinin reddine ilişkin verilen kararlara karşı doğrudan temyiz yoluna başvurulamayacağı içtihadında bulunmuştur.³⁴

Hakemin reddi usulü bakımından mahkeme reddi istenen hakemin veya hakem kurulunun tamamını veya karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakemin ret talebinin kabulü kural olarak tahkimin sona ermesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Reddi istenen hakem veya hakemlerin isimlerinin belirlenmediği hallerde, tahkimin sona ermeyeceği ve yeniden hakem seçimi yoluna gidilecektir³⁵.

kararın kesin olduğu ve karar çoğunluğunu oluşturan hakemlerin reddine karar verilen hallerde tahkim sona erecektir. KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, Ankara,2007, s.42; Hakemin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda şüpheli vakıaları araştırması ve ifşada bulunmaması halinde, hakem kararı verildikten sonra ortaya çıkan hususlar nedeniyle verilen kararın iptal edilmesi gerektiği ve tarafların bu nedenle uğradığı zararların tamamından hakemin sorumlu tutulması gerektiği ve güvensiz ortamda yargı barışının sağlanamayacağı savunulmaktadır. REİNER Andreas: Hakemin Bağımsız ve/veya Tarafsız Olmadığının veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit Edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi,(çeviren Müslüm YILMAZ), **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı**, 15 Kasım 2007,Beta, s.78.

34 Yargıtay kararına göre "...Doktrinde sıçrama yoluyla temyiz olarak adlandırıldığı üzere ilk derece mahkemesinin hakem kararının iptaline ilişkin kararlarda istinaf yolu atlanmak suretiyle temyiz yoluna başvurulması gerekecek ve ayrıca Yargıtay tarafında verilen karara karşı da karar düzeltme yoluna gidilemeyecek ve bu şekilde kanun yolu tamamlanmış olacaktır. Ancak somut uyuşmazlıktaki talep, hakem kararının iptali istemine ilişkin olmayıp sadece hakem heyetinin reddi istemine ilişkindir. Bu nedenle hakem heyetinin reddine ilişkin talep sonucunda ilk derece mahkemelerince verilen kararların 6100 Sayılı HMK'nın361/1 ve 439/6 maddeleri uyarınca değerlendirilmesi mümkün olmadığından bu kararlar için doğrudan temyiz yoluna başvurulamayacaktır..." Y.11,HD,2017/3116 E, 2017/4895 K.

35 Uluslararası tahkimde hakemlerin reddi ile ilgili kabul edilen temel prensiplerin MTK'da da aynen benimsendiği hakkında bkz: ERDOĞAN, s. 271; Hakemlerin taraflarca seçildiği durumlarda her iki tarafın uzlaşmaya vardığı tarafsız olan ve sır saklama yükümlülüğünü yerine getiren hakemin bulunmasında güçlük olduğu, doktrinde hakemlerin tarafsızlığını sağlamak bakımından en iyi yöntemin üç hakemden oluşan kurul olduğu, ancak bu durumun hakemlerin tarafsızlığını korumayarak yargılama sürecinde sekteye uğraması olasılığı kaldırmadığı hakkında bkz: YILDIRIM, Nevhis Deren, Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, Ankara Barosu Dergisi, 2002-4, s. 43; Milletlerarası tahkimde hakemlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı hakkında TMTK'nun 7/C ve 7/D maddesi hakkında bkz: KAPLAN, Yavuz, Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısında Yeni Gelişmeler ve Önemi, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.77, S.3, Y.2003, s. 614.



Hakemin reddi usulü bakımından kanun koyucu reddi istenen hakem ve hakemler ayırımına gitmiş, duruma göre hakemlerin reddi için doğrudan hakem kuruluna ve onun verdiği karara karşı bir ay içinde mahkemeye gidilebileceğini veya kanunda belirtilen durumların varlığı halinde ancak doğrudan, yani hakem kuruluna gitmeden mahkemeye başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Hakemin reddine ilişkin hükümlerin tahkimi geciktirmek suretiyle kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla, hakem veya hakemlerin reddi talebi öncelikle hakem kuruluna yapılmakta ve karara bağlanmaktadır. Seçilen hakemin ya da hakem kurulunun tamamının ya da karar çoğunluğunu ortadan kaldıracak sayıda hakem veya hakemlerin reddi için öncelikle ve ilk olarak mahkemeye başvurma zorunluluğu vardır.

Kanun koyucu bu şekilde reddedilen hakemlerin kendi ret talepleri hakkında karar verme durumunda kalmalarının önüne geçilmiş olacağı ve bu çekinceye binaen, reddetmek için öncelikle mahkemeye başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Fransız tahkim hukukunda (m. 1456-1459) tahkimin kurulması esnasında hakemin veya hakemlerin reddi, hakemlik engeli ve hakemin istifasına ilişkin kurallar basitleştirilmek suretiyle uygulanma kabiliyeti arttırılmıştır.

Kararnamenin 1456. maddesindeki düzenleme gereği olarak hakem veya hakemler kendilerine verilen görevi kabul etmekle hakem kurulu oluşturulmuş sayılmakta ve hakem kurulunun oluştuğu tarih itibariyle de hakem kurulunda dava açılmış sayılmaktadır.

Hakemlik görevinin kabulünden önce veya sonra, hakem veya hakemlerin kendi bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkileme ihtimali olan durumlarla karşı karşıya gelmesi halinde bütün bunları bildirme yükümlülüğü altına girdiği düzenlenmektedir.

XIV. HAKEMLERİN GÖREVLERİNİ DEVAM ETTİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kararname m. 1457'e göre *“Hakemler haklı bir engel ya da meşru olarak görevden çekilme veya sakınma sebebi olmadıkça görevlerini sonuna kadar devam ettirmekle yükümlüdür.”*

Öne sürülen sebebin gerçekliği konusunda uyuşmazlık olması halinde bu uyuşmazlık, tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından veya böyle bir kimse yoksa durumunda ortaya çıktığı veya öğrenildiği tarihten itibaren bir ay içinde başvurularak yardımcı *hâkim tarafından çözümlür*”. Konu HMK'nın 420. maddesinde görevin yerine getirilmemesi



başlığı altında düzenlenmiştir³⁶. Taraflar arasında çekilme sebeplerinin varlığı konusunda ihtilaf olursa mahkemeden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesi istenebilir. Bu durum hakemlik görevinin sona ermesi olarak düzenlenmiştir. Görevden çekilen hakem bakımından bu durumun haklı bir engel veya meşru olarak görevden çekilme durumu halinde hakem için bir yükümlülük olup olmadığı noktasında HMK m. 419'da hüküm bulunmamaktadır. Hakemlerin sorumluluğu bakımından kural olarak görevi kabul eden hakem haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçınması halinde bu durum hakemin veya hakemlerin hukuki sorumluluğunu gerektirmekte ve bu nedenle tarafların uğradığı zararları tazmine mahkum olmaktadır. Kanunda hakemlerin bu türden sorumluluğunu ortadan kaldıran neden "taraflarca aksinin kararlaştırılmış olmasıdır".

Hakemin görevinden çekilmesi veya diğer tarafın hakemin yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi, hakemin reddi sebebi veya hakemin reddi anlamında yorumlanamaz ve hakemin reddi sebeplerinin kabulü anlamına gelmez. Hakem veya hakemlerce görevin hiç veya zamanından yerine getirilememesi, hukuki veya fiili sebeplerden kaynaklanması halinde, gerek çekilme gerekse tarafların bu konuda anlaşmaları hakemlik görevinin sona ermesi sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Fransız tahkim hukukuna göre (m. 1457), kendisine verilen görevi yerine getiren hakem, görevi kabul ettiği andan itibaren görevin sonuna kadar tahkim yargılamasını yürütmek zorunluğundadır. Görevi yerine getirme bakımından getirilen yükümlülüğün istisnaları, hakemin istifası, görevin yerine getirilememesine ilişkin meşru bir neden veya haklı, meşru bir mazereti engel göstermesidir.

Hakemlik görevini sonuna kadar devam ettirmek yükümlülüğüne istisna teşkil eden neden veya nedenlerin iddia edilmesi halinde veya öne sürülen nedenin gerçekliği sorgulanır olması ve bu konuda taraflar arasında uyuşmazlığın varlığı halinde, bu uyuşmazlık tahkimi organize etmekle görevli kişi tarafından çözülecektir. Tahkimi organize edecek olan kişinin olmaması halinde yardımcı hâkim (destekleyici yargıç) tarafından

36 Hükümet Gerekçesi: "Maddenin birinci fıkrasında, bir hakemin hukukî veya fiili sebeplerle görevini hiç ya da zamanında yerine getirmesi imkânı olmadığı durumlarda, doğal olarak o hakeme sorumlu tutulmaksızın çekilme hakkı tanınmıştır. Yine, bahsedilen durumlarda taraflara da anlaşarak o hakemin hakemlik görevini sona erdirip, tahkimi tekrar işler hâle getirme imkânı tanınmıştır. İkinci fıkrada, hakemin yetkisinin sona ermesi konusunda tarafların anlaşamaması ihtimaline karşı, son söz mahkemeye bırakılmıştır. Tahkimde sürati sağlamak için, mahkemenin bu konuda vereceği kararın nihaî olduğu belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise hakemin görevden çekilmesi veya diğer tarafın hakemlik yetkisinin sona ermesine muvafakat etmesi durumunun, farklı bir şekilde yorumlanması engellenmek istenmiştir".



uyuşmazlık çözümlenecektir. Kararnamede düzenlenen bu mekanizma hakem veya hakemlerin reddi veya uyuşmazlık konusunda taraflarca ortak karar alınamayan hallerde de geçerlidir.

XV. HAKEMLERİN GÖREVİNDEN ALINMASI

Kararname m. 1458'e göre "*Hakem yalnızca tarafların oy birliği ile görevinden alınabilir, oybirliğine ulaşılamaması halinde, 1456. maddenin son fıkrasına göre hareket edilir*". Konu HMK'nın 420. maddesinde "*Görevin Yerine Getirilememesi*" başlığı altında düzenlenmiştir³⁷. Hakemlik görevi, çekilme veya tarafların bu yönde anlaşmaları suretiyle sona ereceği düzenlenmiştir. Kanun'da "*tarafların anlaşması suretiyle sona ereceği*" ifadesi kullanılmakta, Kararname'de "*hakemin yalnızca tarafların oybirliği ile görevinde alınacağı*" söylenmektedir.

Hakemlerin çekilmesini gerektiren nedenlerin varlığı durumunda, taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde, taraflar mahkemeye başvurabilirler ve bu konuda mahkemenin vereceği karar bağlayıcı olup kesindir.

XVI. TAHKİMDE YETKİLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

Kararname m. 1459'a göre "*Yetkili yardımcı hâkim "Tribunal de Grande Instance" başkanıdır.*

Bununla birlikte tahkim anlaşmasının açıkça öngördüğü takdirde, "Tribunal de Commerce" başkanı da 1451-1454 maddelerinin öngördüğü hususlar uyarınca talep edilenler hususunda yetkilidir. Bu durumda hâkim madde 1455 hükümlerini uygulayabilir.

Yer bakımından yetkili mahkeme tahkim anlaşması ile belirlenen mahkemedir, anlaşmada belirtilememesi halinde yetkili mahkeme hakem kurulunun merkezi olarak belirlenen yerin yetkili bölgesi mahkemesidir. Anlaşmada herhangi bir bilginin bulunmaması halinde yer bakımından yetkili mahkeme davalı veya davalılardan birinin ikametgâh yeri mahkemesi, davalı Fransa'da ikamet etmiyorsa davacının ikametgâh yeri mahkemesidir."

Konu HMK m. 410'da düzenlenmiştir³⁸. Tahkimde görevli ve yetkili mahkemeyi düzenleyen söz konusu maddede yetkili mahkeme

37 MTK. 3, I, HMK m. 40

38 Hükümet Gerekçesi: "Maddede, tahkime uygulanacak emredici mahiyette olmayan kurallara veya tahkim sözleşmesinin herhangi bir hükmüne, tahkim yargılaması esnasında uyulmaz ise ilgili tarafa bu aykırılığa itiraz etme hakkı tanınmıştır. Ancak bu itiraz makul bir süre, yani onbeş gün içinde yapılmaz ise ilgili taraf itiraz hakkından feragat etmiş sayılır. Aksi durum iyiniyet ilkesine aykırı olur".

Adalet Komisyonu Gerekçesi: "Tasarının 413. maddesinde geçen "on beş gün" ibaresi, sürelerin hesabından kolaylık sağlanması ve uygulamadan kaynaklanan sorunların giderilmesi amacıyla "iki hafta" olarak değiştirilmiştir".



bakımından tarafların yetkili mahkemeyi belirlemesi ve yetki sözleşmesi yapma olanağı tanınmaktadır. Kararnamede ise (m. 1459) yetkili mahkeme tahkim anlaşmasıyla belirlenebilmektedir. Kararname ile getirilen düzenleme ile kural yer bakımından yetkili mahkeme tahkim anlaşması ile belirlenen mahkemedir. Anlaşmada belirtilmeyen hallerde yetkili mahkeme 1459’da düzenlenen mahkeme olacaktır.

Kararnamedeki yetkiye ilişkin düzenlemeden farklı olarak HMK m. 410’daki hükümle taraf iradeleri dikkate alınmaksızın yetkili ve görevli mahkeme kanunla tayin ve tespit edilmiştir.

Bu anlaşmada yetki konusunda kararname ile HMK m. 410 aynı içerikli konuyu görevli ve yetkili mahkemeyi farklı düzenlemekte ve farklı hükümler taşımaktadır. Kararname 1459 ve 1460’ncı maddeleri de usule ilişkin hükümler düzenlemektedir. Hakem kurulunun anlaşmasından tahkim yargılaması süreci içinde karşılaşılan zorlukların hangi esas ve usuller çerçevesinde çözümlenmesi konusunda yetkilendirilmekte ve kendisine çözüm odaklı misyon üstlendiği görülmektedir. Tahkim anlaşmasında açıkça öngörülen ve kararlaştırılan hallerde ticaret mahkemesi (Tribunal de Commerce) başkanı hakem kurulunun oluşmasında ve tahkim yargılamasında kanunda düzenlenen hallerde yetkilidir. Kararnameye göre tahkim anlaşmasında açıkça öngörülen hallerde ticaret mahkemesi başkanı kararname m. 1451-1454’de öngörülen ve düzenlenen hususlarda talep halinde ticaret mahkemesi başkanı yetkili kılınmıştır.

Kararname ile tahkimde usule ilişkin sorunların çözümünde, asliye hukuk mahkemesi başkanına, yetkili yardımcı hâkime (Tribunal de Grande Instance) çözüm yetkisi verilmektedir. Kararnamede örneğin (m. 1463) sürenin uzatılması ile ilgili olarak yetkili yardımcı hâkime yetki tanınmaktadır. Fransız tahkim hukukunda kararname ile tahkim usulü ile ilgili konularda tahkimin kuruluşundan, hakem kurulunun oluşması, hakemin reddi, hakemin çekinmesi, istifası ve tahkim sürecinin uzatılması gibi konularda asliye hukuk mahkemesi başkanı tahkim usulü ile ilgili konular başta olmak üzere ifade edilen konular da dahil olmak üzere yetkilendirildiği görülmektedir.

XVII. TARAFLARDAN BİRİNİN VEYA HAKEM KURULUNUN VEYA ÜYELERDEN BİRİNİN YARDIMCI HAKİME BAŞVURMASI

Kararname m. 1460’a göre, *“yardımcı hâkime taraflardan biri veya hakem kurulu ya da hakem kurulunun üyelerinden biri başvurabilir. Talep ihtiyati karar başvurularında olduğu gibi düzenlenir, bildirilir ve karara bağlanır. Yardımcı hâkim kesin ve yargı yoluna kapalı karar verir. Bununla birlikte bu karara karşı temyiz yoluna md. 1455’de öngörülen sebeplerden birinin gerçekleşmesi ile hâkimin hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirmesi halinde başvurulabilir”*.

Kararname m. 1460'da yardımcı hâkime kimlerin başvurabileceği hususu düzenlenmiştir. Yardımcı hâkime, taraflardan biri başvurabileceği gibi, hakemlerden biri veya hakemler kurulu başvurabilecektir. Yardımcı hâkime başvuruyu düzenleyen hüküm kural olarak genel nitelikte olup, tahkimle ilgili mahkemeye (yardımcı hâkime) başvurulması gereken her bir durum için geçerlidir. Reform kapsamında, tahkim usulünce yardımcı hâkim (asliye hukuk mahkemesi başkanı) tahkimin kuruluşu ve oluşumundan, hakemin veya hakemlerin reddine, hakemlerin çekinmesi veya istifasından tahkim süresinin uzatılması gibi kanunda mahkemeye başvuruyu düzenleyen hükümlere göre yetkili olduğu görülmektedir. Kararname; düzenlenen hükümlerle usule ilişkin hükümlere açık bir şekilde yer vermekte, yardımcı hâkimlerin tahkimin oluşumundaki rolü ve hakem heyetinin kurulmasında tahkim yargısında karşılaşılan güçlüklerin, sorunların ne şekilde çözümleneceğine ilişkin hükümleri düzenlemektedir.

Kararnamede düzenlenen durum, HMK m. 410'da tahkim yargılamasında, *“mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli ve yetkili tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir. Tahkim yeri belirlenmemiş ise, görevli ve yetkili mahkeme davalının Türkiye'deki yerleşim yeri, oturduğu yer veya iş yeri bölge adliye mahkemesidir”* denilmek suretiyle düzenlenmiştir³⁹.

Tahkime başvurulmuş hallerde mahkemenin yardımı ayrıca HMK m. 411'de *“tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı bu kısımda açıkça izin verilen hallerde mümkündür”* denilmek suretiyle mahkemeye başvurmak kanunla sınırlı ve açıkça izin verilen hallerde mahkemeye başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalelerini düzenleyen bu hükme göre, hükümet gerekçesinde de aynen ifade edildiği gibi, *“tahkim yargılaması niteliği ve yargılama kurallarının tahkim sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılabildiği göz önünde bulundurularak, mahkemelerin tahkim yargılamasına müdahalesi bu kısımda sayılan hallerle sınırlı tutulmuştur”*. Kanunda geçen *“yardım”*, *“müdahale”* ibaresine açıklık sağlanması amacıyla kullanılmıştır. Mahkemelerin tahkim yargılamasına yardımında tahdidilik ilkesinden hareket edildiği görülmektedir⁴⁰.

39 Tahkim davasının ticari dava niteliği taşıdığı hallerde hakem tayini davanın ticaret mahkemesi hâkimliğinde açılması gerektiği, görevli olmayan mahkemelerde açılan davanın kanuna aykırı olacağı hakkında bkz: KARADAŞ, s.129.

40 Mahkemelerin tahkim yargılaması bakımından müdahale ve yardımda bulunabilecekleri hususlar hakkında bkz: EKŞİ s.153-154.



Kararnameye göre kural olarak yardımcı hâkimin kararı yargı yoluna (kanun yolu) kapalı olup kesindir. Yardımcı hâkimin kararı kesin olmakla birlikte, istisnaen verilen karara karşı temyiz yoluna kararnamenin 1455'inci maddesinde düzenlenen sebeplerden birinin gerçekleşmesi halinde ve bu sebeplere hasren hakemlerin seçilmesine yer olmadığına dair verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

6100 sayılı HMK m. 416/ 2-c'de "Hakem seçimi ile yetkilendirilen üçüncü kişi, kurum veya kuruluş, hakemi ya da hakem kurulunu seçmezse, hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılır. Mahkemenin, gerektiğinde tarafları dinledikten sonra bu fıkra hükümlerine göre verdiği kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz" hükmü bulunmaktadır.

Hakem tayini için kanun gereği mahkemeye başvuru hallerde, talebin konusu hakem seçimi olduğundan, mahkeme, hakem seçimine esas teşkil edecek esas ve usulleri, hakem tayinini gerektiren nedenlerin var olup olmadığını araştırmak durumundadır.

Mahkemenin inceleme görevi çerçevesinde taraflar arasındaki asıl (temel) sözleşme ve tahkim sözleşmesinin ibrazı gerekir. Hakem tayinine ilişkin talep ve talebin inceleme sırasında, tahkim sözleşmesinin açık bir şekilde batıl olduğunun veya açıkça uygulanamaz olduğunun ileri sürülmesi halinde mahkemenin ileri sürülen talep veya talepleri savunmayı incelemesi gerekeceğinden, sonucuna göre gereken hallerde hakem veya hakemlerin seçilmesine yer olmadığına da karar verebilir. Bu ihtimal kararnamede açıkça kurala bağlanmış ve verilen karara karşı diğer sebeplere binaen kanun yoluna gidilemeyeceği kabul edilmiş olmakla birlikte, tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya açıkça uygulanamaz olması kuralına istisna olarak düzenlenmiş ve sadece bu hale özgü olarak temyiz yoluna başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanunda HMK m. 416/ 2-c'de, Kararnamedeki düzenlemeden farklı olarak, hiçbir istisnaya yer verilmeksizin temyiz yoluna (kanun yoluna) başvurulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Kararnamedeki düzenleme (m. 1460 ve atıf yapılan 1455) hakem veya hakemlerin tayini talebine karşın mahkemenin, tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya açıkça uygulanamaz olması nedeni veya nedenleriyle sınırlı olarak, hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirmesi ve bu karara karşı temyiz yolunun açık tutulması kanun yoluna (temyiz) başvurulabilir olması isabetli bir düzenlemedir. Tahkim yargılamasında bu konunun önemi, özellikle tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl olması veya açıkça uygulanamaz olması (örneğin taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya tarafların iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli



olmaması gibi durumlarda) HMK m. 408, veya tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmaması HMK m. 412/ 3 (zira yazılı şekil anlaşmanın geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir) tahkimi ortadan kaldıran sebepler olmak bakımından fevkalade önemli olup, önemine binaen kanun yolunun açık olmasını ve mahkemenin vereceği kararın denetlenmesinin gereğini ortaya koymaktadır.

Kararnamedeki hükme hukukumuz bakımından da yer verilmesi isabetli olacaktır. İncelenen konuyla bağlantısı, ilişkisi bakımından işaret etmek gerekir ki, iptal davasını düzenleyen hükümde (m. 439/ 2-a, "tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu", (m. 439/ 2-g, "hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı" iptal sebebi olup, ayrıca HMK m. 439/ b, "iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir..." hükümlerine yer verilmiş olup, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yolu (m. 361 vd.) açıktır.

Tahkim yargılamasında iptal davası ile ilgili olarak, Yargıtay tarafından verilen bir kararda; "...Dava hakem heyeti kararının iptali istemine ilişkin olup, davada 4686sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun15/A maddesine dayanılarak asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Gerçekten de 05.01.2001 yürürlük tarihli 4686 sayılı MTK. 15/A maddesinin ikinci cümlesinde, hakem kararına karşı açılacak iptal davasında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Ancak 5235 sayılı kanunun 5. maddesinde 18.06.2014 tarih, 6545 sayılı kanunun 45. maddesi ile yapılan değişiklikle, 4686 sayılı MTK'na göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara ilişkin tüm yargılama safhalarının, asliye ticaret mahkemesince, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütüleceği ve sonuçlandırılacağı hüküm altına alınmıştır."⁴¹

Hakem kararı verilmesinden önceki hakem tayini aşamasındaki neden veya nedenlere karşı kanun yolu kapalı tutulmuş olmakla, aynı neden veya nedenlerin hakem kurulunun oluşmasından sonra ortaya çıkması halinde kanun yolunun açık olması bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Konu diğer bir yönüyle de tahkim yargısının önünü kapatmak, işleyişini ve işlevselliğini engellemek bakımından oldukça önemlidir. Bu bağlamda hakem veya hakemleri tayin eden mahkemenin tahkim anlaşmasının

41 11HD,2016/1593E,2016/2463K.



açık bir şekilde batıl veya uygulanamaz olduğu cihetle hakemlerin seçilmesine yer olmadığı gerekçesiyle, hakem tayini için başvuran tarafın talebini reddetmesi ve talebin reddine esas ve gerekçe teşkil eden tahkim anlaşmasının açık bir şekilde batıl veya açıkça uygulanamaz olduğuna ilişkin değerlendirmesinde, hukukî tavsifinde yanılması, bir başka deyişle, gerçekte tahkim anlaşmasının geçerli veya uygulanabilir olması, kanun yoluna gidilebilir olması halinde, bir başka ifadeyle ortaya çıkması mümkün veya ihtimal dahilinde olması halinde, kanun yolunun kapalı olmasının ve doğuracağı sakıncalar konuyu daha da önemli hale getirmektedir. Sonuç itibarıyla kararnamedeki düzenlemeye HMK bakımından ihtiyaç olduğu söylenebilir.

SONUÇ

Fransız hukukunda, 14 Ocak 2011 tarihinde Fransız Cumhuriyeti Resmi Gazetesinde yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren ve 13 Ocak 2011 tarihli ve 2011-48 numaralı Tahkim Reformuna Dair Kararname; Fransız milli tahkim hukukunu ve Fransız milletlerarası tahkim hukukunu da çağdaşlaştırmak amacıyla hazırlanmıştır. Kararnameyle yapılan tahkim hukuku reformu ile tahkim usulü (prosedürü) basitleştirilmekte ve verimlilik artırılmak istenmekte ve tahkim hukukunda da adil yargılanma hakkı garanti edilmeye çalışılmakta ve amaçlanmaktadır.

Reformun yenilikçi yapısının gereği olarak, otuz yıllık tahkim uygulamasından sonra reform artık bir ihtiyaç ve gereklilik olarak görülmüş, Fransız hukukundaki mahkeme içtihatları da esas alınmak suretiyle düzenleme yapmak yoluna gidilmiştir. Tahkim reformunda ayrıca verimliliğin sağlanması için yabancı hukuk hükümlerinden de esinlenilmiştir. Milli ve milletlerarası tahkim hükümleri birlikte aynı Kararnamede düzenlenmiştir.

HMK. m.12 de geçen "sözleşme dışı doğabilecek uyuşmazlık" ifadesi Kararnamede bulunmamaktadır. Hukukumuz bakımından Kararnamede olduğu gibi tahkim hükümlerine aykırılık halinde uygulanacak yaptırımın (müeyyidenin) ne olacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmesi isabetli olacaktır.

Hakemlerin tayini ve atanma şekilleri bakımından, gerek Kararnamede gerekse kanunlarımızda (HMK, MTK) tarafları tahkim sözleşmesinde öngörmedikleri hakem tayini ve atanma usullerini geçersizlik sebebi veya butlan sebebi olarak tanımlanmaması, taraf iradelerine üstünlük tanımak suretiyle alternatif çözümlere yer vermesi her iki ülke tahkim hükümleri bakımından bir gelişme olduğu söylenebilir.



“Hakem kuruluna henüz başvurulmayan hallerde” tahkim itirazında bulunulabilmesi ve mahkemenin tahkim itirazını kabulde davayı usulden reddedebilmesi için HMK bakımından da, Kararnamede olduğu gibi açıklık getirilmesi isabetli olacaktır.

Fransız tahkim hukukunda Kararnamede olduğu gibi daha ayrıntılı düzenleme yapılarak muhtemel ortaya çıkabilecek hukuksal sorunlar bakımından daha öngörülü ve çözümleyici hükümlere kanunumuz bakımından da ihtiyaç duyulduğu düşünülmektedir. Fransız tahkim hukukunun genelinde kural, kural dışılık kuralın uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlık ve alternatif çözüm yöntemi bağlamında getirilen hükümler ve eşlik eden çözümlerin hukukumuzda kazandırılması isabetli olacaktır.

Kararname; Fransız hakiminin tahkim yargılamasında yerini “juge d’appui – yardımcı hakim ” olarak belirlemektedir. Kararnamede yetkili “yardımcı hakim” tahkim hükümlerinin icrası bakımından çözüm odaklı misyon üstlenmekte, etkin bir fonksiyon icra etmektedir. Türk hukukuna yabancı olan bu kavramın hukukumuzdaki tahkim hükümleri bakımından üzerinde durulmasının gerekliliğine önemle işaret etmek gerekir.

Hakemin bağımsızlığından şüphe etmeyi haklı gösteren durumların ve koşulların Kararname’de olduğu gibi “yükümlülük” olarak düzenlenmesi gereği, özellikle hakem sözleşmesinden kaynaklanan hukuki ve cezai sorumluluk bakımında önemli hale gelmektedir.

Kanunda (HMK. m.416/2-c) Kararnamedeki düzenlemeden farklı olarak ve hiçbir istisnaya yer vermeksizin kanun yoluna başvurulamayacağı yolundaki hüküm isabetsizdir. Fransız hukukunda Kararname ile yapılan düzenlemede (m.1460 ve atıf yapılan1455) olduğu gibi, yapılacak bir kanun değişikliği ile; hakem veya hakemlerin tayini talebine karşı mahkemenin tahkim anlaşmasının açıkça batıl veya açıkça uygulanamaz olması neden veya nedenleriyle sınırlı olarak, hakemlerin seçilmesine yer olmadığını bildirmesi ve bu karara karşı kanun yolunun açık tutulması, kanun yoluna başvurulabilir olması hukukumuz bakımından da isabetli bir düzenleme olacaktır. Tahkim hukukunda konunun önemine binaen hukukumuz bakımından da kanun yolunun açık olması ve hakimince vereceği kararın denetlenmesi gereğini ortaya koymakta olup, Kararnamedeki hükme hukukumuz bakımından da yer verilmesi isabetli olacaktır.



KAYNAKLAR

AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Tahkim**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, (Milletlerarası Tahkim)

AKINCI Ziya: **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir-1996, (İnşaat Sözleşmeleri)

AKINCI Ziya: **Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi**, Ankara-1994, (Tenfizi)

BROUSOLE, Yves: **Petites Offices ob avril 2011 n⁶⁸, P.15**

DAYINLARLI, Kemal: **HUMK'da Düzenlenen İhtiyari İç Tahkim** (m. 516-536), 2. Baskı, Ankara, 2004, (İç Tahkim)

DAYINLARLI Kemal; **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, Ankara 2007, (Uzlaşma ve Tahkim)

DEREN-YILDIRIM Nevhis: **Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları**, Alkım Yayınevi,2004.

EKŞİ, Nuray: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim**, 2013, İstanbul.

ERDOĞAN Feyiz: **Uluslararası Hukuk ve Tahkim**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

ERTEN Rifat: **Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Korum Önlemleri**, ANKARA 2010.

FERİER Didier: **La transparence : une exigence raisonnable pour l'indépendance de l'arbitre**, Recueil Dalloz 2015 p.29.

GÖRGÜN, Şanal, **Medeni Usul Hukuku**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

KALPSÜZ, Turgut: **Türkiye'de Milletlerarası Tahkim**,2. Baskı, Yetkin Yayınları Ankara 2010, (Milletlerarası Tahkim)

KALPSÜZ, Turgut: **Tahkim Anlaşması, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekialp'e Armağan**, C. II, İstanbul, 2003, (Tahkim Anlaşması)

KAPLAN, Yavuz, **Uluslararası Tahkim, Türkiye Açısında Yeni Gelişmeler ve Önemi**, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.3, Y.2003.

KARADAŞ, İzzet: **6100 sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

KESER BERBER, Leyla: **Uluslararası Ticaret Odası (IIC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması**, Seçkin Yayınevi, Ankara-1999, (Tahkim Tüzüğü)

KESER BERBER Leyla: **Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu**, Alfa, İstanbul 1999, (Tahkim Sorunu)

KURU, Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ağustos 2017.

NOMER Ergin/EKŞİ Nuray/ÖZTEKİN GELGEL Günseli: **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, cilt I, 3.Bası-Haziran 2008-İstanbul.



ÖZBAY İbrahim: **Hakem Kararlarının Temyizi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

PEKCANITEZ, Hakan: **Medeni Usul Hukuku**, Pekcanitez Usul, C.II, 15. Bası, İstanbul 2017.

RAİNER Andreas : Hakemin Bağımsız Ve/Veya Tarafsız Olmadığının Veya İfşa Yükümlülüğünü Yerine Getirmediğinin Sonradan Tespit edilmesinin Verilen Hakem Kararlarına Etkisi, (Çev. Yıldız Müslüm), **Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümüne İlişkin İstanbul Konferansı**, 15 Kasım 2007, Beta Yayınları.

ŞANLI Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması**, 2. Bası, İstanbul Nisan-2002

ŞİT Banu: **Kurumsal Tahkim Ve Hakem Kararlarının Tanınması Ve Tenfizi**, İmaj Yayınevi, Ankara 2005.

TAŞKIN, Alim: **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, (Hakem Sözleşmesi)

TAŞKIN, Alim: Hakem Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Karar Vermesi, **GÜHFD C.II, S. 1-2**, 1998, 116-125, (Hakem Mahkemesinin)

TUYGUN. Salih: **ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi**, İzmir, 2007.

UMAR, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayınları, 2011.

YEŞİLOVA, Bilgehan: Tahkim İlk İtirazı Üzerine Hakemlerin Yargı Yetkisiyle İlgili Olarak Mahkemelerce Yapılacak Denetim ve Sonuçları (Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5/1), **DEÜHFD, C.11, Özel Sayı:2009**, 739-818.

YEŞİLİRMAK Ali: **Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim**, 1.Baskı-İstanbul,Nisan 2011.

YILDIRIM, Nevhis Deren: Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri, **Ankara Barosu Dergisi**, 2002-4.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt 2, 71-224, Ankara 2017.

YÜCEL Müjgan Tunç: **HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti**, Seçkin, Ekim -2013.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: **Patent Uyuşmazlıklarının Çözüm Yolları Milletlerarası Tahkim ve Devlet Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

YÜKSEL, Armağan Ebru Bozkurt: **Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü(WIPO)** ,Adalet Yayınevi, Ankara-2010.

