

# MİLLETLERARASI TÜKETİCİ VE İŞ AKİTLERİNDE TAHKİM ŞARTININ GEÇERLİLİĞİNE DAİR FRANSIZ YARGITAYININ VE DOKTRİNİNİN GÖRÜŞLERİ

Prof. Dr. NİHAL ULUOCAK\*

## I. Genel Olarak

Tüketici ve işçinin, satıcı ve işveren karşısında, anlaşmada zayıf, dolayısıyla korunmaya muhtaç taraf olarak algılanması, karşılaştırmalı iç ve uluslararası düzenlemelerde özel koşulların öngörülmesine neden olmuştur. Tüketicinin korunması 1980 yılına doğru devletlerin iç hukuklarında özel yasalar çıkarmalarına yol açmıştır<sup>1</sup>.

Uluslararası düzeyde de tüketici ve iş sözleşmeleri hakkında özel düzenlemelere gidilmiştir. Bunlar, bir yandan bu sözleşmelere uygulanacak yasa, diğer yandan bu anlaşmalardan çıkabilecek ihtilaflar hakkında, milletlerarası alanda yetkili mahkemenin tayini açısından taraflara tanınabilecek yetkinin sınırlarına dairdir.

Tüketici ve iş sözleşmelerinde ihtilafa uygulanacak yasa açısından “irade muhtariyeti” prensibinin, tüketici ve işçiyi koruyacağı düşüncesiyle, önemli ölçüde sınırlandırıldığı görülmektedir. Örneğin İsviçre D.Ö.H. yasasında tüketici sözleşmelerinde, hukuk seçimi tamamen bertaraf edilmiştir (m.120/2.). Ve genelde tüketicinin mutad meskeni yasasına yetki tanınmıştır (m.120/1). Buna karşın aynı hukuk düzeninde iş akitlerinde taraflara, sınırlı bağlanma noktalarından hareketle, hukuk seçi-

\* İÜ. Hukuk Fakültesi emekli Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Ayrıntılı karşılaştırmalı hukuk için: Rev.Crit. 1976. 447-471; 1977. 635; 1980. 434; 1981. 247 ve dev; Ayrıca, Etudes suisses de DI, Vol. 22, Geneve, 1981: Protection du consommateur et des contrats internationaux et le contrat du travail; BATIFFOL-LAGARDE, DIP, C. II, s. 279, 472 ve dipnot. 11; AB'nin bu konudaki düzenlemeleri için Rev.Crit. 1999. 858-867.

mi imkânı verilmiştir (m.121/3)<sup>2</sup>. Diğer hukuk sistemlerinde hukuk seçimine yer verilse de, tüketici ya da işçinin menfaatini sağlayan kanuna öncelik tanınmıştır<sup>3</sup>.

Diğer yandan milletlerarası yetkili mahkemenin taraflarca bu tür sözleşmelerde tayinine yönelik yetki anlaşmalarına da sınırlama getirildiği görülmektedir. İsviçre D.Ö.H. yasasında, “İsviçre hukukunca öngörülen bir mahkemenin taraflardan birine sağladığı korumadan, sonuncuyu adalete aykırı biçimde mahrum eden mahkeme seçimi sonuç doğurmaz” (m.5/2). Bu genel kuralın ışığında aynı yasanın tüketici ve iş sözleşmelerinde tüketici ve işçi lehine mahkemelerin milletlerarası yetkisinin saptandığı görülmektedir (m.114-115). Fransız içtihadında da aynı yönde eğilim gözlenmektedir; Brüksel sözleşmesinin tüketiciler hakkındaki 13. maddesi (1978 tadilatı), kamu düzeninden sayılmaktadır. İş akitlelerinde ise yargıtay yetki konusundaki şartı sınırlı kabul etmiştir<sup>4</sup>.

Türk hukukunda bu tür sözleşmelerde tüketiciyi ve işçiyi koruyucu sınırlamalara yer verilmiştir<sup>5</sup>.

## II. Milletlerarası Tüketici ve İş Sözleşmelerinde Tahkim Şartı

Borç ilişkileri arasında, d.ö.h. açısından özel bir konuma sahip oldukları açıklanan bu tür sözleşmelerde tahkim şartının geçerliliği konusunda, incelenecek Fransız içtihadında ve de doktrininde, milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası yetki kurallarının göz ardı edilmediği görülmektedir. Örneğin iş sözleşmesinde, işin Fransa’da görülmesi halinde tahkim

<sup>2</sup> Bu konuda: Alm. giriş yasası (1986), m.29,30; Fr. Hukuku açısından, BATIFFOL, L., Traite’de DIP, c.II, s. 477 ve dev.

<sup>3</sup> Rev.Crit. 1990. 505; Bu konuda Yarg. HGK kararı, 7.6.1989 YKD. 1990. 179; AB bünyesinde geçerli Roma Sözleşmesi, m. 5,6; LAGARDE, Rev. Crit. 1991. 287 ve dev.; ayrıca, ATAMER, Y. IHFM. 1996. 421. 446; 2675 s. yasanın 24. maddesinin bu konularda yetersizliği kanımızca aşikardır; tüketici ve iş sözleşmelerinde ayrı düzenlemelerin gerekliliğine inanmaktayız. Bu maddeyle ilgili, NOMER, D.H.H, 1999. 269-273. TEKİNALP, G. M.Ö.H, 1992. 269-270;

<sup>4</sup> ANCEL-LEQUETTE, Grands arrêts de la jurisprudence fr, 1992. 566-567; Rev. Crit.1998 . 98 ve dev., Fransız yargıtayı kararı.

<sup>5</sup> NOMER, E., Devletler özel hukuku, 10. bası, 2000, 392, dn. 254.

şartı ileri sürülemez, yabancı ülkede işin icra edilmesi durumunda ise şartın etkili olabileceği kabul edilmiştir<sup>6</sup>. Ancak bu aşamada, tahkimde yetki konusunda karar merciinin hakem mi, yoksa devlet hakimi mi olacağı sorununun çözümü içtihat ve doktrinde "tahkim şartının niteliği" tartışmasına yol açmıştır; Fransız uygulamasında yargıtay yeni bir kararında, "milletlerarası tahkim şartının, ihtilafın ticari niteliği koşulu aranmaksızın geçerliliği ve hakemin bizzat yetkisini tayin etmesi ilkeleri gözönünde tutularak bunların sonucu olmak üzere, devlet yargıcının tahkim şartının geçerliliği hakkında öncelikle karar verme yetkisi bulunmadığını" kabul etmiştir (5 Ocak 1999 t. ZANZİ kararı, Rev.Crit. 1999 546-547). Bu "yetki-yetki" prensibi (competenz-competenz), milletlerarası tahkim hukukunda kabul edilmiştir<sup>7</sup>.

#### A. Milletlerarası Fransız Tüketici Sözleşmelerinde Tahkim Şartı:

1. Genelde milletlerarası tüketici sözleşmelerinde özellikle Fransa'da yerleşmiş tüketiciler hakkında tahkim koşulunun, tahkim prosedürünün pekçok tuzak, hile v.s. gibi riskleri içermesi gözönünde tutulduğunda, hatta maddi koşullar da eklendiğinde, bu kişileri zayıf ve çaresiz kıldığı görüşü benimsenmektedir. Hatta Fransız Medeni Hukukunun 2061. maddesinin gerekçesinde bu endişe yatmaktadır, şöyle ki, bu maddeye göre "yasada başkaca öngörülmedikçe, tahkim şartı batıldır". Doktrinde tüketicinin aynı nedenlerle uluslararası alanda da bu madde kapsamında korunması gerektiği görüşü savunulmaktadır<sup>8</sup>.

Fransız yargıtayının bu konuda değişik bir sonuca varan son kararına konu olan olay şöyledir: Ocak 1990 yılında bir Fransız, İngiltere'de sınırlı imal edilen Jaguar marka otomobillerin Fransa'da satışını yapan Jaguar şirketi ile, bu marka bir otomobilin üç milyon frank karşılığında, kısmen peşin ödemeli, satımı hakkında bir anlaşma yapıyor. Alıcı oto-

<sup>6</sup> Rev.Crit. 1986. 113, *Allard kararı*; 1999. 757, *Air Zaire kararı*; bu yargıtay kararlarının tahkim şartına teşmili, Rev.Crit. 1999 757.

<sup>7</sup> İsv.D.Ö.H. yasası, m. 186/1; İngiltere'de, Arbitration Act, 1996, m. 30; Alman Usul Yasası, 1997 t. yasa ile değişik, m.1040; ICC, 1 Ocak 1998, m. 63; son Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu Taslağı, m. 14.

<sup>8</sup> JARRASSON, "La clause compromissoire", Rev. Arb., 1992. 259 ve dev.

mobilin nitelikleri bakımından yanıldığını anlayarak 1993 yılında Jaguar France ile İngiliz Limited Şirketlerine Fransa'da dava açarak, satımın iptalini, peşin ödemelerin iadesini talep ediyor. Davalılar satım aktinde yer alan, Londra Law Society başkanının göstereceği bir hakem önünde ihtilafın çözümleneceğine dair, tahkim şartını ileri sürüyorlar.

Paris Bidayet mahkemesinin yetki itirazını reddeden kararına karşı, İstinaf mahkemesi tahkim şartının geçerliliğini kabul ediyor. Ve son aşamada bu karara karşı yargıtaya, temyiz başvurusunda bulunan davacı, şu gerekçeleri ileri sürüyor:

“Sırf kişisel bir kullanıma tahsis amacıyla alıcının yapmış olduğu satım sözleşmesi, Fransız Usul Yasasının 1492. maddesinde öngörülen, milletlerarası ticari ilişkilerin çıkarını ilgilendirmemektedir, ve bu sözleşme, İngiltere'de herhangi bir ödemede bulunulmadığı için, bu ülkeye bir para transferini de öngörmemektedir; ayrıca Fransız hukukunun emredici kuralları ve Fransız milletlerarası kamu düzeni bir meslek erbabı (satıcı) ile bir tüketici arasında yapılan bir sözleşmedeki tahkim koşulunu engelleyecektir, dolayısıyla davaya el koyan mahkeme yetkilidir”.

Fransız Yargıtayının kararı ise şöyledir:

“İstinaf mahkemesi otomobil satışına ilişkin bahis konusu anlaşmanın açıkça içerdiği tahkim şartını, ilişkinin Fransa ile İngiltere arasında mal ve para transferini öngördüğünü, dolayısıyla milletlerarası ticari çıkarları içerdiği, taraflardan birinin kişisel kullanımına yönelik bir mal satımının burada öneminin olmadığı gerekçelerinden hareketle, tahkim şartının milletlerarası hukukta bağımsızlığı olgusuna dayanarak, milletlerarası kamu düzeni istisnası gözetilmek suretiyle, kabul etmiştir. Dolayısıyla isabetli olan bu tesbitler ışığında, hakem, kararı icra aşamasında hakim kontrolüne tabi olmak üzere, ihtilafın tahkime müsait olup, olmadığı hakkında bizzat yetkisini saptama durumundadır. Bu nedenlerle... reddine”.

2. Kararın yorumu doktrinde şu görüşlere yer vermiştir;

Yargıtay kararındaki ana fikir şöyle tanımlanmıştır: *Sözleşme milletlerarası ticari çıkarları ilgilendirdiği süre, malın özel bir kullanıma tahsisi-*

*nin önemi bahis konusu edilmeksizin, tahkim şartı geçerlidir.*

Burada bir sözleşmenin “milletlerarası ticari çıkarları” ilgilendirmesinde kriter olarak Fransız doktrininde ilişkinin karşılıklı edimlerinin sınırı aşan bir “gel-git” olayını içermesi gösterilmektedir.

Başka bir deyişle akdin sadece “yabancı unsur” içermesi (örneğin taraflardan birinin For’a göre yabancı olması, ya da sözleşmenin tüm unsurları itibarıyla bir ülkede temerküz etmesine karşın, seçilen hukukun yabancı bir devlet yasası olması gibi v.s...) yeterli olmayıp<sup>9</sup>, iki ülke arasında mal ve para transferi zorunlu görülmektedir<sup>10</sup>. Olayda otomobili satan, Fransa’da bağımsız imtiyaz sahibi kişi olarak satımı gerçekleştirmiş olsaydı, ekonomik açıdan satım sınır ötesi sonuç doğurmayacaktı. Doktrinde ifade edildiği gibi, bu durumlarda alım-satım ilişkisine giren tüketici, hatta satım sonuçlandığında, “milletlerarası ticari çıkar” ilişkisinin farkında olmadan satıcının tahkim şartına muhatap olmaktadır. Dolayısıyla haklı olarak ifade edildiği gibi, esasta tüketicinin bu gerekçeden hareketle risk altına sokulması savunulamaz<sup>11</sup>.

Yargıtay kararında uygulanan diğer hüküm, yukarıda da belirtildiği gibi, şöyledir : “*Hakem, milletlerarası kamu düzeni kurullarını saklı kılarak, kararın iptali gerektirdiği konusunda başvuru halinde, hakimin denetiminde olmak üzere , ihtilafın tahkime elverişliliğini, bizzat kendi yetkisi açısından araştıracaktır*” .

Doktrin burada tartışılacak hususun, bu “milletlerarası kamu düzeni kurullarının” tüketici sözleşmelerinin tahkime tabi kılınması ya da bunun reddi konusundaki etkinliği ve içerdiği maddi hukuk normları olduğunu ifade etmiştir<sup>12</sup>.

Denebilir ki ilk aşamada henüz ihtilafı durum ortaya çıkmadan tüketici tahkim yolunu benimseyebilir. Ne var ki tüketici bu prosedürün sonuçlarını tahmin etmekten çoğu kez âcizdir. Ancak o bu yola bilinçli

<sup>9</sup> Krş: 2675 sayılı MÖHUK m.1 ve 24 maddelerdeki “yabancı unsurlu (akit)” tanımlaması.

<sup>10</sup> Milletlerarası akit (contrat international) tanımlaması doktrinde Fransız H. BATIFFOL tarafından savunulmuştur.

<sup>11</sup> HEUZE, V., Rev. Crit. 1998.92-93;

<sup>12</sup> Ibid.

olarak da başvurmuş olabilir. Bu durumda da, tüketici sözleşmelerinin mahiyeti icabı tahkime müsait olmadığı düşüncesinden hareketle, hake-min kendi kararının milletlerarası kamu düzeni kuralları nedeniyle, yargıç tarafından iptal edilebileceği düşüncesiyle, kendini yetkisiz kıl-ması yolu açılmış olmakla, tüketici başvurduğu yolun akamete uğra-ması gibi bir durumla da karşılaşabilecektir.

Fransız Medeni Kanununun 2060. maddesinde, “Kamu düzenini ilgilen-diren konularda tahkime gidilemez” hükmü yer almaktadır. Hakem, ka-rarı ile kamu düzenini ihlâl edemez. Dolayısıyla Fransız yargıtayı yuka-rıdaki kararında tahkim anlaşmasının hakemi, özellikle tüketiciyi koru-maya yönelik milletlerarası kamu düzeni kurallarını uygulamakla yü-kümlü kıldığını kabul etmiştir.

Ancak, tüketici sözleşmelerinde tahkim engelleniyorsa, sonuncuların korunması açısından, burada “milletlerarası kamu düzeni kuralı”nın da bu açıdan içeriği boşaltılmış bulunuyorsa, o halde bu “milletlerarası ka-mu düzeni” kuralına başvurmanın anlamı kalıyor mu?

Denebilir ki, Fransız Yargıtayı, ihtilâfın tahkime elverişliliğinde, millet-lerarası kamu düzeni kurallarının gözetiminde, hakemin yetkisini saptama-sını isterken, ihtilafın, ülke mahkemesi yargıcı önünde tüketicinin nasıl korunarak hakkı aranıyorsa, aynı titizlikle hakemin de bu yönde davranması gereğini vurgulamıştır<sup>13</sup>.

Fransız Yargıtayının Kararında vurgulanan son bir husus, “*iç hukuktaki tüketici ilişkileri ile milletlerarası ticari çıkarları harekete geçiren tüke-tici ilişkileri arasındaki farkın, milletlerarası hukukta tahkim şartının bağımsızlığına dayandırılması*”dır.

Doktrinde bu “milletlerarası hukuk”a göndermenin istismar edilmeme-si gereği, zira burada milletlerarası kaynaklı bir hukukun bahis konusu edilemeyeceği, çünkü bu hukukta tüketici tarafından akdedilmiş millet-lerarası sözleşmelerde tahkim anlaşmalarını geçerli kılan bir kuralın bu-lunmadığı” ifade edilmiştir (HEUZE, s. 93)

Fransız hukuku açısından 1958 tarihli Newyork Sözleşmesinin kaynak gösterilemeyeceği, Sözleşmenin tahkim anlaşmalarının geçerliliğini,

<sup>13</sup> Rev. Crit. 1998.92.

zorunlu kılmadığı (m. V' deki koşullar), dolayısıyla burada "milletlerarası maddi bir norm" dan bahsedilemeyeceği savunulmuştur; Sözleşme de tahkimin geçerliliği yasalar çatışması kuralına göre yetkili hukuk uyarınca saptanacağına göre, bu konu hakemin ihtilâfa el koymasından önce çözüleceğinden, buradan da tüketici sözleşmelerine kaynak bulunamaz, denilmiştir.

Bu açıklamaların ardından, Fransız hukukunda yargıtayın dayandığı "milletlerarası hukuk"un, milletlerarası özel hukuk ilişkilerine dair Fransız hukukunun maddi normlarının tümünün bahis konusu olduğu ve özellikle de "tahkim şartının bağımsızlığı" prensibinin kaynağının Fransız içtihadı olduğu, belirtilmiştir<sup>14</sup>. Doktrinde, Fransız yargıtayının tüketici sözleşmelerinde, tahkim şartının bağımsızlığına gitmeden evvel, bu prensibin sınırlandırılması konusunda eline geçen bu olay nedeniyle fırsatı değerlendirebileceği, tahkim şartının ilişkilerin tümü ne olursa olsun, bağımsızlığının savunulmasının, iç hukuk verileri açısından isabetli görülmediği, değerlendirilmesi yapılmıştır (Rev. Crit. 1998.96).

Sonuç olarak, denebilir ki, Fransız içtihadındaki bu karar, (21 Mayıs 1997, *JAGUAR* Kararı, Rev.Crit. 1998. 87 ve dev.), Fransız hukukunda son yıllarda yürürlüğe giren, 1 Şubat 1995 tarihli Tüketici Yasasının yarattığı olumlu gelişmenin göstergesi olabilir. Adı geçen Yasa, AB'nin 5 Nisan ve 22 Temmuz 1993 tarihli yönergelerine uyularak yeniden düzenlenmiştir. "Milletlerarası ticari çıkarları ilgilendirdiği" yolundaki kavram, Fransız Tüketici Yasasının 135-1 maddesi ile kaldırılmıştır<sup>15</sup>. Maddede bunun yerine, AB ülkelerinden birinde oturmak (tüketici açısından) ve sonuncunun teklifi burada alması, anlaşmayı burada yapması ya da tenfiz etmesi gibi koşullar yer almaktadır. Ve Yasada (m. 132-1), tüketici aleyhine, onu istismar eden, onun hakkını tüm hukuk yollarından aramasını engellemediği ölçüde, tahkime gidebileceğini öngören hükümler yer almaktadır. Ancak tüketici ilişkisinin, AB üyesi devlet vatandaşları ile üçüncü bir devlet vatandaşı arasında gerçekleşmesi halinde

<sup>14</sup> GOLDMAN, J.; cl. international, fasc. 586-1, n: 22;

DAVID R., L'Arbitrage dans le commerce international, *Economica*, 1982, n: 188.

<sup>15</sup> Fransa'da 1989/da Newyork sözleşmesinin m.I/3 deki "ticari ihtilâf" çekincesini kaldırmıştır.

“milletlerarası ticari ilişki” kavramına yer verileceği, doktrinde bir olumsuzluk olarak ifade edilmiştir (HEUZE, Rev. Crit. 1998.97).

## B. Milletlerarası Fransız İş Sözleşmelerinde Tahkim Şartı:

1. Fransız içtihadı yukarıda incelenen *JAGUAR* kararında (1997), tahkim şartını tüketici sözleşmesinde kabul etmiş olmasına karşın, yüksek mahkeme incelenecek son kararlarında (16 Şubat ve 4 Mayıs 1999 ) iş sözleşmesinde tahkimi reddetmiştir. İlk olayda Fransız İstinaf mahkemesi tahkimi reddetmiş, ikincisinde ise, Bidayet (İş) Ve İstinaf mahkemelerinin tahkimi kabul etmelerine karşın, Fransız Yargıtayının Sosyal Hukuk Dairesi, bu kararı iptal etmiştir.

*İlk olayda*, bir İsveç vatandaşı 1991 tarihli iş sözleşmesi ile bir Fransız şirketi tarafından işe alınır. Sözleşmede Stockholm (İsveç) Ticaret Odasının tahkimi kabul edilir. İşçinin bir yıl sonra işine son verilmesi üzerine, sonuncu Fransız iş mahkemesine başvurarak, tazminat talebinde bulunur. Fransız şirketi tahkim şartına dayanarak, mahkemenin yetkisine itiraz eder. Fransız İstinaf mahkemesi, İş mahkemesinin yetkisini kabul eder. Fransız şirketi kararı, şu gerekçelerle, temyiz eder: “İstinaf, Fransız İş mahkemesinin yetkisini kabul ederken, *Fransız milletlerarası yetki kurallarını ihlâl etmiştir*, şöyle ki: bu yetkiyi yasalar çatışması kurallarına dayandırmıştır. Zira Roma Sözleşmesinin (1980) akit serbestisini öngören maddesindeki, yetkili hukukun belirlenmemiş olması halinde, akdin icra yeri hukuku olarak, Fransız hukukunun yetkisine dayanmıştır; diğer yandan, işçi İsveç’de, İsveç dilinde kaleme alınmış bir iş sözleşmesi ile işe alınmış, akdi orada imzalamış, İsveç tahkim kurumunun yetkisi tanınmış, İsveç hukukuna uygun bir emeklilik planı işçi için öngörülmüştür; dolayısıyla *sözleşme, tartışmasız bir uluslararası sözleşmedir*; bu nedenle, Fransız iç hukukunun (İş Yasası ve Medeni Kanun) olaya uygulanması, tahkimi reddeden kuralın nazara alınması isabetsizdir; son olarak işçi, sözleşmeyi bir grup İsveçli işveren ile yapmıştır. Amaç, şaraplarının Avrupa’da satışını sağlamaktır. Bu nedenle Fransız şirketi ile anlaşma, tâli olmak üzere, şarapların Fransa’da satımını sağlamak amacıyla (Bordeaux’da) yapılmıştır, dolayısıyla *iş yeri İsveç’dir*.

*Yargıtayın Kararı* ise şöyledir; “Bir iş sözleşmesine konulan *tahkim*



*şartı*, uygulanan kurallar çerçevesinde Fransız yargısına başvuran işçiye karşı, sözleşmenin tabi olduğu kanun ne olursa olsun, ileri sürülemez; İstinaf mahkemesi İsveç vatandaşı işçinin, Fransa'da merkezi bulunan Fransız şirketinin hizmetinde olarak, *bu ülkede iş icra ettiğini saptamış olmakla*, Bidayet (iş) mahkemesi ihtilâfi çözmeye yetkilidir; İstinafın tahkimi reddeden kararı isabetli olup, temyiz ... reddine" (16 Şubat 1999, Dev. Crit. 1999. 746-747).

*İkinci olayda*; Bir Belçika vatandaşı, 1986 yılında, iş takipçisi mühendis olarak, İsviçre şirketi tarafından, Fransa'da işin icrası için, işe alınıyor. İş sözleşmesinde şu cümleye yer veriliyor: "Bu anlaşmanın icrası ya da yorumundan doğacak her anlaşmazlık, tahkime ilişkin İsviçre Konkordato'sunun tanımladığı biçimdeki tahkime tâbi olacaktır; tahkim mahkemesinin yeri Lozan'dır". Belçika'nın işine ekonomik nedenle son verilir. Sonuncu 1995 yılında Fransız İş mahkemesine tazminat davası açar. *İstinaf mahkemesi*, kendisini yetkisiz gören Bidayet (iş) mahkemesinin kararını şu gerekçe ile onaylar: "Davacı işçi tarafından ileri sürülen, 16 Eylül 1988 tarihli olup, 5 Şubat 1992 tarihinde Fransa'da yürürlüğe giren dolayısıyla 1986 tarihli iş sözleşmesinden sonra etkinlik kazanan Lugano Sözleşmesi olayda uygulanamaz; dolayısıyla tahkimi reddeden, sözleşmenin 1. maddesi (fıkra 4), nazara alınamaz; iş sözleşmesi 6. paragrafında, İsviçre Borçlar Kanununun 10. faslına tâbi kılınmıştır, aynı metnin 7. paragrafında öngörülen yegâne istisna, işveren tarafından fesih süresine ilişkindir. Bir Belçika'lı ile İsviçre şirketi arasında akdedilen iş anlaşması açıkça İsviçre hukukuna tâbi kılınmış ve taraflar bu yasayı kabul etmişlerdir; dolayısıyla anlaşmada yer alan tahkim şartı geçerlidir, ve Fransız Yasasının 2060 nci ve Fransız İş Kanununun 511-7 ve 517-7 nci maddelerinin uygulanmasını bertaraf eder".

*Yargıtayın kararı* ise şöyledir; işçi, iş mahkemesi önünde davasını 4 Temmuz 1995'de açmıştır ve Fransa'da işini icra etmektedir, bu nedenle bir yandan İş mahkemesinin davaya el koyması, Fransa ile İsviçre arasındaki, 16 Eylül 1988 tarihli Lugano Sözleşmesinin 1 Ocak 1992'de yürürlüğe girmesinden sonra vuku bulmuştur, bu sözleşme 54. maddesi uyarınca uygulanmaktadır, diğer yandan sözü edilen Sözleşmesinin 5/1. maddesine göre Fransız Yargısı ihtilâf hakkında karar vermeye yetkilidir. İstinaf mahkemesi bu belirtilen nedenleri ihlâl etmiştir; bu nedenle kararın iptaline..." (4 Mayıs 1999, Rev. Crit. 1999. 747-748).

2. Fransız Yargıtayının Kararının yorumunda doktrinin değişik açılardan değerlendirmeleri görülmektedir.

Fransız yargısı, her iki karar karşılaştırıldığında, tahkimin geçerliliği hakkında *değişik kriterlerden* hareket etmiştir; şöyle ki, *ilk olayda*, Fransız İstinafi, yasalar çatışması kuralından hareketle, milletlerarası yetkiyi saptamış (akit kanunu belirlenmediği için, akdin icra yeri hukuku nazara alınarak, işin görüldüğü yer olan Fransız hukukunu, yani, iç hukukun tahkimi reddeden kurallarını uygulamıştır); ikinci olay' da ise, bir yandan milletlerarası yetkiyi saptayan Lugano Sözleşmesini, dolayısıyla tahkimi reddeden maddesini usulî nedenle bertaraf ettikten sonra, iş akdinin tabi olduğu İsviçre hukukunu (*Lex contractus*) kabul ederek, tahkim şartını geçerli addetmiştir.

Fransız Yargıtayı da, ilk olayda, İstinafin kararını aynı gerekçelerle onaylamış, ikinci olay' da ise, her iki Devlet arasında geçerli milletlerarası yetki anlaşmasına dayanarak, Fransız mahkemesini yetkili saymıştır. Bu durumda, doktrinde haklı olarak, bir ihtilâfin tahkime müsait olup, olmadığı hakkında, *hangi metod uygulanacaktır*, şayet her konuda tahkime gidilemeyeceği farz edilirse, *ayırım çizgisinde hangi kriter nazara alınacaktır*, sorusu tartışılmıştır.

*Hangi metodun uygulanacağı*, görüşünden hareket edildiğinde, yasalar çatışması, veya maddi normlar metodu, ya da tahkim şartının mutlak bağımsızlığı prensibinin teyidi, uygulaması düşünülebilmektedir.

Yargıtay Sosyal Hukuk Dairesi önceki bir kararında *akit kanununa* yer vermiştir; tahkimi, iş sözleşmesinde yetkili kılınan Fransız Kanununu uygulayarak, batıl saymıştır. Bu metod, bir yandan yasalar çatışması metodunun uygulanması, diğer yandan yasalar çatışması kuralının içeriği açısından eleştirilmişti; "*Lex Causae*" yerine, "*Lex Fori*", ya da tahkim anlaşmasına uygulanan yasa (akit kanunundan farklı ise) tercih edilmişti<sup>16</sup>. Görüldüğü gibi *yargıtay*, son kararlarında yasalar çatışması metodunu terk etmiştir: "*Sözleşmede yer alan tahkim şartı, uluslararası iş sözleşmesine uygulanan hukuk ne olursa olsun, işçiye karşı ileri sürülemez*". Denebilir ki Yargıtay kararında tahkim şartının bir tür bağım-

<sup>16</sup> Rev. Crit. 1986.49, 12 Şubat 1985 t. *Chauzy Kararı*; bu kararın yorumundaki doktrin görüşleri.

sızlığını teyit ediyor, ancak önceki bir kararın aksine<sup>17</sup>, bu şartı iptal etmek için bu gerekçeyi kullanıyor.

Akit kanununun yetkisinin terki doktrinde kabul görse de, yasalar çatışması metodunun tümünden reddedilmesi benimsenmemektedir<sup>18</sup>. Tahkim şartının mutlak bağımsızlığı kabul edildiğinde, şart her konuda geçerli sayılacak ve her ihtilâf tahkime açık olacak. Ancak Mme GAUDEMETTALLON'un etkin formulüne göre, "Bir hukukî işlem prensip olarak geçerli değildir; o, ancak bu işleme mantıken tekaddüm eden, şekil ve esasa ilişkin koşulları vaz eden kurala uygun olarak gerçekleştirilmiş ise, geçerlilik kazanır; bu koşullar hafif olabilir, ancak yok sayılamazlar"<sup>19</sup>. MAYER'de, "Bizzat hakem, hiç bir devletin kuralı onu bağlamasa da, esasa ve şekle ilişkin koşulların varlığına hassas davranacaktır, verdiği kararın bir devlet düzeninde tanınabilmesini sağlamak amacıyla", yolunda, önceki görüşü destekler beyanda bulunmuştur<sup>20</sup>.

Görülüyorki Yargıtay, tahkim şartının geçerliliğini ya da, ileri sürülebilirliğini sınırlandırmaktadır.

*Maddi normlar oluşturmak*; Yargıtay milletlerarası tahkime özgü maddi normlar oluşturarak, tahkime gidebilme sorununun çözümünde mahkemenin yarasına yetki tanınması gereği fikrini benimsemiştir. Burada milletlerarası tahkim şartının kazai niteliği ön plana çıkarılmaktadır; aynen mahkemenin milletlerarası yetkisinin seçimine ilişkin kurallarda olduğu gibi, milletlerarası bir yetki ihtilafının çözümü bahis konusudur. Yorumu yapılan bu kararlar, *For*'un yani Fransız kavramlarının ön plana çıkarıldığı önceki içtihat doğrultusunda ifade edilmektedir.

*DALICO* Kararının hatırlanması yeterli: Kararda, "Varlığı ve etkinliği tarafların müşterek iradesi ile değerlendirilen tahkim şartının, Fransız hukukunun emredici kuralları ve milletlerarası kamu düzeni gözönünde tutularak, hukukî bağımsızlığı kabul edilmiştir".

<sup>17</sup> Rev. Crit. 1974.82, *Hecht Kararı*, LEVEL'in yorumundaki doktrin görüşleri.

<sup>18</sup> Rev. Crit. 1994. 663 *Dalico Kararı*, 20 Aralık 1993; bu kararın yorumu yapan MAYER, Milletlerarası bir tahkim kuralından bahsedilemeyeceğini beyanla, bir hukukî düzenin öncelikli yetkisini savunmuştur, s.667-672.

<sup>19</sup> Rev. Arb., 1991. 453, 469.

<sup>20</sup> MAYER, "L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa compétence, naklen, Rev. Crit. 1999.750, dipnot.9.

Formül, belirsizliğe yol açtığı gerekçesi ile doktrinde oldukça kapsamlı biçimde yorumlanmış ve eleştirilmiştir (Rev. Arb. 1994.125). Bu defa Yargıtay, kararına açıklık getirmiştir: “*Milletlerarası bir iş akdine konan tahkim şartı, normal yetkili Fransız mahkemesine başvuran işçiye karşı ileri sürülemez*”.

*For* kavramlarının devlet yargıcı açısından müdahalesi, bir *For*'a sahip bulunmayan hakem açısından sorun yaratmayabilir. Bilindiği gibi o “*yetki-yetki*” prensibini uygulayarak, ihtilâfın tahkime elverişliliği hakkında karar verebilecektir; ancak, hakem yetkisini hangi kurallara göre saptayacaktır: toplumlar üstü kurallardan, ulusal kavramların farklılığı gözetildiğinde, bahsetmek mümkün görülmediğine göre, o da ihtilâfı, tahkim açısından, bir mekâna dahil edecektir; iki varsayım doktrinde ileri sürülmüştür: ya, kararının tenfizinin isteneceği yere, ya da ihtilâf konusu olan çıkarların korunduğu mahalle, itibar edecektir (Rev. 1999.752-753).

İhtilâfların tahkime elverişli olup, olmadığı sorununun ne denli karmaşık olduğu görülmektedir. Doktrin bu konuda daha etraflı yorumlar yapmaktadır. Genelde, tahkimin engellenmesi bir devlet uygulamasından kaynaklanıyorsa, hukukî dayanağının bir emniyet ve asayiş kuralı içeren yasa olduğunda doktrin hemfikirdir. Nitekim *MAYER* bu konuda verdiği örnekte, devletin, bir iş sözleşmesinde, ücretli çalışanın korunması amacı ile, yasada tahkimi engellediğini beyanla işin görüldüğü yer yasasının, ki genelde yetkili hukuk olarak iş akitlerinde uygulanır, aynı zamanda tahkime gidilebileceğini de (ya da aksini) saptamasının isabetli olacağını beyan eder. Aynı yönde *LALIVE*, “tahkimin, ihtilâfın esasına sıkı sıkıya bağlı olduğunu, dolayısıyla bu konuda, yani tahkimin mümkün olup, olmadığını, esasa uygulanan yasaya göre tesbit etmenin isabetli olacağını” kabul eder. Yine doktrinde, aynı konuda “*Lex Fori*”nin yetkisi, şu farkla ki, tahkime gidebilme koşullarının gerçekleşip, gerçekleşmediğinin saptanmasında, ihtilâfa uygulanan kanuna bakılmak suretiyle, önerilmiştir<sup>21</sup>.

Fransız doktrininde ileri sürülen tüm bu görüşler, gerekçeleri ne olursa olsun (*Lex causae*, *Lex fori*, maddi norm) sonuçta, Fransa’da icra edi-

<sup>21</sup> Rev. Crit. 1999.752, dipnot: 14 ve 15

len bir iş hakkında tahkim şartının işçiye karşı ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır.

Fransız Yargıtayı da, Fransız mahkemelerinin normal olarak yetkili oldukları hallerde, tahkimin işçiye dermeyanını reddetmektedir. Bu yetki, milletlerarası yetki kurallarına dayanılarak da saptanabilmektedir.

Denebilir ki, Yargıtayın da kararından anlaşılacağı gibi, iş sözleşmelerinde “*zayıf tarafın*” korunması ilkesi, en belirgin nedeni, genelde, oluşturmaktadır<sup>22</sup>.

Fransız içtihadında bu sonuca, Fransız İş Yasasının m. 511-1, fıkra 6’da yer alan kuralın, milletlerarası alanda uygulanması ile varılmaktadır: “yalnızca iş mahkemeleri yetkilidir. Bu kurallardan sapan her anlaşma yok sayılır”. İç hukukta tahkimin yasaklanmasını haklı kılan nedenlerin, bazen “*a fortiori*” uluslararası alanda da varlığı gözlenebilir; işçiye masrafsız yargı yolunun sağlanması ve sendikaların dava hakkından yararlanmaları...

Fransız içtihadı tek değildir; karşılaştırmalı hukukta, hatta tahkime en taraftar hukuklar dahil bu kısıtlama yer almaktadır. Bu yönde İsviçre hukuku; iş hukuku konusunda yetkili mahkemelerdeki usule ilişkin yasa da (m. 101), iş veren ile işçi (hatta kuruluşları) arasındaki ihtilâflarda tahkimin tamamen bertaraf edildiği görülmektedir. İsviçre D.Ö.H. yasasında da, bu maddede tadilât yapılmamıştır. Yukarıdaki ikinci olayda, Fransız İstinaf mahkemesi, bu açıdan İsviçre hukukunu nazara almamıştır (bu iç hukuk maddesi itibariyle).

Tahkim içtihadında da, iş hukukunun bu alan dışında mütalâa edildiği görülmektedir (bu yönde ICC Kararı, Clunet, 1978.951; olayda hakem yetkisizliğine karar vermiştir, Rev. Crit. 1999,753, dipnot 19).

Ne var ki *bu çözüm ittifakla kabul edilmemektedir*; bazıları tahkimin, iş hukukunu da dahil ederek, sahasının genişletilmesini önermektedir: tüm mamelek hukukuna ilişkin ihtilâflarda tahkim yoluna gidilebilmelidir,

<sup>22</sup> Eski bir Fransız yargıtay kararı bu konuda, 1843 tarihli olup, aynı ilkeyi benimsemiştir; ve eski Alman Usul Yasası, m.1025; “Taraflardan birinin diğerini anlaşmaya zorlamak için ekonomik ya da sosyal üstünlüğünü istismar etmesi durumunda, tahkim anlaşması sonuç doğurmaz”. Rev. Crit. 1999. 753, dipnot 16.

denilmektedir (*GAİLLARD*, 1999.753, dipnot.20). Tahkim mahkemele-  
rinin de pekâlâ işçiyi koruyan yasaları uygulayacakları gözönünde tutu-  
larak, sistemli biçimde tahkimi reddetmek onu bir “azap kapısı” duru-  
muna sokmak olur ki, bu gerçeği ifade etmemektedir, denilmiştir. Örne-  
ğin *HECHT* Kararına konu olan olayda, ekonomik açıdan eşitlik bahis  
konusu idi. Bazı ücretlilerin, örneğin yönetim kadrolarının, iş verene  
karşı zayıf durumda oldukları savunulamaz. Bu konuda *Belçika huku-  
kunda işçinin ücretine dayanan bir ayırımı gidilmektedir* (3 Temmuz  
1978 t. yasa, m.69). Ancak, Yargıtay tahkim şartının işçiye dermeyeran  
edilemeyeceğini tesbit etmiştir; mefhumu muhalifinden hareket edildi-  
ğinde, işçi, işverene karşı bu şartı ileri sürebilecektir. Dolayısıyla dok-  
trinde, tahkim şartının “ileri sürülememesinden” bahsetmenin daha isa-  
betli olduğu ifade edilmiştir; Brüksel Sözleşmesinin yeni düzenlenen  
17. Maddesindeki “yetki şartının” ileri sürülememesinden, bahsedil-  
mektedir, zira bu şart kullanan kişiye göre farklı düzenlenmektedir (s.  
755, dipnot 28).

*Yargıtay Kararının hukuki dayanağının* da doktrinde tartışıldığı ve öne-  
ri getirildiği görülmektedir; tahkimin engellenmesinin, kamu düzeni  
kriterine dayandırılması reddedilmektedir (*LABİNAL* Kararı, Clunet,  
1993.957). Daha ziyade “kullanılmayan haklar” ve “mameleki olma-  
yan haklar” kriterleri arasında tereddüt edilmektedir. “Münhasır yetki  
kuralları”, ya da “taraplardan birinin korunması” na da göndermede bu-  
lunulmalıdır.

Yukarıda incelenen ve daha önce de değinildiği gibi, yargıtay kararların-  
da “ yetki kavramından” hareket edilmektedir. Bu kararların yorumunu  
yapan hukukçu *F.SESEKE* ise, “kullanılmayan haklardan” hareketle  
sonuca ulaşmanın daha basit ve gerçekçi olacağını, beyan etmektedir  
(yorum, s. 755).

“Hakların kullanılmaması” kriteri, tahkim şartı hakkında öngörülen  
çözümü, tahkim anlaşması hakkında da uyumlu kılar: ihtilâf doğduğun-  
da işçinin hakları kullanılabilir duruma gelir, dolayısıyla tahkime gidi-  
lebilir. Uluslararası düzeyde de bu çözüm kabul edilir (Paris İstinaf  
Mahk. 4 Haziran 1992 t. kararı, Rev. Crit. 1999.758).

Tüm bu açıklamalardan çıkarılan sonuç, her iki kararın incelenmesinde,  
yasalar çatışması ile yetki ihtilâflarına ilişkin sonuçların ne denli birbi-

ri ile bağlantılı olduklarıdır. Yasalar çatışması metodu, olayda olduğu gibi açıkça bertaraf edilmiş olsa da, yetki ihtilâflarının, yasalar çatışması ihtilâflarına göre şekillendirilmesi yoluna gidilmektedir. Hakem devlet yargıcından farklı olarak, yetkisini tarafların iradesinden almaktadır. Şayet tarafların iradesi akit yarasını serbestçe seçebilmeye muktedir değilse, iş akdi konusunda olduğu gibi, bu iradenin hakeme yetki tanıyaması da anlaşılmalıdır (Rev. Crit. 1999.758).

Daha genel bir değerlendirme yapıldığında, Fransız Yargıtayının, milletlerarası tüketici ve iş sözleşmelerinde, tahkim şartının kabulü açısından farklı sonuçlara vardığı görülmektedir. Tüketici sözleşmesi hakkında, Yargıtay tahkim yolunu açmasına karşın, iş anlaşmalarında tahkimi reddetmiştir. Burada tüketicinin durumunun, sözleşmede taraf olarak işçininkinden farklı mı olduğu sorusu yöneltilebilir: ekonomik ya da sosyal açıdan zayıf olan tüketici ya da işçinin, yekdiğerine karşı, farklı değerlendirilmeleri mi bahis konusudur, yoksa Yargıtay daireleri arasında görüş ihtilâfı mı vardır? İleriki yıllardaki içtihadın bu soruları cevaplayacağı beklenebilir.