


TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM ELVERİLİLİK KAVRAMI VE TAHAKİM AYNINA İLİK NUYU MAZLİK LARIN TAHKİMİ GÖRÜLMESİ

THE CONCEPT OF ARBITRABILITY IN TURKISH LAW AND ARBITRATION FOR THE
DISPUTES ARISING OUT OF IMMOVABLE PROPERTIES

Süleyman YILMAZ* & Gökçe Filiz ÇAVU O LU**

 <https://doi.org/10.21492/inuhfd.630553>

Makale Bilgi

Gönderilme: 07/10/2019
Kabul: 26/11/2019

Anahtar Kelimeler

Tahkim,
Tahkime Elveri lilik,
Tahkim Aynına İlik

Article Info

Received:
07/10/2019 Accepted:
26/11/2019

Keywords

Arbitration,
Arbitrability,
Immovable Property.

Özet

nsanlık tarihinin bilinen en eski yargılama yollarından birisi tahkimdir. Eskiden beri olan bu yargılama sistemi modern hukukta da önemini korumaktadır. Tahkim taraflar arasında do mu veya do abilecek uyu mazlıkların devlet yargısından, hakem kurulu adında taraflarca seçilen özel ki i veya ki ilerçe çözümlenmesidir. Tahkim sonucunda alınan karar kesin hükümdür. Bu sebeple tahkime gidilebilmesi için geçerli bir tahkim sözleşmesi gereklidir. Geçerli bir tahkim sözleşmesi olabilmesi için belli bazı unsurların sözleşme mede bulunması gerekmektedir. Tahkim sözleşmesinin geçerliliği için gerekli unsurlardan birisi de tahkime elverilili bir konunun bulunmasıdır. Her hukuk sistemi tahkime elverililik kavramını, farklı de erlendirmiştir. Türk hukuku ise taraf iradesine dayanmayan ve tahkim aynına ilik uyu mazlıkların tahkime elverilili olmadık nı, kabul etmiştir. Bu çalışmada öncelikle tahkimin ne anlama geldiği ve tahkim sözleşmesinin unsurları ele alınmaktadır. Ardından Türk Hukukundaki tahkime elverililik kavramı açıklanmaktadır. Bu açıklamalardan sonra gelişmiş ülkelerdeki tahkime elverililik kavramı incelenmektedir. Son olarak, tahkim aynına ilik uyu mazlıkların tahkimde görülmesinin Türk Hukuku açısından sonuçları, ve tahkim aynına ilik uyu mazlıkların tahkimde görülebilmesi gerektiğinin nedenleri üzerinde durulmaktadır.

Abstract

Arbitration is one of the oldest known ways of trial in human history. This judicial system, which has been in existence for a long time, is still important in modern law. Arbitration is the resolution of disputes that may arise between the parties or may arise by a special person or persons selected by the parties in the name of arbitration board, except for the state judiciary. The decision taken as a result of the arbitration is final. A valid arbitration agreement is required for arbitration. In order to be a valid arbitration agreement, certain elements must be included in the agreement. One of the necessary elements for the validity of the arbitration agreement is the existence of an arbitrable matter. Each legal system has evaluated the concept of arbitrability appropriately. Turkish law, on the other hand, accepted that the disputes related to the same immovable property which are not based on the will of the parties are not suitable for arbitration. In this study, first of all, the meaning of arbitration and the elements of the arbitration agreement are discussed. Then, the concept of arbitrability in Turkish Law is explained. After these explanations, the concept of arbitrability in developed countries is examined. Finally, the results of the Turkish Law in terms of the arbitration of disputes regarding the same immovable property and the reasons why disputes related to the same immovable property should be seen in the arbitration are emphasized.



Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisans](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD. svilmaz@law.ankara.edu.tr

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7779-0528>

** Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi. filizcavusoglu@hotmail.com

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-6753-6032>

I. G R

Rekabetin olmad, , alanlar, belirlerken rekabet hukukçular, yarg,da rekabetin olmayaca ,n, ifade etmi lerdir. Ancak bu söylem mülkiyet temelli modern dünyada art,k önemini kaybetmi tir. Zira tahkim bir nevi yarg,da rekabettir. Zira dünya tahkim yarg,lamas, alan,nda bir rekabet içindedir. Dünyada u an ICC, American Arbitration Association, London Court of International Arbitration Center gibi pek çok tahkim merkezi bulunmaktadır. Bu tahkim yarg,lama merkezlerinin gerek tarife gerek sayg,nl,k gerek daha iyi adaleti sa lamas, gibi konularda birbirleriyle rekabet içinde olduklar, bir gerçektir. Her bir tahkim merkezi farklı avantajlar sunarak taraflar,n uyu mazl,klar,n,n bünyesinde çözüme kavu mas,n, istemektedir.

Pek çok geli mi ÷lkede tahkime gidilmesi, tahkimin ekonomiye olan katkı,s,n, ve ki i özgürlükleri nazara al,narak kolayla t,r,lm, t,r. Bunun sonucu olarak tahkim sözleşmesinin konusu olabilecek konulara geni bir yelpazeden bak,lmas, tercih edilmi tir. Di er bir ifade ile geli mi ÷lkelerde tahkim yanl,s, bir tutum sergilenerek tahkimde görülebilecek konular,n çe itlendirildi i gör÷lmektedir. Ceza ve vergi hukuku gibi konular kamu düzeninden say,larak tahkimde görülemeyece i kanaatine var,lm, olmakla birlikte; ancak özel hukuktan do an ço u uyu mazl, ,n kamu düzenini ihlal etmemesi art,yla tahkimde görülebilece i sonucuna var,lm, t,r.

Özel hukuk karakterli olan ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar ise geli mi ÷lkelerde tahkimde görülebilmektedir. Ancak hukukumuzda ta ,nmaz ayn,n,n tahkimde görülemeyece ini düzenlemi tir. Bu da stanbul Tahkim Merkezi gibi tahkim merkezlerimizin di er uluslararası tahkim merkezleri ile rekabetini etkilemektedir. Söz konusu düzenleme sadece rekabeti etkilememekte; ayn, zamanda bireylerin mülkiyet hakk,n, da k,s,tlar niteliktedir.

Bu çal, mada s,ras,yla önce tahkim sözleşmesinin tan,m,, hukukî niteli i, unsurlar, üzerinde durulmaktadır. Daha sonra, e ya üzerindeki aynî haklardan do an uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesinin mümkün olup olmad, , sorunu ele al,nmaktadır. Son olarak, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n neden tahkimde görülmesi gerekti i konusu incelenmektedir.

II. TAHK M SÖZLE MES

A. Tan,m,

Tahkim ifadesi üst kavram olarak kullan,lan bir usulî süreçtir¹. Taraflar,n aralar,nda imzalam, olduklar, sözleşme do an uyu mazl,klar,n devlet mahkemeleri yerine tahkimde hakem kurulu huzurunda çözüme kavu mas,n, istedikleri yönündeki iradelerini yaz,l, bir biçimde beyan etmeleri sonucu tahkim sözleşmeleri ortaya ç,kar². Di er bir ifade ile tahkim, tahkim sözleşmesi ile hayat bulur ve tahkim sözleşmelerinde taraflar devlet mahkemelerinin yetkisini kald,rarak uyu mazl, ,n,n hakemlerce kesin ve ba lay,c, olarak çözümlenmesi noktas,nda anla ,rlar³. Böylece hakemler tahkim sözleşmesi bulunmas, durumunda uyu mazl, , bakabilirler⁴. Yarg,tay ise bir karar,nda tahkimi öyle tan,m,lm, t,r: *ÖTahkim bir sözleşme olup, taraflar,n aralar,nda ç,km, ya da ç,kacak olan bir uyu mazl, ,n çözümünü bir veya birkaç ki iye b,rakmak hususunda anla malar,d,r. Bir ba ka tan,ma göre tahkim sözleşmesi, uyu mazl,klar,n çözümünde, taraflar,n devlet yarg,s, yerine hakem denilen özel ki ileri yetkili k,lmalar,d,rö⁵.HMK m.412de ise ÖTahkim sözleşmesi, taraflar,n, sözleşme veya sözleşme d, , bir hukuki ili kiden do mu veya do abilecek uyu mazl,klar,n tamam, veya bir k,sm,n,n çözümünün hakem veya hakem kuruluna b,rak,lmas, hususunda yapt,klar, anla mad,rö ekinde tan,m,lanm, t,r.*

¹ NOMER, Ergin/EK , Nuray/ÖZTEK N-GELGEL, Günseli: Milletleraras, tahkim Hukuku, 5.B. Beta Yay,nlar,, stanbul 2016, s.1.

² ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M.Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esaslar,, 7.B., Beta Yay,nlar,, stanbul 2009, s.596; CEBE, Mehmet Sinan: Mal Sat,m Sözleşmesi ve Tahkim, 1.B., Ankara 2018, s.443; REDFERN/HUNTER:Redfern and Hunter on International Arbitration, B.6,KluwerLaw International, 2015, s.74.

³ BORN, Gary:International Arbitration: Law and Practice,2.B.,KluwerLaw,London 2015, s.45; AKINCI,Z YA: Milletleraras, Tahkim,4.B., Vedat Kitapç,1,k, stanbul 2016, s.3; EK , NURAY: Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, 1.B., stanbul 2013, s.95; BERGER, Klaus Peter: Private Dispute Resolution in International Business, 2.B., KluwerLaw, Netherland 2009, s.301.

⁴ WEBTER, Thomas H./BÜHLER, Michael W. : Handbook of ICC Arbitration, 3.B.,Sweet&Maxwell, London 2014, s.49-50.

⁵ 9. HD., E.2014/22697, K.2014/26896, T.17.9.2014.

Taraflar, bir sözleşme medeni do an uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesi için ayr, bir sözleşme yapabilecekleri gibi, devlet mahkemelerinin yetkisini kaldırma ve tahkime gitme yönündeki iradelerini ana sözleşme meye bir hüküm koyarak da belirtebilirler⁶. Ana sözleşme bir in a sözleşmesi, eser sözleşmesi ya da bir marka lisans sözleşmesi olabilir. Diğer bir anlatımla taraflar, söz konusu ana sözleşme medeni do an uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesini ana sözleşme meye koyduklar, tahkim klozu ile talep edebilirler. Dolayısıyla tahkime gitme yönündeki iradenin nerede beyan edildiğine göre, tahkim sözleşmesi ve tahkim klozu kavramlar, ortaya çıkm, t.r. Taraflar ana sözleşme medeni do an uyu mazl,klar,n hakem kurulu huzurunda çözüme kavuşmuş, ana sözleşme içinde bir hükümde açıklarsa buna doktrinde tahkim klozu denmektedir⁷. Taraflar aralarında imzalam, olduklar, bir sözleşme medeni do an uyu mazl, n hakem kurulunda görülmesine ayr, bir sözleşme yaparak açıklamalar, durumunda ise tahkim sözleşmesi kavram, gündeme gelir.

Tahkim sonucu hakemlerin vermiş olduğu karar, mahkemenin vermiş olduğu karar hükmündedir⁸. Taraflar anlaş,ndan dolayı, c,d,r⁹. Bu nedenle tahkim sözleşmesi taraflar,n, aralarında ç,kacak uyu mazl,klar için kesin ve bağlayıcı, bir karar,n hakemler tarafından alınması, yönünde anlaş,mas,d,r¹⁰.

Taraflar tahkim sözleşmesinde veya tahkim klotunda anlaş,da aynı, eyi ifade ederler; tahkim iradesi. Bir tahkim sözleşmesinde veya tahkim klotunda taraflar tahkim yeri, esasla uygulanacak hukuk, usule uygulanacak hukuk, hakem sayısı, kurumsal tahkime yönelik iradeyi detaylıca hazırlayabilirler¹¹. Görüldüğü üzere, tahkim sözleşmesi ve tahkim klotunu birbirinden ayrılan tek unsur yapılm, olduklar, yerdır. Bu sebeple tahkim sözleşmesi için gerekli olan geçerlilik şartlar, tahkim klozu içinde geçerlidir.

B. Tahkim Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Tahkim sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklayan dört görüş bulunmaktadır. Bunlar; maddi hukuk sözleşmesi olduğu yöneltik görüş, usul hukuku sözleşmesi olduğu yöneltik görüş, karma nitelikte bir sözleşme olduğu yöneltik görüş ve bağlayıcı bir sözleşme olduğu yöneltik görüş tür.

1. Maddi Hukuk Sözleşmesi Olduğu Yöneltik Görüş

Tahkim sözleşmelerinin hukukî niteliğini ilk kez Fransız doktrininde tartışılm, t.r. Ünlü Fransız hukukçusu Merlin de Douai 1812'de temyiz mahkemesi huzurunda ilk kez tahkim sözleşmelerinin sözleşme meselle nitelikte olduğu görüşünü gündeme getirmiştir. Merlin'in görüşüne göre tahkim anlaşması, taraflar,n hakem kararlar,n, kabul edecekleri yönünde yapılm,klar, bir sözleşme olup, borçlar hukuku sözleşmesinden farklıdır¹². Fransız Yüksek Mahkemesi ise Merlin'in görüşüne benzer bir görüşü kabul etmiştir. Bu görüşe göre, hakem kararlar,na tahkim sözleşmesinin sözleşme mesellik vasfı, sirayet ettiği için, tahkim sözleşmesi maddi hukuk sözleşmesidir¹³.

Tahkim sözleşmesinin bir maddi hukuk sözleşmesi olabileceğini savunanlara göre, tahkim sözleşmesi, kuruluşunda maddi hukuk sözleşmesi şeklinde yapılm,ktadır ve maddi hukuk sözleşmesi için aranan şartlara tabidir¹⁴. Zira tahkim sözleşmesi de özel hukuk

⁶ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TA PINAR-AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, B.3., Yetkin Yayınlar,, Ankara 2017, s.783; AKINCI, s.97; BORN, s.45; ANLI, CEMAL/ESEN, EMRE/ATAMAN- F GANME E, NC : Milletleraras, Özel Hukuk, 6.B., Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s.613; 9. HD., E.2016/21367, K.2017/14609, T.2.10.2017.

⁷ AKINCI, s.97.

⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.609.

⁹ BA ARAN, Halil Rahman: Uluslararası Tahkim, 1.B., XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s.37.

¹⁰ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786; MERKIN, Robert/FLANNERY, Louis: Arbitration Act 1996, 5.B., Informalaw From Routledge, Londra 2014, s.26.

¹¹ MOSES, Margaret L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2.B., Newyork 2012, s.45.

¹² SAMUEL, Adam: Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study Of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., And West German Law, Schulthess, Zurich 1989, s.333 vd.; YENER-KESKIN, Cansu: Milletleraras, Tahkim Anlaş,ma,n,n Kurulması, ve Etkisi, B.1., On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.18.

¹³ YENER-KESKIN, s.19; Yargıtay'da bir karar,nda Tahkim Sözleşmesinin Borçlar Kanundaki Vekalet Sözleşmesine Benzer olduğu belirtilmiştir; 15. HD., E.1989/1023, K.1989/2841, T.15.6.1989.

¹⁴ LHAN, Hüseyin Af in: Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, 1.B., Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.9.

sözle meleri gibi kar ,l,kl, birbirine uygun irade beyanlar, ile kurulan bir borçlar hukuku sözleşme sözleşme¹⁵. Tahkim sözleşme sözleşmenin hükümlerine veya iptaline borçlar hukuku uygulanmaktadır. Dolay,s,yla Tahkim sözleşme sözleşme bir maddi hukuk sözleşme sözleşme olarak değerlendirilmiştir. Tahkimin özünü oluşturan irade serbestisi bir borçlar hukuku kavramı oldu u için tahkim sözleşme sözleşme meleri de maddi hukuk sözleşme sözleşmeleridir¹⁶.

Türk Hukukunda ise Yarg,tay 15. ve 23. Hukuk Dairelerinin¹⁷ içtihatlarına göre 1086 say,l, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte oldu u dönemde ba ,tlanan tahkim sözleşme sözleşme ya da tahkim art,n, içeren sözleşme sözleşme, hukuki nitelik bak,m,ndan Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen vekâlet sözleşme sözleşme niteliindedir. Bu sözleşme sözleşmenin varl, , ve geçerliliği de maddi hukuk kurallarına göre belirlenebilir¹⁸.

2. Usul Hukuku Sözleşme Sözleşme Oldu unaYönelik Görü

Tahkim sözleşme sözleşmelerinin bir maddi hukuk sözleşme sözleşme olmay,p, usul hukuk sözleşme sözleşme oldu u da ilk kez Fransa'da ileri sürülmüştür. Tahkim, devlet yarg,lamas, as,l iken tahkim sözleşme sözleşme ile taraflar,n aralar,nda ç,kan veya ç,kmas, muhtemel uyu mazl,klar, hakemler huzuruna ta ,mas,d,r. Bu da usulî bir prosedür olarak nitelendirilebilir.

Bu görüşü ü savunan yazarlar irade serbestisi kavramına,n sadece özel hukuka has bir kavram olmay,p tüm hukuk teorisinde oldu unu savunarak maddi hukuk sözleşme sözleşme olamayacağını belirtirler¹⁹. Ayr,ca doktrinde Alangoya'ya göre tahkim sözleşme sözleşmenin sözleşme sözleşme karakteri onun bir maddi hukuk sözleşme sözleşme olarak değerlendirilmesine neden olmayacaktır²⁰. Alangoya'ya göre, tahkim bir yarg,d,r ve tahkim sözleşme sözleşme de bir usul hukuku sözleşme sözleşmedir²¹. Yarg,tay da bir karar,nda u ifadeyi kullanm, t,r: *Öİ Bu hâliyle tahkim sözleşme sözleşmenin, bir maddi hukuk sözleşme sözleşme gibi mevcut olmayan bir hakk, yaratan veya mevcut bir hakk, ortadan kald,ran etkisi bulunmamaktadır. Tahkim sözleşme sözleşme ile bir alacak hakk, ya da yenilik do uran hak olu turulmamaktadır. Bu özelliği itibariyle sözleşme sözleşmenin maddi hukuk karakterli oldu unu söylemek mümkün de ildir*²².

Tahkimin usul kanunlarında düzenlenmesinin onun bir usul hukuku sözleşme sözleşme olması sonucunu do urdu u da dü ünülmektedir²³. Yarg,tay'nda vermiş oldu u bazı kararlarda bu görüşü ü benimsediği görülmektedir²⁴.

3. Karma Nitelikte Bir Sözleşme Sözleşme Oldu unaYönelik Görü

Tahkim sözleşme sözleşmenin karma nitelikte bir sözleşme sözleşme oldu una ili kin görüşü , bu sözleşme sözleşmenin niteliğinin sadece usul sözleşme sözleşmesi ve maddi hukuk sözleşme sözleşmesi oldu u yönündeki açıklamalar,n sözleşme sözleşme meyî tanımlamakta yetersiz kald, , gerekçesiyle olu mu tur²⁵. Bu görüşü e göre tahkim sözleşme sözleşmesi, hem maddi hukuk hem de usul hukuku sözleşme sözleşmenin özelliklerine sahip karma nitelikte bir sözleşme sözleşmedir²⁶.

Tahkim sözleşme sözleşmenin yapılması,n taraf iradesine dayanması,, onun bir maddi hukuk sözleşme sözleşmesi oldu unu göstermektedir. Keza tahkim oldukça esnek ve taraflara çok geni ş bir serbesti sağlayan bir kurumdur²⁷. Ancak hakemlerin vermiş oldu u karara, mahkeme kararına yüklenen anlam yüklendiği için tahkim sözleşme sözleşmesi usul hukuku sözleşme sözleşmesi niteliğinin de haizdir²⁸.

¹⁵ YENER-KESKİN,s.20.

¹⁶ AYDEMİR R, Fatih: Tahkim Sözleşme Sözleşmenin Kaynakları,, Tan,m,, Hukuki Niteliği ve Yap,l, Türleri, B.İ.,On ki Levha Yay,nc,l,k, İstanbul 2017, s.67-68.

¹⁷ Bkz. 15.HD., E.2014/5988, K.2015/1011, T.26.02.2015; 15. HD., E.2013/160, K.2013/3346; 23. HD., E.2013/4664, K.2014/1720, T.07.03.2014.

¹⁸ BBGK., E.2016/2, K.2018/4, T.13.04.2018.

¹⁹ AYDEMİR R, s.69.

²⁰ ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s.52-63.

²¹ ALANGOYA, s.63-81.

²² BBGK., E.2016/2, K.2018/4, T.13.04.2018.

²³ AYDEMİR R, s.71; LHAN, s.10.

²⁴ HGK, E.2011/19-735, K.2012/93, T.22.2.2012; BBGK., E.2016/2, K.2018/4, T.13.04.2018.

²⁵ AYDEMİR R, s.76; LHAN, s.11.

²⁶ AYDEMİR R, s.76; LHAN, s.11.

²⁷ AKINCI, Ziya: Milletleraras, Ticari Uyu mazl,klar,n Alternatif Çözüm Yollar,, BAT DER 1996, C. XVIII, S.4,1, s.95.

²⁸ AYDEMİR R, s.77; LHAN, s.11.

4. Tahkim Sözle mesinin Ba ,ms,z Bir Sözle me Oldu una li kin Görü

Modern doktrinde tahkim sözle mesinin niteli ine ili kin bir dördüncü görü daha bulunmaktad.r. Bu görü tahkimin amac,na ve kullan,m amac,na bakmaktad,r²⁹. Bu görü e göre, tahkimin niteli i, milletleraras, toplumun ihtiyaçlar,n, kar ,lamakt,r³⁰. Bu sebeple tahkim sözle mesinin ekonomik amaçlar, çerçevesinde de erlendirilmelidir.

Bize göre tahkimin ba ,ms,z bir yap,s,n,n oldu u kabul edilmelidir. Zira tahkimde taraflar bir borçlar hukuku sözle mesi yaparak devlet yarg,s,na gitmek yerine ba ,ms,z bir yarg, usulü olan tahkime gitmek istedikleri yönündeki iradelerini ortaya koyarlar³¹. Burada taraflar,n amac, ise, ekonomik menfaatlerine en k,sa ve en güvenilir yoldan eri mektir. Bu sebeple tahkim sözle mesi amac,yla birlikte yorumlanmal,d,r. Yani tahkim sözle mesi ne sadece maddi hukuk sözle mesi olarak ne de usul hukuku sözle mesi olarak nitelendirilebilir. Tahkim sözle mesi nitelendirilirken sözle menin kurulma amac, da de erlendirilmelidir. Zira tahkim, ekonomik ihtiyaçlara cevap vermesi amac,yla hukukumuzda bulunmaktad,r³². Bu sebeple tahkim ve tahkimin konusunu olu turan konu ekonomik aç,dan da ele al,nmal,d,r. Ekonomik gerçeklerin de erlendirilmemesi suretiyle inkâr edilmesi kabul edilebilir de ildir. Bu yüzden biz, tahkimin ekonomik de erinin yükseltilmesi ve tahkim yanl,s, olunmas, gerekti i kanaatindeyiz.

C. Geçerli Bir Tahkim Sözle mesinde Bulunmas, Gereken Unsurlar

1.Genel Olarak

Bir tahkim sözle mesinin geçerli olabilmesi için genel ve özel artlar, sa l,yor olmas, gerekmektedir. Bu artlar,n kimisi kanundan do arken kimisi doktrin taraf,ndan aranmaktad,r.

2.Aranan Genel artlar

Tahkim sözle mesi de borçlar hukuku anlam,nda bir sözle meyi ifade etti i için her eyden önce, bir sözle menin geçerlili ini etkileyen olumsuz genel unsurlar,n bulunmamas, gerekmektedir. Ayr,ca sözle menin geçerli olabilmesi için olumlu geçerlilik artlar, da yer almal,d,r.

Bir sözle menin kurulabilmesi için öncelikle taraflar,n kar ,l,kl, ve birbirine uygun irade beyanlar,n,n olmas, gerekmektedir³³. Söz konusu sözle menin içeri inin de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, ki ilik haklar,na ayk,r, bulunmamas, ve konusunun da imkâns,z olmamas, gerekmektedir. Örne in, bir tahkim sözle mesi kara para aklamak amac,yla yap,l,yorsa sözle me hukuka ayk,r, oldu u için geçersizdir. Ayr,ca tahkim sözle mesinin de geçerli olabilmesi için t,pk, di er sözle meler gibi muvazaal, olmamas,, irade sakatlı , hallerinin bulunmamas,³⁴ gerekmektedir.

Bir sözle menin geçerli olabilmesi için aranan bir di er genel unsur ehliyettir. Taraflar,n tahkim anla mas, yapabilme ehliyeti aç,s,ndan NewYork Sözle mesi m.5ø göre, anla may, akdeden taraflar,n haklar,nda tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olmamalar, gerekir³⁵. Tahkim hukukunda ehliyet konusunda asl,nda çok sorun ç,kmad, , görülmektedir. Zira sözle meyi yapanlar zaten ticaret hayat,nda yer alan ehil taraflard,r.

3.Aranan Özel artlar

a. Genel Olarak

Tahkim sözle mesi, kendine has baz, artlar, bar,nd,ran özel bir sözle medir. Bu sebeple, di er sözle melerden farklı olarak sözle menin geçerlili i için özel artlar aran,r. Söz konusu bu özel artlar,n baz,s, kanundan, baz,s, ise doktrinden kaynaklanmaktad,r. Di er bir ifade

²⁹ AYDEM R, s.77.

³⁰ AYDEM R, s.78.

³¹ EK , s.95; YE ENG L, Rasih: Tahkim, stanbul 1974, s.115.

³² HAMIDA, Walid Ben/CLAY, Thomas: L'argent dans l'arbitrage, 2013, s.15.

³³ EREN,Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay,nevi, 16.B., Ankara 2013, s.229; KOCAYUSUFPFA AO LU, Necip: Borçlar Hukuku, Filiz Kitapevi, 7.B., stanbul 2017, s.130; KILIÇO LU, Ahmet: Borçlar Hukuku, Turhan Kitapevi, 21.B., Ankara 2017, s.231; 19. HD., E.2012/3057, K.2012/8736, T.24.05.2012.

³⁴ LHAN, s.196.

³⁵ Bkz. Newyork Sözle mesi m.5.

ile,tahkim anla mas,n,n geçerli olabilmesi için; uluslararası, sözleşmeler³⁶ ve mevzuat³⁷ uyarınca, doktrin³⁸ ve içtihatlar³⁹ vurgulandı, , üzere hem genel artlar,n hem de özel artlar,n mevcut olmas, gerekmektedir. Tahkim sözleşmesinin özel artlar,n,, ekil, tahkim iradesi, belirli bir konu ve tahkime elveri lilik eklinde saymak mümkündür. A a ,da s,ras,yla bu artlar aç,klanmaktadır.

b. ekil

Tahkim sözleşmelerinin geçerlili i yaz,l, ekil art,n,n varl ,na ba lanm, t,r. Nitekim HMK bu husus HMK m.412/3øte aç,kça düzenlenmi tir.

New York Sözleşmesinin 2.maddesinde tahkim sözleşmelerinin yaz,l, olmas, gerekti i öngörölmü tür. MTKøda da aç,kça öTahkim anla mas, yaz,l, ekilde yap,l,rö denmi tir.

Görüldü ü üzere, Türk Hukukunda tahkim sözleşmeleri yaz,l, ekil art,na tabi k,l,nm, t,r⁴⁰. Yaz,l, bir sözleşme kast,n ne oldu u ise üzerinde durulmas, gereken bir di er konudur. Yarg,tay baz, kararlar,nda, tahkim sözleşmesinin yaz,l, olmas, art,n,n yan,nda bir de taraflarca imzalanm, olmas,n, aramaktadır,⁴¹. Yarg,tay baz, kararlar,nda ise yaz,l,l,k art,n, yeterli bulmaktadır,⁴².

1961 tarihli Avrupa Cenevre Konvansiyonunda ve UNCITRAL Model Kanununda tahkim anla malar,n,n yaz,l, ekilde yap,l,mas, gerekti ini öngörmü tür⁴³.

Tahkim yanl,s, ülkelerdeki e ilim, tahkim sözleşmesinin yaz,l, olmas,n,n yeterli say,l,mas, yönündedir. Söz konusu ülkeler, tahkim sözleşmelerin e-posta yoluyla yap,l,mas, durumunda da sözleşmenin yaz,l,l,k art,n, sa lad, , ve imza art,n,n da aranmas,n,n anlams,z oldu u kanaatindedirler⁴⁴. sviçre Federal Mahkemesi de *Compagnie de Navigation et Transport SA v. Mediterranean Shipping Company* davas,nda, modern ça da imzalanm, bir tahkim sözleşmesinin taraflarca sunulmas,n,n beklenmesinin do ru olmayaca ; ticari hayat, kolayla t,r,rmak ad,na yaz,l, bir tahkim sözleşmesinin yeterli olaca ,n, belirtmi tir⁴⁵.

c. Tahkim iradesi

Geçerli bir tahkim art, ya da anla mas,ndan söz edebilmek için taraflar,n tahkime yönelik iradeleri, sözleşme kar, ,kl, a yer vermeyecek biçimde aç,k ve kesin olarak belirtilmelidir⁴⁶. Kural olarak bir uyu mazl, ,n çözümlenmesi görevi ve yetkili mahkemelere ait oldu undan tahkim iradesinin aç,k ve kesin olmamas, halinde tahkim art, ya da anla mas, geçersiz olmaktadır⁴⁷. Yarg,tay içtihatlar,na göre uyu mazl,klar,n kural olarak devlet yarg,s, taraf,ndan karara ba lanmas, as,ld,r⁴⁸. Kanun baz, uyu mazl,klar,n ise istisnai olarak tahkimde çözümlenebilece ini kabul etmi tir⁴⁹. Tahkim istisnai nitelikte olmas, sebebiyle uyu mazl, ,n hakem kurulu önünde çözülebilmesi için, taraflar,n tahkime gidilmesi yönündeki iradelerinin

³⁶ Bkz. New York Sözleşmesi m.2/1-2.

³⁷ Bkz. HMK m.412 ve MTK m.4.

³⁸ AYDEMİR, s.145-174; AKINCI, s.98; GÖKYAYLA, Cemile: öMilletleraras, Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkimö, U ur Alacakaptanø Arma an, 2008, s.161 vd.

³⁹ 15. HD., E.2017/1523, K.2017/3532, T.23.10.2017; 23. HD., E.2014/8621, K.2015/8094, T.14.12.2015; 11. HD., E.2015/1687, K.2015/6696, T.11.05.2015.

⁴⁰ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.601; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.785; EK , s.101; YE ENG L, s.123; NOMER/EK /ÖZTEK N-GELGEL; s.23; ANLI/ESEN/ATAMAN- F GANME E, s.654 vd.

⁴¹ 19. HD., E.1999/7119, K.2000/1342, T.24.02.2000.

⁴² 11. HD., E.2012/6961, K.2013/7612, T.18.4.2013.

⁴³ ESEN, Emre: Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, MHB, S.1-2, 2008, s.82; Bkz. UNCITRAL Model kanunu (1985) m.7/2; MOSES, s.25.

⁴⁴ ESEN, Emre: Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, s.69-70.

⁴⁵ ESEN, Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, s.69- 70.

⁴⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.602; GA LLARD, Emmanuel/SAVAGE, John: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, KluwerLaw International, 1999, s.197; EK , s.99.

⁴⁷ ANLI, Cemal: Hukuki Mütalaalar,m,l.B., Vedat Kitapç,l,k, Ankara 2016, s.823; AKINCI, s.366;KARADA , zzet: Ulusal (ç) Tahkim, B.1, Adalet Yay,nevi, Ankara 2013, s.68; 15. HD., E.2015/2198, K.2015/2758, T.22.05.2015; 15. HD., E.2016/4735, K.2017/259, T.23.1.2017.

⁴⁸ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.782; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 6.B., Vedat Kitapç,l,k, stanbul 2018, s.583.

⁴⁹ ANLI, s.823.

aç,k ve net bir ekilde beyan edilmi olmas, gerekir⁵⁰. Taraf iradesinin aç,k ve kesin olmas, ifadesi ise, Yarg,tayøn da belirtti i üzere, hangi uyu mazl, ,n tahkimde görülece inin ve hangi tahkim kurumunun yetkili oldu unun tereddütte yol açmayacak ekilde belirli olmas, anlam,na gelmektedir⁵¹. Taraf iradesini aç,k ve kesin olarak yans,tmayan kay,tlar ise geçersizdir⁵². Görüldü ü üzere, tahkim sözleşmelerinde iradenin z,mni olmas, kabul edilmemi tir. Yani tahkime yönelik bir iradenin yan,nda bu iradenin aç,k ve kesin olmas, da aranmaktadır⁵³.

Yarg,tay emsal bir karar,nda⁵⁴ gerçekte mevcut olmayan ve gerçekte mevcut olan bir tahkim kurumuna fonetik olarak benzeyen bir tahkim kurumunun tahkim sözleşmesinde kararlar t,r,lmaz, durumunda kayd,n geçersiz oldu u tespit edilmi tir. Yani tahkim iradelerinin hiçbir üpheye yer vermeyecek ekilde kesin olmas, gerekir⁵⁵.Tahkim iradesinin aç,k ve kesin olmad, , gerekçesiyle Türk Hukukunda asimetrik⁵⁶ ve patolojik tahkim kay,tlar, geçersiz oldu u kabul edilmektedir⁵⁷.

d. Belirli Bir Konu

Tahkim sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin konusunun belirli veya belirlenebilir olmas, şart, aranmaktadır. Nitekim HMK 412'de tahkim sözleşmesi *ö... taraflar,n, sözleşme veya sözleşme d, , bir hukuki ili kiden do mu veya doabilecek uyu mazl,klar,n tamam,..* ö eklinde tanımlanarak bu şart aç,k bir ekilde ortaya konulmu tur. Tanımdan da anlaşılacağı üzere tahkim sadece belirli veya belirlenebilir bir konu üzerinde yapılabilir⁵⁸. Örneğin, taraflar, aralarında imzalam, oldukları sözleşmede öi bu sözleşmeden doğan ve sözleşme ile ilgili bütün uyu mazl,klar tahkimde görülecektir ö eklinde bir ibare eklemeleri durumunda tahkimin konusu belirlenebilir nitelikte oldu u için tahkim sözleşmesi geçerlidir⁵⁹.

e. Tahkime Elveri lilik

Bir tahkim sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşme konusunun da tahkime elveri li bir konu olmas, gerekir⁶⁰. Tahkime elveri lilik, bir uyu mazl, ,n konusunun tahkimde görülüp görülemeyece i ya da bir konunun tahkimde görülme imkân,n,n k,s,tlanmas, olarak anlaşılır⁶¹. Bir konu tahkime elveri li ise taraflar tahkime gitme yönünde irade beyan edebilirler. Ancak bir konu tahkime elveri li de ilse, taraflar uyu mazl, ,n tahkimde görülmesini istese bile, söz konusu uyu mazl,k tahkimde görülemez⁶². Tahkimde, tahkime elveri li olmayan bir konu ile

⁵⁰ ANLI, s.823; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.583; 13. HD., E.2006/521, K.2006/5446, T.12.04.2006; 15. HD., E.1992/3004, K.1992/3710, T.08.07.1992.

⁵¹ AYDEMİR, s.161; DOĞAN,VAH T: Milletleraras, Özel Hukuk, B.4, Savaş Yay,nevi, Ankara 2017, s.134; 3. HD., E.2014/12342, K.2015/6885, T.27.04.2015.

⁵² AKINCI, s.98; YE LİRMAK, Ali/ES N, smail: Arbitration in Turkey, KluwerLaw International BV, Netherlands 2015, s.47; ERTABAK, Ünal: Tahkim Sözleşmesi ile İlgili Hükümler, 2.B., Legal Yay,nc,l,k, İstanbul 2009, s.47; 9.HD.,E.2013/1773, K., 2013/6664, T.25.02.2013.

⁵³ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.782; EKİNCİ, Nuray: HMK'da Tahkim, 2.B., Beta Yay,nc,l,k, İstanbul 2019, s.99; YE ENGLER, s.541: Bkz. 8.3.1965 tarihli Neuchatel Kanton Mahkemesi Kararı.

⁵⁴ ANLI, s.823; 9. HD.,E.99/3348, K.99/4304, T.21.06.1999; *öDavada taraflar Ta kent Ticaret ve sanayi Odası, Tahkim Mahkemesi veya Cenevre Tahkim Merkezi çözümlenece i kararla t,r,lm, ancak iki kurumda gerçekte bulunmad, , için kay,t geçersiz say,lm, t,r.ö*

⁵⁵ ERTABAK, s.48; 15. HD., E.2008/5659 K.2009/1024 T.26.02.2009; İstanbul BAM, 15. HD., E.2018/1448, K.2018/1097, T.12.9.2018; İstanbul BAM, 15. HD., E.2018/1740, K.2018/1330, T.18.10.2018; İstanbul BAM, 17. HD., E.2018/2055, K.2018/1878, T.8.11.2018: *ö... taraflar,n tahkim iradelerinin üpheye ve kar, ,kl, a yer vermeyecek ekilde aç,k ve kesin olmas, gerekir.*

⁵⁶ Aksi görüşü için bkz. ESEN, Emre: Taraflar,n Sadece Birine Müracaat Hakk, Tanıyan Tahkim Anlaşmalar,n ve Özellikle K,y, Emniyeti Genel Müdürlüğü'nün Kurtarma Yardımı Sözleşmesinde Yer Alan Tahkim Şart,n,n Geçerliliği, KÜHFD, IX(2), 2010, s.151-156.

⁵⁷ Dünyada asimetrik tahkim kay,tlar,n,n geçersiz oldu una ili kin bkz. DRAGUIEV, Deyan: Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability, Journal of International Arbitration, 31, 2014, s.20.

⁵⁸ AKINCI, s.111; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s.602; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.

⁵⁹ AKINCI, s.111; AYDEMİR, s.148 vd.; YE LİRMAK/ES N, s.39.

⁶⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.585; AYDEMİR, s.218; HUYSAL, Burak: Milletleraras, Ticari Tahkimde Tahkime Elveri lilik, I.B., Vedat Kitapç,l,k, İstanbul 2010, s.12-13; EKİNCİ, s.73.

⁶¹ MISTELIS, Loukas A./BREKOUKAKIS,Stavros: Arbitrability International and Comparative Perspectives, Netherland 2009, s.121 vd.; ERDEM, Ercüment: Milletleraras, Ticaret Hukuku, I.B., On İki Levha yay,nc,l,k, İstanbul 2017, s.541.

⁶² ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.785.

ilgili hakemlerce bir karar alınsa bile bu karar ba lay,c, de ildir ve icra edilemez⁶³.

Tahkim iradesi sadece taraflar,n iradeleriyle etki edebilecekleri konular üzerinde olu turulabilir⁶⁴. Taraf iradesini a an konular tahkime elveri li de ildir. Mesela cezai uyu mazl,klar ve aile hukuku kökenli uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildir.

Türk Borçlar Kanununun sözleşme özgürlü ü ilkesini düzenleyen 26. maddesi *öTaraflar, bir sözleşmenin içeri ini kanunda öngörülen s,n,rlar içinde özgürce belirleyebilirler* hükmüne yer vermiştir. Ayr,ca TBK m.27'de *öKanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, ki ilik haklar,na ayk,r, veya konusu imkâns,z olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür* denmektedir. Tahkim sözleşmesi de bir sözleşme oldu u için kanunun izin vermedi i konular, kapsayacak ekilde kaleme alınmaz. Al,nmas, durumunda TBK m.27 uyar,nca kesin hükümsüzdür. Bu hükümlere paralel olarak Newyork Sözleşmesinde⁶⁵, UNITRAL Model Kanununda⁶⁶ ve Avrupa Konvansiyonunda⁶⁷ tahkime elveri li olmayan bir konuda tahkime gidilmesi tan,ma ve tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir.

Tahkime elverisi bir konuda verilen hakem karar,n,n iptali de gündeme gelir. Bu sebeple tahkime elverisi bir konu üzerinde tahkime gitme iradesi belirtilmesi ve hakemlerin elverisi konuya bakması, sadece zaman ve masraf kayb,d,r⁶⁸.

III. TAHKİM HUKUKUNDA E YA ÜZERİNDEKİ AYNÎ HAKLARDAN DO AN UYU MAZLIKLARIN TAHKİMDE GÖRÜLMESİNİN MÜMKÜN OLUP OLMADIĞI

A. Tahkimde Elveri lilik Kavramı,

1. Genel Olarak

Tahkim sözleşmesinin konusu tahkime elveri li tahkim sonucu icras, kabil bir karar alınmaz⁶⁹. Türk Hukukunda tahkime elveri lilik, objektif tahkime elveri lilik ve subjektif tahkime elveri lilik olmak üzere iki grup halinde ele alınmaktadır.

2. Subjektif Tahkime Elveri lilik

Subjektif tahkime elveri lilik, gerçek veya tüzel bir kişinin tahkim anlaşması yap,p yapamayacağına, ifade eder⁷⁰. Diğer bir ifade ile subjektif tahkime elveri lilik, tahkim yargılamasına taraf olabilme ehliyetini gösterir⁷¹.

3. Objektif Tahkime Elveri lilik

Bir konunun tahkimde görülmesi objektif olarak mümkün değilse objektif tahkime elverisi söz konusudur⁷². Bir konunun tahkime elveri li olup olmadığı, kanunda açıkça düzenlenmemişse ve kanunun tahkimde görülemeyeceğini söylüyorsa o konu objektif olarak tahkime elveri li de ildir⁷³.

Türk Hukukunda tahkime elverisi ayn,ndan kaynaklı uyu mazl,klar, bazı durumlarda i çii ile i veren arasındaki uyu mazl,klar, aile ve miras hukuku karakterli uyu mazl,klar,n tahkime objektif olarak elveri li olmadığı, benimsenmiştir⁷⁴.

⁶³ AYDEMİR, s.220-221.

⁶⁴ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM,s.599; LHAN, s.236-237; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786; CEBE, s.451.

⁶⁵ Newyork Sözleşmesi m.5.

⁶⁶ Model Law m.36.

⁶⁷ European Convention m.6.

⁶⁸ AKINCI, Ziya: Milletleraras, Ticari Uyu mazl,klar,n Alternatif Çözüm Yollar,, BAT DER, XVIII(4), s.109.

⁶⁹ AYDEMİR, s.219-220.

⁷⁰ HUYSAL, s.18; AYDEMİR, s.251.

⁷¹ AYDEMİR, s.251; EKİ, s.73.

⁷² HUYSAL, s.15; AYDEMİR, s.222.

⁷³ HUYSAL, s.15; PAKSOY, Serdar/SARIALIOĞLU, Simel: The Guide to Construction Arbitration, Turkey, 2.B., London 2018, s.285-286.

⁷⁴ LHAN, s.234-243; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.785.

B. Türk Hukukunda Ta ,nmaaz Ayn,na li kin Uyu mazl,klar,n Tahkimde Görölüp Görölmece i

1. Ta ,nmaaz Ayn, Kavram,

Türk Hukukunda e yalar, ta ,n,r ve ta ,nmaaz olarak iki gruba ayr,lmaktad,r⁷⁵. Türk Hukukunda yer de i tiremeyen e yalar ta maz kabul edilirken yer de i tirebilen objeler ta ,n,r kabul edilmektedir⁷⁶.Nitekim TMK m.704øte arazinin, tapu kütü ünde ayr, sayfaya kaydedilen ba ,ms,z ve sürekli haklar,n, kat mülkiyeti kütü üne kay,tl, ba ,ms,z bölümlerin ta ,nmaaz,n konusunu olu turduklar, düzenlenmi tir. Ancak baz, durumlarda bir e ya yer de i tirebilme kapasitesine sahip olsa dahi ta ,nmaaz hükümlerinin uygulanaca ,na kanun hükmedebilir⁷⁷.

Aynî hak ise, e ya üzerinde kurulan, e ya üzerinde do rudan do ruya hakimiyet yetkisi veren ve herkese kar , ileri süröllebilen haklard,r⁷⁸. Dolay,s,yla mülkiyet ve s,n,rl, aynî haklar,n hepsi aynî hakt,r. Ta ,nmaaz ayn, kavram,n,n da ta ,nmaaz statüsünde olan de erlerin mülkiyetine ili kin veya üzerlerinde kurulan s,n,rl, aynî haklara ili kin oldu u aç,kt,r. Dolay,s,yla yolsuz tescilin düzeltilmesi, tescile zorlama gibi davalar ta ,nmaaz,n ayn,n, ili kin davalard,r.

Ta ,nmaaz,n ayn,na ili kin sözle meler ise sadece tapuda düzenlenebilir. Resmi ekil art, bulunmaktad,r. Nitekim kanunkoyucu ta ,nmaazlar,n ekonomik de erini nazara alarak ta ,nmaazlar üzerindeki aynî haklar,n aleniyeti için zilyetli i yeterli bulmam, ve tapu sicili denilen yapay bir aleniyet arac,n, öngörmü tür⁷⁹.

2.Ta ,nmaazAyn,n,nTahkimde Görölüp Görölmece ine li kin Düzenleme

HMKø,n tahkime elveri lilik ba l, , alt,ndaki 408. maddesinde *øTa ,nmaaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki taraf,n iradelerine tabi olmayan i lerden kaynaklanan uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildirø* denilerek tahkime elveri lilik müessesesi düzenlenmi tir. Yarg,tay da kanunun aç,k hükmü uyar,nca ta ,nmaaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar, tahkime elveri siz olarak nitelendirmekte⁸⁰ ve vermi oldu u birçok karar,nda tapu kay,tlar,nda yap,lacak de i ikliklerin tahkim karar, ile de il, ancak taraflar,n r,zas, veya mahkeme karar, ile mümkün olaca ,n, belirtmektedir⁸¹. Ayr,ca, Yarg,tay ta ,nmaaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n ta ,nmaaz,n bulundu u yer mahkemesinde görölmece i ve bu durum kamu düzeniyle ilgili oldu undan hakemlerce bu tür davalara bak,lamayaca ,n, savunmaktad,r⁸².

Aç,kland, , üzere Türk hukukunda ta ,nmaazlar,n ayn,na ili kin taleplerin tahkimde görölmesi mümkün de ildir. Örne in, bir eser sözle mesinden do an para borcu tahkimde görölabilirken ayn, sözle meden do an ta ,nmaaz,n tesciline veya tahliyesine ili kin talepler tahkimde görölmez⁸³.

Yarg,tayøn kira bedelinin tespitine ili kin uyu mazl,klarda da tahkim yoluna gidilmeyece ine de karar verdi i görölmece i⁸⁴. Ancak Yarg,tayøn bu uygulamas, söz konusu kanun metnini a an nitelikte bir uygulamad,r ve isabetsizdir. Zira kira bedeli tespiti davalar,nda taraflar kira bedeli üzerinde özgürce tasarruf edebilirler⁸⁵. Ayr,ca kira bedeli tespiti bir alacak hakk,d,r ve taraflar,n özgür iradesine tabidir. Bu durumda Ta ,nmaaz,n ayn, ile ilgi olmayan kira bedelinin tespitine ili kin uyu mazl, ,n tahkimde görölmesini engellemek kabul edilebilir

⁷⁵ O UZMAN,M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 19.B., Filiz Kitapevi, stanbul 2016, s.10-11; S RMEN, Lale: E ya Hukuku, 4.B., Yetkin Yay,nc,l,k, Ankara 2016, s.11.

⁷⁶O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEM R, s.10; S RMEN, s.11; AYAN, Mehmet: E ya Hukuku ó I: (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 13.B., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2016, s.42.

⁷⁷ O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEM R, s.10.

⁷⁸ O UZMAN/SEL Ç /OKTAY-ÖZDEM R, s.4.

⁷⁹ S RMEN, s.307.

⁸⁰ HUYSAL, s.213; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.586.

⁸¹*øTaraflar,n uyu mazl,klar, ayni hakka da ili kin oldu undan, ta ,nmaaz,n tapuda mülkiyet nakli ancak r,zaen veya mahkeme ilam, ile olabilece inden, kanunun kamu yarar, amac, ile getirdi i kurula ayk,r, olan bu konuda tahkim yarg,lamas,n,n cereyan, olanaks,zd,r.ø Bkz. 15.HD, E.4321, K.4067, 23.09.2002; Y.15.HD, E.3919, K.1044, 18.3.1986; 14. HD., E.6387, K.6813, 7.10.2003; ayn, yönde: Y.15.HD, E.3612, K.3775, 8.10.1998.*

⁸² 15.HD, E.2007/2680, K.2007/4137, T.18.06.2007.

⁸³ EK , s.76-77; ERDEM, s.542.

⁸⁴ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.; ERDEM, s.542.

⁸⁵ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.

de ildir⁸⁶.

3.Ta ,nmaZ Ayn,n,nTahkimde Görülmesinin Mümkün Oldu unu Savunan Görü

Ta ,nmaZ ayn, ile ilgili uyu mazl, ,n tahkime elveri li oldu unun doktrin⁸⁷ taraf,ndan ve Yarg,tay,ın eski kanun döneminde verdi i kararlar,nda⁸⁸ kabul edildi i de görülmektedir.

HUMK,ın 518. Maddesinde *öYaln,z iki taraf,n arzular,na tabi olmayan mesailde tahkim cereyan etmezö* denilmekteydi. Bu ta ,nmaZ ayn,n,n tahkimde görülp görülemeyece i konusunda bir duraksama ya anmas,na ve görü ayr,l,klar,n,n bulunmas,na neden olmaktayd,. Zira ta ,nmaZ ayn,na ili kin uyu mazl, ,n tahkimde görülemeyece i aç,kça hüküm alt,na al,nmam, t,.

Yarg,tay taraf,ndan ta ,nmaZ ayn,n,n kamu düzeninden say,lmas, gerekti i bu sebeple tahkime elveri siz oldu u savunulmaktad,r⁸⁹. Kamu düzeni kavram, ise, tan,m,lanm, belirli bir kavram de ildir. Zira Yarg,tay,da bir karar,nda *öTürk hukukunun temel de erleri, Türk genel adap ve ahlâk anlay, ,, Türk Kanunlar,n,n dayand, , temel adalet duygusu ve genel siyaseti, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletleraras, alanda geçerli ortak ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallar, medeni topluluklar,n mü tereken benimsedikleri ahlâk ilkeleri ve adalet anlay, ,n,n ifadesi olan hukuk normlar,, toplumun medeniyet seviyesi, siyasi ve ekonomik rejim ile insan hak ve özgürlükleri, millî hukukumuzdaki kamu düzeninin dayana ,n, olu turmaktad,rö* diyerek kamu düzenini tan,m,lanm, t,r⁹⁰. Bu tan,m uyar,nca, kamu düzeni, taraflar,n uymak zorunda olduklar, kamu ve özel hukuktan do an ve taraflar,n üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar,n bütünü olarak anla ,lmas, gerekti i kan,s,nday,z. Ancak ta ,nmaZ ayn, üzerinde taraflar,n mülkiyet hakk,na dayanarak diledikleri gibi tasarruf edebilmeleri de kabul edilmi bir kurald,r⁹¹. Taraflar,n üzerinde serbestçe devir yapabildi i ta ,nmaZlar,n kamu düzeni gerekçesi ile tahkim huzuruna ta ,namayaca ,n,n dü ünülmesi, kamu düzeni kavram, ile ba da mamaktad,r. Üstelik Türk hukukunda taraflar,n serbest olarak tasarrufta bulunabilece i, di er bir anlat,m,la üzerinde sulh olunabilen ve davan,n kabulünün mümkün bulundu u konular tahkime elveri li kabul edilmektedir⁹². Bu sebeple ta ,nmaZ ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n da tahkimde görülebilmesi gerekmektedir.

HMK yürürlü e girmeden önceki dönemde, ta ,nmaZlar,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece ini savunan yazarlar da olmu tur. Öncelikle AlangoYA, kanunda ta ,nmaZ ayn,na ait uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesine ili kin bir s,n,rlama bulunmad, , için bu tür uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu unu savunmu tur⁹³. Kuru ise, taraflar,n ta ,nmaZlar, üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakk, oldu una göre tahkime gitme haklar,n,n da olmas, gerekti ini belirtmi tir⁹⁴.

Ta ,nmaZlar ekonomik aç,dan hep ta ,n,rlara oranla k,yetli bulunmu tur. Bu inançla da kanunkoyucu ekonomik de eri yüksek olan ta ,nmaZlar,n kaderinin sadece devlet yarg,lamas,na tabi olmas, gerekti i kanaatine varm, t,r. Oysa modern dünyada art,k ta ,n,r ve ta ,nmaZ aras,ndaki de er ayr,m, azalm, t,r; hatta baz, ta ,n,rlar ta ,nmaZlardan daha de erli hale gelmi tir. Bu yüzden tahkime elveri lilik hususunda ta ,n,r ve ta ,nmaZ ayr,m, yap,lmas,n, gerektirecek gerekçe ortadan kalkm, t,r.

⁸⁶ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.786.

⁸⁷ HUYSAL, s.269-280; ALANGOYA; s.36,84; Hakemler uyu mazl,k taraflar,n,n vekilidir. E ya hukukunda ki isel vekil arac,l, yla ta ,nmaZ üzerinde tasarrufta bulunulabilece ine göre, hakem karar, sonucunda ta ,nmaZ ayn,na ili kin haklar,n el de i tirmesinde bir sak,nca görülmemelidir. Bkz. ÖMERO LU, Ekin: rade Serbestisi Prensibi, I.B., Adalet Yay,nevi, Ankara 2017, s.237-238.

⁸⁸ 15. HD., E.1979/1195, K.1979/1330, T.31.05.1979.

⁸⁹ 15.HD., E.2008/2705, K.2008/4439, 1.7.2008: *öKamu düzenine ili kin hususlarda hakeme gidilemez.*; 15.HD, E.1798, K.5976, 13.10.2004; Y.15.HD, E.4306, K.5480, 13.12.1990.

⁹⁰ 18. HD., E.2013/16914, K.2014/5145, T.20.3.2014.

⁹¹ S RMEN, s.239.

⁹² YE LIRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayat,n ve Yat,r,m Ortam,n,n yile tirilmesi için Uyu mazl,klar,n Etkin Çözümünde Do rudan Görü me, Arabuluculuk, Hakem-Bilirki ilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, B.1, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2011, s.84.

⁹³ ALANGOYA, s.84; HUYSAL, s.269.

⁹⁴ HUYSAL, s.269.

C. Kar ,la t,rnal, Hukuk Kapsam,nda Tahkime Elveri lilik

1. Genel Olarak

Uluslararası, uygulamada, varl,ksal de eri olan ta ,nma,z,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i görü ünün hâkim oldu unu görülmektedir⁹⁵. Zira tahkim sözleşmesi, hukukî niteli i itibariyle toplumun ekonomik ihtiyaçlar,na cevap vermeyi amaçlar. Bu nedenle geli mi ülkelerde, tahkim yanl,s, bir tutum sergilendi i ve ta ,nma,z,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n da tahkimde görüldü ü gözlemlenmektedir.

Çal ,mam,z,n bu k,s,mda dünya piyasas,nda üretici ve sat,c, konumunda faaliyetlerde bulunan firmalar,n faaliyet gösterdi i ülkelerde yer alan tahkime elveri lili e ili kin düzenlemeler ele al,nacaktır. Bu ülkelerin hepsinde farklı, elveri lilik düzenlemesi olsa da hepsinin tahkime kar , liberal bir bak , aç,lar, oldu u a ikârd,r⁹⁶.

1. sviçre Hukuku

Milletleraras, Özel Hukuka Dair Federal Kanun⁹⁷ün 177. maddesinde *öI. Malvarl , hukukuna ili kin her talep bir tahkimin konusunu olu turabilir. 2. Taraflardan birinin bir devlet, devletin hâkim oldu u bir te ebbüs veya devletçe kontrol edilen bir kurulu olmas, halinde bu taraf, tahkimdeki taraf ehliyetini veya tahkim anla mas,n,n konusunu olu turan ihtilaf,n tahkim edilebilirli ini kendi hukukuna dayanarak tart, ma konusu yapamaz*⁹⁷denilerek sviçre hukukundaki tahkime elveri lilik müessesesi düzenlenmiştir⁹⁸. Görüldü ü üzere sviçre⁹⁸de ekonomik de eri olan bütün malvarl , , de erleri tahkimde görülebilmektedir. Zira, malvarl , , de eri olan her uyu mazl , ,n kamu veya özel hukuktan do up do mad, ,na bak,lmaks,z,n hatta tenfiz edilip edilmeyece ine dahi bak,lmaks,z,n tahkimde görülebilece i kabul edilmiştir⁹⁹. Bu sebeple sviçre tahkim konusunda en özgürlükçü ülke olarak de erlendirilmektedir¹⁰⁰.

sviçre hukukunda tahkime elveri lilik konusundaki tek k,s,tlama kamu düzenidir¹⁰¹. Bir uyu mazl , ,n konusu kamu düzenine ili kin ise tahkimde görülememektedir. Örnekle ifade etmek gerekirse, bo anma gibi kamu düzenini yak,ndan ilgilendiren uyu mazl,klar tahkimde görülememektedir. Buna kar ,n sviçre hukukunda ta ,nma,z,n ayn, gibi finansal de eri olan uyu mazl,klar tahkimde görülebilmektedir¹⁰². Ta ,nma,z,n ayn, bir malvarl , , de eridir ve sviçre Federal Mahkemesi taraf,ndan kamu düzeninden kabul edilmemektedir¹⁰³.

Miras hukukundan do an uyu mazl,klar, mirasç,lar,n bir sözleşme bir tahkim maddesi koymas, sonucu tahkime gidilebilir ve terekede yer alan mülkiyet bölü türülebilir denilerek miras hukuku uyu mazl,klar,n,n dahi tahkimde görülebilece ini kabul etmiştir¹⁰⁴. Ayrıca, sviçre hukukunda vasiyetnamede yer alan taleplerin murisin iradesi ile uyumlu olmas, durumunda tahkimde görülebilece i de kabul edilmiştir¹⁰⁵. Bununla birlikte, resmi makamlar,n mirastaki malvarl , , ile ilgili yapt,klar, örne in, mülkün mühürlenmesi, envanter veya ihtilaf takibinin tahkimde görülmesi mümkün de ildir¹⁰⁶.

⁹⁵ REDFERN/HUNTER, s.586; ÖMERO LU, s.226-233; sviçre için bkz. sviçre Federal Milletleraras, Özel Hukuk Kanunu m.177; Fransa için Bkz. Code çivil des Français m.2059; talya için Bkz. talyan Medeni Kanunu m.806.

⁹⁶HUYSAL, s.32.

⁹⁷ BUZ, Vedat: Milletleraras, Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) (Tahkime li kin Hükümler), Batider, C. XVII, S.2, 1993, s.23.

⁹⁸ ZUBERBÜHLER,Tobias/MULLER,Klaus/HABEGGER,Philipp: Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Kluwer Law International, Zurich/Berne 2005, s.391; IPRG m.177.

⁹⁹ ÖMERO LU, s.227; HUYSAL, 35; B RSEL, Mahmut T.: Milletler Aras, Ticari Tahkim ve Türkiye, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 1980, s.108-109: öTürk Hukukunda ise uygulanacak hukukun kamu düzeninin hakemlerce de erlendirilmesi gerekti ini savunanlar bulunmaktad,r. Bkz. 13. HD., E.2013/16287 K.2016/5292 T.23.2.2016.

¹⁰⁰ ÖMERO LU, s.226-227.

¹⁰¹ ÖMERO LU, s.227; HUYSAL, s.36; sviçre Federal Mahkemesi de 5 May,s 1976 tarihli bir karar,nda (TribunalFederal 102 Ia 574-583) ayn, ilkeyi benimsemi tir.

¹⁰²ARROYO, Manuel: Arbitration in Switzerland: ThePractitioner's Guide, 2.B., KluwerLaw International, Zurich 2018, s.61-62; ÖMERO LU, s.227.

¹⁰³ ARROYO, s.62.

¹⁰⁴ ARROYO, s.64-65.

¹⁰⁵ ARROYO, s.64-65.

¹⁰⁶ ARROYO, s.64-65.

2. Alman Hukuku

Alman hukukunda da sviçre hukukuna benzer bir düzenlemeye yer verildi i görölmektedir. Zira ZPO m.1030da malvarl,ksal de eri olan her uyu mazl, ,n tahkimde görölebilece i kabul edilmi tir¹⁰⁷.

Alman hukukunda tahkime elveri lilikle ilgili düzenlemelerden, ta ,nmaz ay,na ili kin uyu mazl,klar,n da tahkimde görölebilece i sonucu ç,kmaktad,r¹⁰⁸. Ayr,ca Münih Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi de 10.09.2013 tarihinde vermi oldu u bir karar, bu sonucu do rular niteliktedir. Zira söz konusu kararda mahkeme, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu una hükmetmi tir¹⁰⁹.

Alman hukukunda ekonomik de eri olan eylerin tahkimde görölebilece i kabul edilmi tir¹¹⁰. Bunun tek istisnas, kamu düzenidir. Sonuç olarak görüldü ü üzere, Alman hukuku ta ,nmaz ayn,ndan kaynaklanan uyu mazl,klar, kamu düzeninden saymamaktad,r.

3. Frans,z Hukuku

Ekonomik olarak geli mi ve kendisine özgü ticari tahkim düzenlemeleri olan Fransa, tahkim yanl,s, tutumuyla öne ç,kan bir di er ülkedir. Fransa ICC tahkimin merkezine ev sahipli i yaparak dünyada tahkim hukukunda önemli bir yere ve söz hakk,na sahiptir.

Fransa her ne kadar tahkim hukukunda dikkat çeken bir ülke olsa da, Fransaada tahkime ili kin ayr, bir kanuna yer verilmemi tir¹¹¹. Bunun yerine tahkim, medeni kanunda düzenlenmi tir.

Frans,z Medeni Kanununa göre, bir uyu mazl, ,n tahkime elveri li olabilmesi için onun irade serbestisine tabi olmas, ve kamu düzenini ihlal etmemesi gerekmektedir¹¹². Nitekim Frans,z Medeni Kanunu m.2059da taraflar,n serbest iradesine dayanan uyu mazl,klar,n tahkimde görölebilece i düzenlenirken; m.2060da¹¹³, tahkimde gidebilecek uyu mazl,klar,n sadece kamu düzeni sebebiyle s,n,rland,rabilece i belirtilmi tir.

Frans,z Medeni Kanunun 2060. maddesinde an,lan kamu düzeni ifadesinin nas,l yorumlanmas, gerekti i de Frans,z doktrininde tart, ,lm, t,r. Zira kamu düzeni kavram, lafzî olarak yorumland, ,nda bütün konularla ili ki kurulabilecek bir kavramd,r. Bu da tahkimde görülecek konular,n k,s,tlanmas, anlam,na gelmektedir¹¹⁴. Bu sebeple Frans,z hukukçular ad, geçen kanundaki maddeyi dar yorumlamay, tercih etmi lerdir¹¹⁵. Hatta Frans,z mahkemeleri ticari tahkimde, kamu düzeni ifadesini kullanmak yerine, milletleraras, kamu düzeni ifadesini kullanmaya ba layarak, kamu düzeni kavram,n,n tahkim üzerindeki etkisini azaltm, lard,r¹¹⁶.

Frans,z hukukunda, tahkime elveri li konular belirlenirken, kanunlar itilaf, kurallar,na herhangi bir at,fta bulunulmam, t,r. Görüldü ü üzere Frans,z hukukunda, bir konun tahkimde görülememesi için konunun milletleraras, kamu düzenini ihlal etmesi gerekmektedir. Frans,z mahkemelerinin bu içtihad,yla, sviçre Milletleraras, Özel Hukuk Kanununun m.177de yer alan tahkime elveri lilik hükmünden de öteye gittikleri görölmektedir.

4. Anglo-Amerikan Hukuku

ngiliz hukukunda, *Kompetenz- Kompetenz*¹¹⁷ kural, uyar,nca, tahkime elveri lilik

¹⁰⁷ ÖMERO LU,s.228; ZPO m.1030.

¹⁰⁸ MISTELIS/BREKOULAKIS, s.174.

¹⁰⁹ ÖMERO LU, s.228.

¹¹⁰ BÖCKSTIEGEL, Karl-He,nz/KRÖLL, Stefan Michael/NACIMIENTO, Patricia: Arbitraiton In Germany, 2.B., Netherland 2015, s.98.

¹¹¹ HUYSAL, s.46.

¹¹² HUYSAL, s.46.

¹¹³ ROUCHE, Jean/POINTON, Gerald H./DELVOLVÉ, Jean-Louis: French ArbitrationLawandPractice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration, 2.B., Kluwer Law International 2009, s.291-292; French Civil Code m.2060.

¹¹⁴ HUYSAL, s.47.

¹¹⁵ HUYSAL, s.48.

¹¹⁶ HUYSAL, s.48.

¹¹⁷ Kompetenz-Kompetenz kural,na göre hakemlerin yetkileri hakk,nda kendilerinin karar vermesi söz konusudur. Hakemler bu konuda özgür ve özerk, tahkim anla mas, tahkime elveri li mi, taraflar,n iradesi net mi bakarlar ve bunu yaparken herhangi bir mahkemeden izin almazlar. Bkz. LHAN, s.17.

konusunun hakem heyeti taraf,ndan belirlenebilece i kabul edilmi tir¹¹⁸. ngiliz yarg,s, ise, bir konunun tahkime elveri li olup olmad, ,n, anlamak için baz, kriterler geli tirmi tir. Bir anla maya taraf olan,n mahkeme i lemlerine ba lamas, ve di er taraf,n tahkime gitmek istedi i yani tam anlam,yla bir tahkim iradesinin olmad, , uyu mazl,klar tahkime elveri sizidir. Hakemlerin yetki eksikli i ya ad, , durumlarda da tahkime elveri sizlik bulunur. Bir tahkim s,ras,nda, bir taraf,n, tahkim mahkemesinin asli yarg, yetkisine ili kin bir soruyu belirlemek için mahkemelere ba vurdu u; bir karar verildikten sonra, bir taraf,n, tahkim mahkemesinin hakl, yarg, yetkisine sahip olmad, , gerekçesiyle karar, bir kenara koymak için mahkemelere ba vurdu u ve tahkim art, sözle meye koyulduktan sonra, taraflardan birinin tahkim yerine devlet yarg,lamas,na gitti i durumlarda tahkime elveri sizlik söz konusudur¹¹⁹.

ngiliz Yarg,s, ve doktrine bak,ld, ,nda, yaln,zca ngiliz ceza mahkemesinin, ngiltere ve Galler'de i lenen bir suçtan dolayı, bir ki iyi dinleyebilece i ve taraflar,n ceza mahkemesinin yarg, yetkisini geçersiz k,lmay, kabul edemeyece i ve tahkime gidilemeyece i kabul edilmi tir¹²⁰. Ayr,ca ki ilerin yasal statüsü veya çocuklar,n bak,m, veya ebeveynli i gibi baz, aile meselelerinin, ngiliz aile mahkemelerinin münhas,r yarg, yetkisine tabi oldu u ve tahkim yarg,lamas,nda görülemeyece i kabul edilmi tir¹²¹. Baz, rekabet hukuku uyu mazl,klar,n,da tahkime elveri siz oldu u görülmektedir¹²².

ngiliz hukuku, ço u ulusal yasada oldu u gibi, baz, meselelerin, sadece mahkemeler taraf,ndan do ru bir ekilde belirlenebilecekleri bir öneme sahip oldu u dü ünülerek tahkime bulmam, t,r¹²³. Y,llar geçtikçe, ngiliz hukukunda tahkime elveri li olarak de erlendirilmeyen meseleler daralt,lm, , taraflar,n anla mazl,klar,n nas,l çözülmesi gerekti ine karar verme hakk,n, tan,ma ve destekleme noktas,na gelinmi tir¹²⁴. ngiliz Tahkim Kanunu taraflar,n üzerinde tasarruf hakk,n,n bulundu u uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i, ancak bir uyu mazl, ,n kamu düzenini etkilemesi durumunda tahkimde görülemeyece i düzenlenmi tir¹²⁵.

Bir di er *Common Law* ülkesi olan Amerika'da ise tahkime yönelik liberal bir tutum sergilenmektedir. Federal Tahkim Kanununda sadece gemi insanlar,n, aras,nda kon imento gibi konulardan ç,kan uyu mazl,klar,n, demir yolu ve eyaletlerde ya ayan i çilerin taraf olduklar, sözle melerde tahkimin mümkün olamayaca , düzenlenmi tir¹²⁶. Görüldü ü üzere, Amerikan hukukunda ta ,nmaz ayn,n,n tahkime elveri siz oldu unu düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Yukar,da belirtildi i üzere, ngiliz ve Amerikan hukuklar,nda da ta ,nmaz ayn,n,n tahkimde görülüp görülemeyece ine ili kin aç,k bir kanun bulunmamaktadır. Ancak ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i kabul edilmi tir¹²⁷.

5. Rus Hukuku

Rusya, UNCITRAL Model Kanununu benimsemi ülkelerden biridir¹²⁸. Rus hukukçular,, dünyada ekonomik menfaatin a ,r bast, , uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu u; ekonomik menfaatlerin a ,r basmad, , uyu mazl,klar,n ise, tahkime elveri siz oldu una yönelik bir söylemin aç,kça bulunmamas,na ra men, tahkime elveri lili in ekonomik ç,karlarla do ru orant,l, oldu unu dü ünmektedir¹²⁹. Bunun d, ,nda tahkime elveri lilik hakk,nda Rusya'da da di er ülkelerdekine benzer bir durum mevcuttur. Nitekim Rus hukukunda, taraflar,n tasarruf yetkisi olan ve Rus Devletinin ekonomik, sosyal ve politik gerekçelerle düzenini bozmayan

¹¹⁸ LEW, Jul,an David Mathew/BOR, Harris/FULLELOVE, Gregory, Roy/GREENAWAY, Joanne: Arbitration in England, with Chapters on ScotlandandIreland, Londra 2013, KluwerLaw International, s.401.

¹¹⁹ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.401.

¹²⁰ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.405.

¹²¹ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.406.

¹²² LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.406.

¹²³ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.410-411.

¹²⁴ LEW/BOR/FULLELOVE/GREENAWAY, s.411.

¹²⁵ BORN, 2014, s.2133-2134.

¹²⁶ 9 U.S.Code § 1.

¹²⁷ ÖMERO LU, s.232.

¹²⁸ KOTELNIKOV, Andrey/KUROCHKIN, Sergey/SKVORTSOV, Oleg: Arbitration in Russia, KluwerLaw International; Kluwer Law International 2019, s.112.

¹²⁹ KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.113.

uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i ifade olunmu tur¹³⁰.

Rus Tahkim Kanunu (2015) hangi uyu mazl,klar,n tahkimde görülemeyece ini aç,kça düzenlemi tir. Buna göre, iflas davalar,; fikri mülkiyet haklar,n,n korunmas,na ili kin telif hakk, ve ilgili haklar,n ortak yönetimini yürüten kurulu lar,n kat,l,m,yla ilgili anla mazl,klar ve Fikri Mülkiyet Haklar, Mahkemesinin yarg, yetkisi dahilindeki anla mazl,klar; idari ve di er halkla ili kilerden kaynaklanan davalar; yasal olarak önemli olgular,n tesisine ili kin davalar; makul bir süre içinde adil yarg,lanma hakk,n,n veya makul bir süre içinde mahkeme karar,n,n icra edilme hakk,n,n ihlal edildi ine ili kin tazminat talepleri; bir grup insan,n haklar,n,n ve me ru ç,karlar,n,n korunmas,na ili kin davalar; devlet veya belediye mülklerinin özelle tirilmesine ili kin davalar; Rus yasalar,na tabi devlet ve belediye ihtiyaçlar, için mal ve hizmet al,m ili kilerinden kaynaklanan anla mazl,klar; çevreye verilen zarara ili kin tazminat talepleri; Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu hükümlerine göre, yasal olarak önemli gerçeklerin tespiti, evlat edinme, bir ki inin ölü veya galip ilan edilmesi, vb. gibi anla mazl,klar; e lerin ortak mülkiyeti bölünmesiyle ilgili durumlar haricinde, çocuklar,n varl,klar,n,n veya tam ehliyetle sahip olmayan ki ilerinin varl,klar,n,n yönetiminden kaynaklanan, kendi bak,c,lar,, koruyucular, ve velileri taraf,ndan yap,lan anla mazl,klar dahil, aile ili kilerinden kaynaklanan anla mazl,klar; bireysel i anla mazl,klar,; miras ili kilerinden kaynaklanan anla mazl,klar; ki isel yaralanma ve ölüm tazminat talepleri; ya am alanlar,ndan tahliyesi ile ilgili anla mazl,klar Rus Hukukunda tahkime elveri li de ildir¹³¹. Bunun d, ,nda Rus Hukukunda ekonomik menfaate dayanan uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i kabul edilmi tir¹³².

Rusya Anayasa Mahkemesi, *Archangelskoe Geologodobychnoe Predpriyatie v. Archangel Diamond Corp.*, davas,nda öRusya kanunlar,na ra men ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar tahkime elveri lidirö diyerek ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece ine karar vermi tir¹³³. Söz konusu Rus Anayasa Mahkemesinin karar,ndan, ta ,nmaz ayn,n,n tahkimde görülmemesine ili kin düzenlemelerin ça d, , kabul edildi i anla ,lmaktad,r. Ayr,ca söz konusu kararla Rus Anayasa Mahkemesinin tahkimde ta ,nmaz aynine ili kin bir karar verilmesinin Rus kamu düzenini de bozmayaca ,n, kabul etti i anla ,lmaktad,r.

6. ICC Tahkime Göre Tahkime Elveri lilik

ICC, dünyanın,n her yerindeki tüm sektörlerden i letmeler ad,na otorite ile konu an, tek temsilcisi olan dünya i örgütüdür¹³⁴.ICC, aç,k bir uluslararası, ticaret ve yat,r,m sistemi ve pazar ekonomisini te vik edici bir organizasyondur. Hatta ticaretin bar, ve refah, için bir güç oldu una dair inanc,, kurulu un kökenlerinden geçen yüzy,l,n ba lar,na dayanmaktadır. ICC'yi kuran uzak görü lü i liderlerinin küçük grubu kendilerini öbar, tüccarlar,ö olarak adland,rd,¹³⁵.Üye irketleri ve dernekleri uluslararası, i lerle u ra t,klar, için ICC, i s,n,r,lar,n, a an kurallar, yönetme konusunda e siz bir yetkiye sahiptir¹³⁶. Görüldü ü üzere ICC dünya ticaretinde etkin bir rolü olan bir tahkim merkezidir. Bu sebeple ICC'nin tahkime elveri lilik anlay, , üzerinde de durulmas, gerekti i kanaatindeyiz.

ICC Tahkim Kurallar,na göre, taraflar,n iradesi sonucu yap,lan tahkim anla malar, ancak tahkime elveri li olabilir¹³⁷. Bu sebeple ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar, ICC tahkimde görülebilmektedir.

¹³⁰ KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.113 vd.

¹³¹ KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.116-117.

¹³² KOTELNIKOV/KUROCHKIN/SKVORTSOV, s.118.

¹³³ Dava No. T-2277-04, T.26.05.2011

Bkz.https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=C551D35B-8CFD-4255-98D9-BBEB94974A7B

¹³⁴ CRAIG, W. Laurence/PARK, William W./PAULSSON,Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, 2.B.,ICC, Paris 1990, s.25 vd.

¹³⁵ Bkz. Commission on Anti-CorruptionCombatingExtortionandBribery: ICC Rules of ConductandRecommendations 2005 edition, https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/Combating-Extortion-and-Bribery-ICC-Rules-of-Conduct-and-Recommendations.pdf.

¹³⁶ Bkz. Commission on Anti-CorruptionCombatingExtortion and Bribery https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/10/Combating-Extortion-and-Bribery-ICC-Rules-of-Conduct-and-Recommendations.pdf.

¹³⁷ CRAIG/PARK/PAULSSON, s.81-82.

IV. TA ,NMAZ AYNINA L K N UYU MAZLIKLARIN TAHK MDE GÖRÜLMES GEREKT NE YÖNEL K DE ERLEND RMELER M Z

A. Mevcut Türk Hukuku Aç,s,ndan De erlendirmemiz

1. Genel Olarak

Di er hukuk sistemlerinin aksine Türk hukukunda, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkime elveri li olmad, , kabul edilmi tir. Burada çözülmesi gereken husus, hakemlerin ta ,nmaz ayn,na ili kin sadece bir eda hükmü mü; yoksa hem eda hükmü hem de tespit hükmü verip veremeyecekleridir.

2. Ta ,nmaz Ayn,na li kin Uyu mazl,klar,n Tahkimde Görülmesinin Hüküm ve Sonuçlar,

Kanuna ayk,r, olarak verilmi bir hakem karar,n,n kar ,la aca , yapt,r,m iptal yapt,r,m,d,r¹³⁸. Zira HMK'n,n iptal davas, ba l,kl, 439. Maddesinin 2/a f,kras,nda *öTahkim sözleşme mesinin taraflar,ndan birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşme mesinin geçersiz oldu uö, 2/g f,kras,nda öHakem veya hakem kurulu karar,na konu uyu mazl, ,n Türk hukukuna göre tahkime elveri li olmad, ,ö ve 2/ f,kras,nda öKarar,n kamu düzenine ayk,r, oldu u, tespit edilirseö, hakem kararlar, iptal edilebilece i düzenlenmi tir. Ta ,nmaz ayn,n,n Türk hukukunda tahkime elveri li olmad, , da HMK m.408'de aç,kça ifade edildi i için tahkimde ta ,nmaz ayn,na ili kin verilen bir eda hükmü iptal davas,n,n konusunu olu turabilir.*

Türkiye'de bulunan ta ,nmazlar,n ayn,na ili kin verilen yabanc, hakem kararlar,n,n tan,mas, ve tenfiz edilmesi de mümkün de ildir. Zira yabanc, hakem kararlar,n,n tan,nmas, ve tenfizine ili kin olan Newyork Sözle mesinin 5. maddesinde tahkime elveri siz bir konuda verilen yabanc, hakem kararlar,n,n da tenfiz edilemeyece i düzenlenmi tir. Yani, mahkemeler, tahkime elveri siz bir konu üzerinde verilmi yabanc, hakem kararlar,n, tan,mak ve tenfiz etmek zorunda de ildir¹³⁹. Ayr,ca MÖHUK m.54'æ göre ilâm,n, Türk mahkemelerinin münhas,r yetkisine girmeyen bir konuda verilmi hakem karar,tenfiz edilmez.. Ta ,nmazlar,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar ise Türk hukukunda Türk mahkemelerinin münhas,r yetkisinde kabul edilmi tir¹⁴⁰. Görüldü ü üzere, ta ,nmaz ayn,na ili kin verilen yabanc, hakem kararlar, tan,n,p tenfiz edilememektedir¹⁴¹.

3. Hakemlerin Ta ,nmaz Ayn,na li kin Eda Hükmü mü? Yoksa Tespit Hükmü mü? Veremeyecekleri Sorunu

Eda hükmü taraflardan birinin di er taraftan bir eyi yapmas,, bir eyi vermesi veya bir eyi yapmamas,n, istedi i durumlarda verilen yapma, yapmama veya verme edimini konu edinen hükümdür¹⁴². Dolay,s,yla bir ta ,nmaz,n tescili, bir ta ,nmaz,n tahliyesini içeren hükümler eda hükümdür¹⁴³. Tespit hükmü¹⁴⁴ ise, bir hukukî ili kinin mevcut olup olmad, ,n,n tespit edildi i hükümdür¹⁴⁵. Örne in, A ki inin B ki isine olan borcunun ne kadar oldu unun belirlenmesi bir tespit hükmüdür.

Eda hükmü, tespit hükmünü de içeren bir hükümdür¹⁴⁶. Ayr,ca kanunkoyucu eda hükmünün ve tespit hükmünün ancak hukukî menfaat varken talep edilebilece ini belirtmi tir¹⁴⁷. Bu sebeple, ki inin eda hükmü talep etmesi mümkünken ve tespit hükmü talep etmesinde bir hukukî menfaati bulundurmuyorsa söz konusu talep kabul edilmez¹⁴⁸.

¹³⁸ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.794.

¹³⁹ PAULSSON, Marike: The 1958 Newyork Convention, Kluwer Law International, 2016, s.91-92.

¹⁴⁰ ESEN, Emre: Türk Hukukunda Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizinde Münhas,r Yetki Kavram,, Milletleraras, Hukuk ve Milletleraras, Özel Hukuk Bülteni, S.2, 2002, Prof. Dr. Engin Nomerø Arma an, s.188-189.

¹⁴¹ T, Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizi, Ankara 2005, s.216; ANLI/ESEN/ATAMAN-F GANME E, s.702.

¹⁴² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.208; ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.294.

¹⁴³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.208.

¹⁴⁴ Bkz. HMK m.106.

¹⁴⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.209.

¹⁴⁶ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.294; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.208.

¹⁴⁷ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.285-287.

¹⁴⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.210.

HMK m.408'de ise *öTa ,nmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki taraf,n iradelerine tabi olmayan i lerden kaynaklanan uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildirö* ifadesine yer vermiştir. Söz konusu kanun hükmü gerek lafzî, gerek anayasal yorum, gerekse amaçsal yorum yoluyla yorumlandı, ,nda, ta ,nmaz ayn,na ili kin bir eda hükmü verilemeyece i anla ,lmaktad,r. Zira kanun koyucunun bu hükmü getirmekteki amac,, ta ,nmazlara ili kin de i ikliklerin sadece tapuda yap,labilmesi ve bunun kamu düzeninden say,lmas, gerekti i dü ünçesidir. Yani kanun koyucuya göre ta ,nmaz mülkiyenin nakli ya taraf talebiyle ya da mahkeme karar,yla gerçekle ebilir. Bu da ta ,nmaz mülkiyetini konu edinen bir eda hükmünün hakemlerce verilemeyece i anlam,na gelmektedir. Zira eda hükmü bir ey yapmay, emretme hükmüdür.

Mevcut durumda tahkimde hakemlerin ta ,nmaz,n ayn,na ili kin eda hükmü verememesine ra men, bir tespit hükmü verebilece i kanaatindeyiz. Tespit, bir ki inin borçlu olup olmad, ,n,n belirlenmesi ekinde anla ,lmaktad,r. Dolays,yla sözle medeki borç bir ta ,nmaz,n tescili ise hakemler tescil karar, veremez; ancak ki inin tescil konusunda alacakl, oldu u konusunda bir tespit hükmü verebilir. Bir örnekle somutla t,rnam,z gerekirse, bir eser sözle mesinden kaynaklanan bir uyu mazl,k tahkimde görülürse hakemler kimin ne kadar alacakl, oldu unun tespitini yapabilir. Söz konusu bu tespit, bir para alaca , olabilece i gibi, ta ,nmaz ayn,n,n nakli borcunun sözle meden do du u da olabilir. Zira kanun, borç ili kisinin hakemlerce tespit edilmesini yasaklayan bir hüküm içermemektedir. Ayr,ca tespit hükmü verilerek kanun koyucunun HMK m.408'de düzenlerken ta ,d, , amac, da ihlal etmemektedir. Çünkü, tespit hükmünü alan taraf, söz konusu hükme dayanarak tapudan tescil talep edememektedir.

4. Tespit Hükmü Verilmesinin Muhtemel Sonuçlar,

Kesinle en bir hakem karar,, maddi anlamda bir kesin hüküm, kesin delil te kil eder¹⁴⁹. Kesin delil te kil eden bir hakem karar,, t,pk, kesin delil statüsünde olan bir yarg, karar, i levi görür¹⁵⁰.

Tespit hükmünü alan taraf, devlet yarg,s,nda açaca , tescile zorlama davas,nda hakem karar,n, kesin delil olarak kullanabilir. Bunun sonucu hâkim, tekrar esasa girerek ki inin borçlu veya alacakl, oldu unu tespit etmeyecek ve hakem karar, do rultusunda bir mahkeme karar, verecektir. Örnekle aç,klamam,z gerekirse, bir kat kar ,l, , in aat sözle mesi sonucu A ki isi ba ,ms,z bölümlerin ad,na tescilini hakemlerden talep edemez; ancak hakemler A ki isin gerçekten alacakl, oldu unu ve ba ,ms,z bölümlerin ad,na tescil edilmesi yönünde bir alacakl, olduklar,na karar verebilir. Bu karar kesin delil ve hüküm niteli inde olaca , için, ta ,nmaz,n bulundu u yer mahkemesinde aç,lan davada kesin delil olan hakem karar, nazara al,narak mahkemece ta ,nmaz,n A ad,na tescil edilmesi gerekti i karar, al,nmal,d,r. Böylelikle A ki isinin mahkeme huzurunda adalete kavu mas, h,zlanacak ve kolayla acakt,r.

B. Ta ,nmaz Ayn,na li kin Uyu mazl,klar,n Tahkimde Görülmesi Gerekti ine Yönelik De erlendirmemiz

1. Genel Olarak

Ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülebilece i, yukarı, da aç,kland, , üzere de pek çok ülkede kabul edilmiştir. Pek çok geli mi ekonomiye sahip ülke, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesini kamu düzeninden saymamaktadır.

2. rade Serbestisi

rade serbestisi ki ilerinin serbest iradeleri ile sorumluluk alarak istedikleri gibi düzenleme yapabilmelerini ifade eder¹⁵¹. Nitekim TBK m.26'da *öTaraflar, bir sözle menin içeri ini kanunda öngörülen s,n,rlar içinde özgürce belirleyebilirlerö* denmiştir. Dolays,yla özel hukukta as,l olan irade serbestisi istisna ise kamu hukuku müdahalesidir.

Türk Medeni Kanunu'nun 683. maddesinde de bir eye malik olan kimsenin hukuk düzeninin s,n,rlar, içerisinde o ey üzerinde diledi i gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi tan,nm, t,r. Türk Medeni Kanunu'nun 683.maddesinde yer alan *öHukuk*

¹⁴⁹ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.794.

¹⁵⁰ ARSLAN/YILMAZ/TA PINAR-AYVAZ, s.794.

¹⁵¹ KOCAYUSUFPA AO LU, s.503; EREN, s.16; KILIÇO LU, s.109.

düzeninin s,n,rlar, içindeö ibaresi malikin kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisinin s,n,rs,z olmad, n, göstermektedir. Mülkiyet hakk,na getirilen s,n,rlamalar,n baz,s,, kamu yarar,n, koruma amac,yla kamu hukukunca, bir k,sm, ise ki ilerin ç,karlar,n, korumak için özel hukukça konmu tur¹⁵².

Yarg,tayön görü ünün aksine, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkime elveri lili i hususunda kamu düzenine¹⁵³ dayan,lmaz, mümkün de ildir. Zira tescil i lemi idari nitelikte bulunmakla birlikte, temelini özel hukuk ve sözleşme serbestisinden almaktadır,¹⁵⁴. Bu durumda, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesinin önüne geçilmesi, irade serbestisi ilkesinin ihlal edilmesi anlam,na gelmektedir.

Alternatif çözüm yollar,na¹⁵⁵ dahi konu olabilen bu uyu mazl,klar,n tahkime de elveri li oldu u son derece barizdir¹⁵⁶. Aksinin kabulü halinde, Ye il,rmakön da belirtti i üzere, *ömülkiyet odakl, ça , geçmi zihniyetin terk edilememesiö* söz konusu olacaktır,¹⁵⁷. Zira ta ,nmazlar as,rlarca ekonomik aç,dan daha de erli bulunmu ve o yüzden kamu düzeninden say,lm, t,r. Ancak günümüzde ta ,n,rlarda en az ta ,nmazlar kadar de erlidir. Bu sebeple, ta ,n,r-ta ,nmaz ayr,m,n,n, ekonomik aç,dan yitirildi i bir ekonomi sisteminde, bu ayr,ma dayan,larak ta ,nmazlar,n ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesini engellemek rasyonel bir tutum de ildir.

Hakemler, bir aç,dan uyu mazl,k taraflar,n,n vekili oldu u dü ünülecek olursa,e ya hukukunda bizzat veya vekil arac,l, yla ta ,nmaz üzerinde tasarrufta bulunulabilece ine göre, hakem karar, sonucunda ta ,nmaz ayn,na ili kin haklar,n el de i tirmesinde bir sak,nca görülmemelidir.

3. Mülkiyet Hakk,n,n K,s,tlanmas, ve Anayasa m.35øe Ayk,r,l,k

a. Mülkiyet Hakk,

nsanlar devletin bulunmad, , dönemde toplum içinde ya arken belli ba l, sorunlarla kar ,la m, lard,r¹⁵⁸. Bu sorunlardan en önemlisi mülkiyete ili kindir. Zira devlet erkinin olmad, , durumda insanlar,n mülkiyet hakk, kolayca ihlal edilebilmekteydi ve insanlar derin bir korku ya amaktayd,¹⁵⁹. Bu sebeple toplum, devlet denilen mülkiyet hakk,n, koruyan yapay bir varl, , yaratt,. Devlete haklar,n, devredip, kendi haklar,n, kendisi k,s,tlayan ilk insanlar,n tek beklentisi, mülkiyet haklar,n,n korunmas,yd,. Bu sebeple mülkiyet hakk, en kutsal haklardand,r¹⁶⁰.

Mülkiyet hakk, gerek Anayasa ve yasalarla iç hukuk yönünden, gerekse Avrupa nsan Haklar, Sözleşmesi ve ek protokolleri ile kabul edilmi temel haklardand,r. Nitekim Anayasa madde 35øe *öHerkes, mülkiyet ve miras haklar,na sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yarar, amac,yla, kanunla s,n,rlanabilirö* hükmüne yer verilerek mülkiyet hakk, düzenlenmi tir.

Mülkiyet hakk, sahibine o e ya üzerinde tasarruf edebilme, semerelerinden faydalanma ve kullanma hakk, sa layan çok geni kapsaml, bir aynî hakt,r¹⁶¹. Herkese kar , ileri sürülebilir ve herkes taraf,ndan ihlal edilebilir niteliktedir.¹⁶².Anayasa Mahkemesi ise *öAnayasa 35. maddesiyle güvenceye ba lanan mülkiyet hakk,, ekonomik de er ifade eden ve parayla de erlendirilebilen her türlü mal varl, , hakk,n, kapsamaktad,rö* diyerek mülkiyet hakk,n, tanımlam, t,r¹⁶³.

¹⁵² Y. 14. HD., E.2007/12017, K.2007/11914, T.16.10.2007.

¹⁵³ Kapsam, durmadan de i en bir kavram olan kamu düzeninden anla ,lmaz, gereken, *ötoplum ç,kar,n,n korunmas, amac,yla ortaya ç,kan düzenin bütünüdürö*. Bkz. HUYSAL, s.214; REDFERN/HUNTER, Redfernand Hunter on International Arbitration, B.6, 2015, s.112.

¹⁵⁴ Zira tescile ili kin de i ikliklerin ana unsuru taraf iradesidir. Bkz. HUYSAL, s.279.

¹⁵⁵ Hukuk Uyu mazl,klar,nda Arabuluculuk Kanunu, m.1/2.

¹⁵⁶ ÖMERO LU, s.239.

¹⁵⁷ YE LIRMAK, 2011, s.128.

¹⁵⁸ LOCKE,John: Second Treatise Of Government, Indiana 2015, s.8 vd.

¹⁵⁹ HOBBS, Thomas: Leviathan, PenguinBooks, 1981, s.188.

¹⁶⁰ BA PINAR, Veysel: Mülkiyet Hakk,n, hlal Eden Müdahaleler, I.B., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009, s.68-69.

¹⁶¹ KARAKA , Fatma Tülay: Avrupa nsan Haklar, SözleşmesindeMülkiyet Hakk, ve Kira Sözleşmesi, BAT DER, 2007, XXIV(2), s.401; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2011, s.16.

¹⁶² EREN, Mülkiyet Hukuku, s.16; BA PINAR, s.146.

¹⁶³ AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20; AYM, E.2016/7508, K.4/7/2019, 31.07.2019.

b. HMK m.408'ün Anayasaya Aykır, Olup Olmadı ,

HMK m.408'de *öTa ,nmaz mallar üzerindeki aynî haklardan veya iki taraf,n iradelerine tabi olmayan i lerden kaynaklanan uyu mazl,klar tahkime elveri li de ildirö* denilerek ta ,nmaz ayn,na ili kin taleplerin tahkimde görölmesinin önüne geçilmiştir. Ta ,nmaz ayn,na ili kin getirilen bu s,n,rlandır,ırma bir mülkiyet hakk, s,n,rlandır,ırmas, olarak de erlendirilmelidir.

Mülkiyet hakk, ise, ancak kamu yarar, amac,yla kanunla s,n,rlandır,ırabilir. Yarg,tay da vermi oldu u bir karar,nda *ökamu yarar, ile mülkiyet hakk,ndan k,smen veya tamamen yoksun b,rak,lan ki inin hakk, aras,nda makul, kabul edilebilir, hak ve adalet dengesini sa layacak bir oran,n kurulmas, as,ld,rö* demi tir¹⁶⁴. Mülkiyet hakk, bu denli önemli bir hak oldu u için, ancak kanunlarca kamu yarar, ad,na ölçülü bir ekilde k,s,tlanabilece i öngörölümü tür¹⁶⁵. Di er bir ifade ile, kanunlar kamu yarar, ad,na ölçülü bir ekilde mülkiyet hakk,n, k,s,tlayabilir. Bu ölçünün ne olaca , konusunda fikrimiz öyledir; genel hukuk teorisine göre bir hakk,n kullan,m, bir ba kas,n,n hakk,n, engelliyorsa o hak kullan,lmamal,d,r. O halde mülkiyet hakk,n,n kullan,m, bir ba ka ki inin hakk,n, olumsuz etkiliyorsa, ancak mülkiyet hakk, k,s,tlanabilir. Bunun d ,nda bir k,s,tlama olmas, isabetsiz ve Anayasa m.35'ce de ayk,r,l,k te kil eder. Ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görölmesi, üçüncü ki ilerin hak kayb,na sebep olmayaca , gibi, genel kamu düzenini de ihlal edece ini dü ünme modern ve liberal düzende mümkün de ildir. Bu sebeple, ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görölmemesi, ölçüsüz bir mülkiyet hakk, k,s,tlamas,d,r ve anayasaya ayk,r,l,k te kil etmektedir.

Mülkiyet hakk,n,n s,n,rlandır,ırmas,nda, esas,nda en önemli sorun, birey haklar, ile devlet aras,nda do ru dengeyi orant,l, olarak sa layabilmek ve toplum yarar,na üstünlük tan,rken bu dengeyi bozmamaktır¹⁶⁶. Bu denge, belirli motivasyon ve vicdana göre görel olarak tasarlan,r; yani zamana ve ça ,n gerekliliklerine göre de i iklik gösterebilir¹⁶⁷. Günümüz toplumunda tahkim giderek önem kazanan bir müessesidir. Tahkime gidilmesinin k,s,tlanmas,, as,l ekonomiye olumsuz etki olarak dönebilece i için tahkimi k,s,tlaman,n kamu düzenine ayk,r, oldu u kabul edilmelidir.

V. SONUÇ

Tahkim sözleşmesi, taraflar aras,nda yapılan bir sözleşme meden do an veya do acak belirli bir uyu mazl,k için taraflar,n devlet yarg,lamas,na gitmek yerine uyu mazl, , hakem kurulu önüne getirme yönündeki iradesini gösteren bir sözleşmedir. Hukukî niteli ine ili kin ise maddi hukuk sözleşmesi, usul hukuku sözleşmesi, karma nitelikte bir sözleşme ve ba ,ms,z nitelikte bir sözleşme oldu unu savunan dört farklı görüşü bulunmaktadır.

Tahkim sözleşmelerinin geçerlili i belli unsurlar,n bulunmas,na ba lanm, t,r. Öncelikle tahkim sözleşmesi de borçlar kanunu anlam,nda kar ,l,kl, taraf iradelerinin birleşmesi ile kurulan bir sözleşme oldu u için genel geçerlilik artları,n,n bulunmas, gerekir. Tahkim sözleşmesinin özel niteli i sebebiyle bazı, özel artları,n bulunmas, gerekir. Öncelikle geçerli tahkim sözleşmeleri yaz,l, olarak, tahkim iradesi açık ve kesin olan, belirli veya belirlenebilir bir konu üzerinde ve tahkime elveri li bir konuda yapılan sözleşmedir.

Tahkime elveri lilik, bir uyu mazl, ,n konusunun tahkimin icra edilece i veya görüldü ü ülkece tahkimde görölüp görölmemeyece inin kabul edilip edilmedi i anlam,na gelmektedir. Bir konu tahkime elveri li ise taraflar tahkime gidebilirler. Ancak bir konu tahkime elveri sizse, taraflar uyu mazl, ,n tahkimde görölmesini istese bile o uyu mazl,k tahkimde görölmez. Tahkime elveri lilik kavram,, sübjektif tahkime elveri lilik ve objektif tahkime elveri lilik olmak üzere ikiye ayr,l,r. Sübjektif tahkime elveri lilik, taraflar,n tahkim sözleşmesi yapmaya ehil olup olmad,klar,na yönelikken; objektif tahkime elveri lilik, tahkimde görölmesi istenen konunun tahkimde görölmesinde bir engelin olup olmad, ,na ili kindir.

Türk Hukukunda ta ,nmaz ayn,ndan kaynaklanan uyu mazl,klar,n tahkime elveri siz oldu u kabul edilmektedir. Bu sebeple ta ,nmaz ayn,na ili kin olarak alın,an bir hakem karar,, iptal edilebilir veya tan,namaz ve tenfiz edilemez. Dünya da ise sviçre hukuku, Frans,z hukuku, Alman hukuku, Anglo-Amerikan hukuku ve Rus hukuku gibi hukuk sistemlerinde, ta ,nmaz

¹⁶⁴ 20. HD., E.2018/3382, K.2019/3703, T.28.5.2019.

¹⁶⁵ KARAKA , s.403.

¹⁶⁶ KARAKA , s.403.

¹⁶⁷ KARAKA , s.403-404.

ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkime elveri li oldu unu kabul etmektedir. Türk hukukunda ise ta ,nmaz ayn,na ili kin hakemlerce bir eda hükmünün al,nmas, engellenmi tir. Ancak tespit hükmü verilmesini engelleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Gerçekten de ta ,nmaz ayn,na ili kin uyu mazl,klar,n tahkimde görülmesinin engellenmesi isabetli de ildir. Zira, taraflar,n üzerinde tasarruf etme hakk, olan bir ta ,nmaza ili kin karar verme yetkisini hakemlere devretmesi, kamu düzenini ihlal etmez. Ayr,ca söz konusu mevcut düzenleme irade serbestisi ilkesi ile de çak, maktadır. Taraf iradesi orant,s,z bir ekilde k,s,tlanmaktadır. Mevcut kanun hükmünün Anayasaya da ayk,r, oldu u kabul edilmelidir. Zira kamu yarar, ile mülkiyet hakk,ndan k,s,men veya tamamen yoksun b,rak,lan ki inin hakk, aras,nda makul, kabul edilebilir, hak ve adalet dengesini sa layacak bir oran,n kurulmas, gerekmektedir. Ancak mevcut kanun böyle bir oran içermemektedir. O halde kanun koyucunun mevcut düzenlemeyi de i tirmesi büyük önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: Milletleraras, Tahkim,4.B.,Vedat Kitapç,1,k, stanbul 2016.
- AKINCI, Ziya: Milletleraras, Ticari Uyu mazl,klar,n Alternatif Çözüm Yollar,, BAT DER 1996, XVIII(4), 1.
- ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteli i ve Denetlenmesi, stanbul Üniversitesi Yay,nlar,, stanbul 1973.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esaslar,, 7.B., Beta Yay,nlar,, stanbul 2009.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TA PINAR-AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, B.3., Yetkin Yay,nc,l,k, Ankara 2017.
- ARROYO, MANUEL: Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2.B., KluwerLaw International, Zurich 2018.
- AYAN, Mehmet: E ya Hukuku ó I: (Zilyetlik ve Tapu Sicili), 13.B., Seçkin Yay,nc,l,k, Ankara 2016.
- AYDEM R, Fatih: Tahkim Sözle mesinin Kaynaklar,, Tan,m,, Hukuki Niteli i ve Yap,l, Türleri, 1.B, On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017.
- BA ARAN, Halil Rahman: Uluslararası, Tahkim, 1.B. On ki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2014.
- BA PINAR, Veysel: Mülkiyet Hakk,n, hlal Eden Müdahaleler, 1.B., Yetkin Yay,nlar,, Ankara 2009.
- BERGER, Klaus Peter: Private Dispute Resolution in International Business, 2.B., Netherland 2009.
- B RSEL, Mahmut T.: Milletler Aras, Ticari Tahkim ve Türkiye, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, 1980, s.97-128.
- BORN, Gary B.: International Arbitration: Law and Practice, 2.B., London 2015.
- BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz/KRÖLL, Stefan M,chael/NACIMIENTO, Patr,c,a :Arbitraiton In Germany, 2.B.,Netherland 2015.
- BUZ, Vedat: Milletleraras, Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) (Tahkime li kin Hükümler), Batider, XVII(2), 1993.
- CEBE, Mehmet Sinan: Mal Sat,m Sözle mesi ve Tahkim, 1.B., Ankara 2018.
- CRAIG, W. Laurence/PARK, William W./PAULSSON, Jan: International Chamber of Commerce Arbitration, 2.B., ICC Press, Paris 1990.
- DO AN, Vahit: Milletleraras, Özel Hukuk, 4.B., Sava Yay,nevi, Ankara 2017.
- DRAGUIEV, Deyan: Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability, Journal of International Arbitration, C.31, 2014.
- EK , Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 1.B., Beta Yay,nc,l,k, stanbul 2013.
- ESEN, Emre: Uluslararası, Ticari Tahkimde Tahkim Anla malar,n,n ekli, MHB, S.1-2, 2008.
- ESEN, Emre: Taraflar,n Sadece Birine Müracaat Hakk, Tan,yan Tahkim Anla malar,n,n ve Özellikle K,y, Emniyeti Genel Müdürlü ümün Kurtarma Yard,m Sözle mesi'nde Yer Alan Tahkim art,n,n Geçerlili i, KÜHFD, IX(2), 2010.
- ESEN, Emre: Türk Hukukunda Yabanc, Mahkeme Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizinde Münhas,r Yetki Kavram,, Milletleraras, Hukuk ve Milletleraras, Özel Hukuk Bülteni, S.2, 2002, Prof. Dr. Engin Nomerø Arma an.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.B.,Yetkin Yay,nevi, Ankara 2013.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin Yay,nc,l,k, Ankara 2011.
- ERDEM, Ercüment: Milletleraras, Ticaret Hukuku, 1.B.,On iki Levha Yay,nc,l,k, stanbul 2017.
- ERTABAK, Ünal: Tahkim Sözle mesi ile lgili htılaflar, 2.B., stanbul 2009.
- GAILLARD, Emmanuel/SAVAGE, John: FouchardGaillardGoldman on International Commercial Arbitration, KluwerLaw International 1999.
- GÖKYAYLA, Cemile: Milletleraras, Tahkimde Ad Hoc Tahkim ve Kurumsal Tahkim, U ur

- Alacakaptanға Arma an, 2008.
- HAMIDA, Walid Ben/CLAY, Thomas: Løargent dans løarbitrage, 2013.
- HOBBS, Thomas: Leviathan, PenguinBooks, 1981.
- HUYSAL, Burak: Milletleraras, Ticari Tahkimde Tahkime Elveri lilik, 1.B., Vedat Kitapç,1,k, stanbul 2010.
- LHAN, Hüseyin Af in: Tahkim Sözle mesinin Geçerlili i, 1.B., Adalet Ankara 2016.
- KARADA , zzet: Ulusal (ç) Tahkim, 1. B., Adalet Kitapevi, Ankara 2013.
- KILIÇO LU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku, 21.B.,Turhan Kitapevi, Ankara 2017.
- KOCAYUSUFPA AO LU, Necip: Borçlar Hukuku, 7.B., Filiz Kitapevi, stanbul 2017, s.130.
- KOTELN KOV, Andrey/KUROCHK N, Sergey/SKVORTSOV, Oleg: Arbitration in Russia, KluwerLaw International; KluwerLaw International 2019.
- KARAKA , Fatma Tülay: Avrupa nsan Haklar, Sözlesmesi'nde Mülkiyet Hakk, ve Kira Sözle mesi, BAT DER, 2007, XXIV(2).
- LEW, Julian David Mathew/BOR, Harris/FULLELOVE, GregoryRoy/GREENAWAY, Joanne: Arbitration in England, with chapters on ScotlandandIreland, Londra 2013.
- LOCKE,John: Second Treatise Of Government, Indiana 2015.
- MERKIN, Robert/FLANNERY, Louis: Arbitration Act 1996, 5.B., Londra 2014.
- MISTELIS, Loukas A./BREKOULAKIS, Stavros: Arbitrability International and Comparative Perspectives, Netherland 2009.
- MOSES, Margaret L.: The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 2.B., Newyork 2012.
- NOMER, Ergin/EK , Nuray/ÖZTEK N-GELGEL, Günseli: Milletleraras, tahkim Hukuku C.1, 5.B. Beta Yay,nlar,, stanbul 2016.
- O UZMAN, M. Kemal/SEL Ç , Özer/OKTAY-ÖZDEM R, Saibe: E ya Hukuku, 19.B., Filiz Kitapevi, stanbul 2016.
- ÖMERO LU, Ekin: rade Serbestisi Prensibi, 1.B., Adalet Yay,nevi, Ankara 2017.
- PAULSSON, Marike: The 1958 Newyork Convention, KluwerLaw International; KluwerLaw International 2016.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, O uz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 6.B., stanbul 2018.
- REDFERN/HUNTER: RedfernandHunter on International Arbitration, B.6, KluwerLaw International, 2015.
- ROUCHE, Jean/PO NTON, Gerald H./DELVOLVÉ, Jean-Louis: French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration, 2.B., KluwerLaw International 2009.
- ANLI, Cemal: Hukuki Mütalaalar,m, 1.B., Vedat Kitapç,1,k, Ankara 2016.
- ANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN- F GANME E, nci: Milletleraras, Özel Hukuk, 6.B., Vedat Kitapç,1,k, stanbul 2018.
- T, Banu: Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlar,n,n Tan,nmas, ve Tenfizi, On ki Levha yay,nc,1,k, Ankara 2005.
- S RMEN, Lale: E ya Hukuku, 4.B., Yetkin Yay,nc,1,k, Ankara 2016.
- SAMUEL, Adam: Jurisdictional Problems In International Commercial Arbitration: A Study Of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S., And West German Law, Schulthess, Zurich 1989.
- PAKSOY, Serdar/SARIALIOGLU, Simel:The Guide to Construction Arbitration, Turkey, 2.B., London 2018.
- YENER-KESKIN, Cansu: Milletleraras, Tahkim Anla mas,n,n Kurulmas, ve Etkisi,1.B., stanbul 2017.
- YE LIRMAK, Ali/ES N, smail: Arbitration in Turkey, KluwerLaw International BV, Netherlands 2015.
- YE LIRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayat,n ve Yat,r,m Ortam,n,n yile tirilmesi için Uyu mazl,klar,n Etkin Çözümünde Do rudan Görü me, Arabuluculuk, Hakem-Bilirki ilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, B.1, stanbul 2011.
- ZUBERBÜHLER, Tobias/MULLER, Klaus/HABEGGER, Philipp: Swiss Rules of International Arbitration: Commentary, Zurich/Berne 2005.
- WEBTER, Thomas H./BÜHLER, Michael W.: Handbook of ICC Arbitration, 3.B., London 2014.