



**T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ**

**DIŞ TİCARET ENSTİTÜSÜ
WORKING PAPER SERIES**

Tartışma Metinleri

WPS NO/ 47/2016/08

TAHKİM ANLAŞMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Selvi Nazlı GÜVENÇ ULUÇLAR*

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi

Özet

Taraflar yapacakları bir tahkim anlaşması ile uyuşmazlık halinde karar verme yetkisini hakem veya hakem heyetine bırakabilirler. Önemli pratik sonuçları olan tahkim anlaşmasının hukuki niteliği öğretilerde tartışılmıştır. Bu tartışma, tahkim anlaşmasının maddi hukuka veya usul hukukuna ilişkin bir anlaşma olduğu şeklinde iki ana görüş çerçevesinde şekillenmiştir. Çalışma, bu görüşleri savunan yazarların ortaya koydukları hukuki gerekçelere yer verilerek incelenmiştir. Nihayet sonuç kısmında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ilgili düzenlemeleri incelenerek ve ilgili literatürdeki görüşlere yer verilerek konuyla ilgili bir değerlendirme oluşturulmuştur.

Anahtar Kelimeler: tahkim, tahkim anlaşması, tahkim anlaşmasının hukuki niteliği

Abstract

Contracting parties can authorise an arbitrator or arbitration board via an arbitration agreement to overcome any dispute that arise during the implementation of the contract. Legal characteristics of Arbitration agreement, which has significant practical consequences, caused debates in legal theory. This debate bases on two main views that arbitration agreement may apply to substantive law or it may apply to procedural law. This study examined two main views by placing the legal grounds of them. In conclusion a review consisting of Professional views is built in the context of Code of Civil Procedure (article no 6100) and International Arbitration Code (article no 4686).

Keywords: arbitration, arbitration agreement, legal characteristic of arbitration contract

Giriş

Maddi hukuka hâkim bir ilke olan, irade serbestisi prensibinin, usûl hukukunda uygulanmasının sonucu olarak, uyuşmazlık halinde taraflar, yapacakları bir anlaşma ile bu uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisini devletin mahkemelerinden alarak özel kişilere devredebilirler¹. Bu anlaşmaya “tahkim anlaşması” denir.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, sözleşmeye hangi hukuk kurallarının uygulanacağı, yoksa birkaç hukuk dalına ait kuralların birlikte uygulanıp uygulanamayacağı, tahkim hukukundaki yasal düzenlemeler ve bunların uygulama alanlarının belirlenmesi gibi hususlarda önem gösterir.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği hakkında öğretilerde fikir birliği yoktur. Bununla beraber, öğretilerde görüşler iki ana görüş ve bu iki görüşün dışında karma nitelik arz eden üçüncü bir görüş çevresinde gelişmiştir. Tahkim sözleşmesinin bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu savunulurken; diğer taraftan bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu yönünde de görüş vardır. Bu iki görüşten farklı olarak üçüncü görüşü savunan yazarlar tarafından, tahkim sözleşmenin saf bir maddi hukuk ve saf bir usûl hukuku sözleşmesi olmadığı, karma nitelikte bir sözleşme olduğunu savunulmuştur. Tahkim hukukundaki ihtiyaçlar ve değişen şartlar doğrultusunda oluşan yeni gelişmelerle bu görüş de tarihi süreçte, mahkeme kararlarında ve öğretilerde zaman zaman diğerlerine göre daha ağırlık kazanarak savunulmaya devam edilmiştir.

Çalışmada, yukarıda anılan görüşler hukuki gerekçeleri ve karşı argümanlarla birlikte incelenmeye çalışılmıştır. Konunun incelenmeye başlanmasından önce şu hususların belirtilmesinde fayda bulunmaktadır. Bir sözleşmenin hukuki niteliği tayin edilirken bir takım ölçütlerin gözetilmesi veya bertaraf edilmesi gerekliliği vardır. Bununla birlikte tahkim hukukunda yaşanan tarihsel gelişim ve bu gelişmelere paralel düzenlemeler getiren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, içerdikleri düzenlemeler ve bu düzenlemelere esas olan kabulleriyle bu çalışmada ele alacağımız bazı tartışmaları neticelendirmiştir.

¹ Yavuz, Cevdet; “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul, 2009, s. 133.

İki veya daha çok şahsın hukukî bir sonuç meydana getirmek üzere karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunması² şeklinde tanımlanan sözleşme, ekseriyetle Borçlar Hukuku alanının konusunu oluşturur. Bununla birlikte usûl hukukunda düzenlenmiş, teknik olarak sözleşme olan hukuki işlemler de vardır. Yetki anlaşmaları, tahkim anlaşması gibi örneklendirebileceğimiz bu sözleşmeler, akdi nitelikte olmalarının yanı sıra tarafların karşılıklı irade açıklamalarıyla kurulmaktadır.

Tahkim anlaşmasının hukuki niteliği açıklanırken, düzenlendiği hukuk alanı, irade serbestine dayanması ölçütlerinin, tek başına sözleşmenin hukuki niteliğini tespitte yetersiz ve yanlış neticelere ulaştırabilecek yönü üzerinde durulmuştur.

Bir sözleşmenin doğduğu hukuk alanı ile etkileyeceği hukuk alanı farklılık gösterebilir. Bu duruma yönelik öğretide, bir sözleşmenin hukuki niteliğinin tespitinde, irade beyanının yöneldiği sonucun esas olarak hangi hukuk alanında etki doğurmak üzere yöneldiği belirlenerek, yan etkilerinin görüldüğü hukuk dalının bu tayinde göz ardı edileceği görüşü de savunulmuştur.³

I. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Tahkim anlaşması⁴, Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK), tahkim anlaşmasının tanımı ve şekli başlıklı m. 4, f.1. de ; *“tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklınsın veya kaynaklanmasın⁵ aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek⁶ uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yolu ile çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır.”* şeklinde tanımlanmıştır⁷. Anılan hükmün son cümlesi de tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeye konulan bir tahkim şartı olarak veya taraflar arasında ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği düzenlenmiştir.

² Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, Vedat Kitapçılık, 12.bası, İstanbul, 2015,s.49.

³ Alangoya, Yavuz; Medeni Usûl Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973, s.39.

⁴ Tahkim anlaşması hakem anlaşması değildir. Hakem anlaşması taraflar ve hakemler arasında yapılan tahkim sürecine ilişkin esasların düzenlendiği anlaşmadır.

⁵ Taraflar arasındaki uyuşmazlığın akdi nitelikte olması gerekmediği, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta da tarafların tahkim anlaşması yaparak, uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesini kararlaştırılabileceğine ilişkin kanuni düzenleme.

⁶ Uyuşmazlığın belli olması ile tarafların arasındaki ilişkinin belirli olması farklıdır. Doğabilecek uyuşmazlıklar ifadesi ile belirli bir ilişkiye nispetle doğabilecek uyuşmazlıklardan bahsedilmiştir. Keza, “aramızdaki bütün çekişmeler tahkim yolu ile çözümlenecektir” şeklinde bir anlaşma geçerli olmayacaktır. Bkz: AKINCI, Ziya; Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s.104.

⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 414 de tahkim anlaşması için aynı tanıma yer verilmiştir.

Anılan madde de yapılan tahkim tanımı açısından ilk aşamada iki husus göze çarpmaktadır. Buna göre taraflar sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar için tahkim yolunu tercih edebilecekleri gibi sözleşme dışı uyuşmazlıkların çözümü içinde tahkim yolunu tercih edebileceklerdir. Bu durumda taraflar arasında haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarında çözümü tahkim anlaşmasına konu olabilecektir⁸. Taraflar uyuşmazlığın bütününe ilişkin tahkim anlaşması yapmak yerine belirli konulara ilişkin uyuşmazlıkları tahkim anlaşmasının konusu dışında da tutabilirler. Bu şekilde yapılmış tahkim şartları da geçerli olmakla birlikte tahkim anlaşmasının kapsamı dışında tutulmuş uyuşmazlıklar açısından devlet yargısına başvurulması gerekecektir⁹.

Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4. de yapılmış olan tahkim anlaşması tanımında dikkat çeken ikinci nokta ise: tarafların, konusu mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş olan uyuşmazlıkların çözümü olan tahkim anlaşmalarıyla birlikte henüz doğmamış uyuşmazlıklar açısından da tahkim anlaşmaları yapabilmeleridir. Bu halde tahkim anlaşması yapıldığı sırada mevcut olmamakla birlikte belirli bir hukuki ilişkiye dayanan ve daha sonraki bir dönemde gerçekleşecek uyuşmazlıklar da tahkim yolu ile çözümlenecektir.

Tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların uyuşmazlığın tahkim yargısıyla çözümlenmesine ilişkin iradelerinin açıkça anlaşılması gerekir¹⁰. Tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmede açıkça tahkim şartına yer vermemiş oldukları ve ayrıca bir tahkim anlaşması da yapmadıkları halde tahkim şartı içeren tip sözleşmelere atıf yapıldığı takdirde tahkim anlaşmasının varlığı kabul edilir¹¹.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkileyen diğer bir unsur şekil unsurudur. Tahkim anlaşmasının veya şartının geçerli olması için, Türkiye'nin de taraf olduğu New York Sözleşmesinin¹² II. Maddesinin 2. fıkrasında taraflarca imzalanmış yazılı bir anlaşma veya karşılıklı gönderilmiş bir mektup veya telgraf teatisinin varlığına bağlanmıştır.

⁸ Akıncı, a. g. e., s. 96.

⁹ Akıncı, a. g. e., s. 96

¹⁰ Yavuz, a. g. m., s.138-139; Kaplan, Yavuz; Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2002, s. 76.

¹¹ Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 2, son cümlesi şu şekildedir: “*Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması halinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır*”.

¹² Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Tahkime ilişkin ulusal mevzuatta ise, tahkim anlaşmasının yazılı şekilde yapılması şartı, iç tahkimi¹³ düzenleyen HMK¹⁴ m.412 f. 3 ve MTK m. 4 f. 2¹⁵ de düzenlenmiştir. Burada aranan şekil ispat şekli değil geçerlilik şeklidir. Ve tahkime ilişkin mevzuat da aranan yazılı şekil TBK m. 14 de düzenlenen adi yazılı şekildir¹⁶. Tahkim sözleşmesi yapacak vekilin açıkça yetkilendirilmesi gerekir¹⁷.

II. TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1-Tahkim Sözleşmesinin Bir Maddi Hukuk Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Tahkim sözleşmesinin taraf iradesine dayanan bir sözleşme olması sebebiyle borçlar hukuku alanında doğmuş ve etkileri yoğun olarak usul hukuku alanında meydana gelen bir medeni hukuk sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Tahkim sözleşmesinin bu özelliği sebebiyle ehliyet gibi sözleşmenin geçerliliğini etkileyen sebepler, iptali, fesih veya butlanı gibi konularda maddi hukuka tabi olduğu görüşü kabul edilmiştir¹⁸.

Öğretilen, tahkim sözleşmesinin, taraflar arasındaki hukuki ilişki üzerinde yarattığı etki gerekçesiyle, şarta bağlı bir sulh¹⁹ niteliğinde olduğu da savunulmuştur. Sulh ile tahkim anlaşması arasındaki temel fark, sulhun etkisi itibariyle uyuşmazlığı ortadan kaldırmak gibi daha mutlak bir etki yaparken, tahkim anlaşmasının uyuşmazlığın tamamen sona erdirilmesinden ziyade konusunu oluşturan hukuki ilişki üzerinde nisbî bir etkiye sahip

¹³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri, yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda uygulanır. Bu düzenleme ile ilgili milli tahkim açısından "toprak ilkesinin"nin kabul edildiği yönünde açıklama için bkz: Özbay, İbrahim; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 510.

¹⁴ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamı m. 1 de şu şekilde düzenlemiştir: "*Bu Kanunun amacı, milletlerarası tahkime ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. Bu Kanunun 5 ve 6 ncı madde hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır.*"

¹⁵ Anılan maddelerin aynı fıkrasında yazılı şekil şartı yerine getirilmediği hallerde hangi şartlarda tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulacağına dair istisnalar sayılmıştır.

¹⁶ Yavuz, a. g. m., s. 152; Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukukunun Esasları Cilt I-II, Nesil Matbaacılık, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 939.

¹⁷ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 74 te özel yetkilendirilmemiş vekilin yapamayacağı hukuki işlemler arasında tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi de sayılmıştır.

¹⁸ Özbay, İbrahim; Hakem Kararlarının Temyizi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 61

¹⁹ Sulh bir sözleşmedir, genellikle kısmî feragat ve kısmî kabul ile meydana gelir. Detaylı bilgi için; Kuru, Baki; Medeni Usûl Hukuku (Ders Kitabı), Legal Yayınevi, İstanbul, 2015, s.430 vd.

olduğu belirtilmiştir²⁰. Yine maddi hukuk sözleşmesi görüşüne uygun olarak tahkim sözleşmesinin bir haktan feragat²¹ niteliğinde olduğu söylenmiştir²².

Tahkim sözleşmesi, taraf iradelerinin sonucu olarak meydana gelmesi ile irade özerkliğinin²³ kural olduğu borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerden ayrılmaz. Borçlar Hukuku alanına hâkim bu ilke, kişilerin kendi kişisel işlerini ve özellikle sözleşmesel ilişkilerini düzenlemelerinde, kanundaki sınırlandırmalar saklı kalmak üzere kişilere sözleşme özgürlüğü (irade serbestisi) ²⁴tanır.

Tahkim sözleşmesi her ne kadar taraf iradelerinin uyuşması ile irade serbestisi ilkesi doğrultusunda kurulan bir sözleşme olsa da kanun koyucu yaptığı düzenlemelerle tahkim sözleşmesi yapılabilmesi için bazı sınırlamalar getirmiştir²⁵. Konu ve taraf²⁶ açısından getirilen bu sınırlamalara uygun şekilde kurulan tahkim anlaşmaları geçerli olacaktır.

İrade serbestisi ilkesinin tek başına sözleşmenin hukuki mahiyetini tespit etmekte yeterli olmadığı düşünülürse de, tahkimin taraflarca akdedilmiş bir anlaşmaya veya tahkim şartına bağlı olması ve tahkim sözleşmesinin kurulması ve geçerliliğine ilişkin esasların yani temsil yetkileri, ehliyet, sözleşmenin butlanı veya iptali gibi işlemlerin²⁷ borçlar

²⁰ Alangoya, a. g. e. , s.19, 20.

²¹ “ Feragat; tek taraflı olarak bir haktan tamamen veya kısmen vazgeçme sonucu doğuran tek taraflı hukuki işlemdir. Davadan feragat halinde, içeriği olan maddi hukuk işleminden doğan hak ve uyuşmazlık son bulacaktır. Şekil olarak usûl işlemi ise de içerik ve etki bakımından bir maddi hukuk işlemidir”. Kuru; a. g. e., s. 405 vd.

²² Alangoya, a. g. e, s.43.

²³ 6098 sayılı TBK m. 26: “Taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” Sözleşme serbestisinin sınırı ise madde 27 de sayılmıştır. Bu maddeye göre: konusu; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız sözleşmeler kesin hükümsüzdür.

²⁴ Tahkim sözleşmesinin tarafların kurucu yenilik doğuran iradeleriyle kurulduğundan hareketle, tahkim sözleşmesinin de doğrudan irade serbestisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bir sözleşme olduğunu belirtilmiştir. bkz: Yavuz, a. g. m., s. 142; irade serbestisi hakkında geniş bilgi için, Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2015, s.18.

²⁵ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun konu bakımından uygulanması (tahkime elverişlilik) konusu hakkında geniş bilgi için bkz: Akıncı, a. g. e. s. 77-91. İç tahkime ilişkin düzenlemeler içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre tahkime elverişlilik konusunda detaylı bilgi için bkz: Ekşi; Nuray; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim(6100 sayılı HMK m.407-444), Beta, İstanbul, 2013, s. 73-80. .

²⁶ HMK m.17 f.1 hükmü taraf yönünden yetki sözleşmelerine bir sınırlandırma getirmiştir. Anılan hükme göre yetki sözleşmeleri sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri tarafından yapılabilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Can, Ozan; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı olarak Tacir, Batıder, Yıl 2012, C. 28, S. 3, s. 237 vd.

²⁷ Tahkim sözleşmesinin esas sözleşmeden bağımsızlığı HMK m. 41 f. 4 düzenlenmiştir bununla birlikte ehliyetsizlik veya irade bozukluklarının asıl sözleşme ile birlikte tahkim şartını veya sözleşmesini de geçersiz kılacağı yönünde bkz: Ekşi, a. g. e., s. 105-106.

hukukunun sınırları içinde olması²⁸ sözleşmenin maddi hukuk sözleşmesi karakterini ortaya koyar.

Maddi hukuk görüşünün bir neticesi olarak, hakem kararının mahkeme kararından farklı olduğu ve sözleşmesel bir niteliğe sahip olması sebebiyle taraf iradeleriyle ortadan kaldırılabileceği kabul edilmektedir²⁹.

Gerçekten de hakem kararının icrasının mahkeme aracılığıyla gerçekleşmesi, mahkeme kararından farkını ortaya koyduğundan, tahkim sözleşmesinin maddi hukuk karakterini destekleyen bir durumdur³⁰. Yine maddi hukuk görüşü esas alındığı takdirde, hakem kararların kesin hüküm teşkil etmeyeceği, kararın sözleşme niteliğinde olması sebebiyle de hata, hile, ikrah gibi irade sakatlığı hallerinde sözleşmenin iptali ile taraflarca ortadan kaldırılmasının mümkün olduğu savunulmuştur³¹.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliğine yönelik tartışmalar aynı şekilde hakem kararının ve tahkimin hukuki niteliği hakkında yapılan tartışmalarla birlikte ilerlemektedir. Tahkimin öncelikle tarafların yaptıkları bir tahkim şartı veya sözleşmesi sonucunda başlayan bir süreç olmasının bir neticesi olarak öncelikle tahkim sözleşmesinin niteliğinin ortaya konması hem hakem kararının³² hem tahkimin hukuki niteliğinin belirlenmesinde öncelikli olacaktır.

Öğretide, tarafların, tahkime yönelmesinin temelinde yatan sebepler gözetilerek, ihtilafın bir hükümle çözüm bulmasına yönelik iradeleri dikkate alınarak, hakem kararının kesin hüküm teşkil etmediği yönündeki bu görüşe karşın; tahkimin bir alternatif yargılama usûlü olduğu ve tahkim sürecinin yargılama benzeri özellikleri ortaya konularak açıklanmıştır³³.

²⁸ Taşkın, Hakem Sözleşmesi, Turhan Kitapevi, Ankara, 2001, s.15.

²⁹ Yavuz, a. g. m., s.142

³⁰ Yavuz, a. g. m., s.142., Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 15 f.2 de “*İptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra asliye hukuk mahkemesi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi istemde bulunan tarafa verir*” şeklinde düzenlenmiştir.

³¹ Yavuz; a. g. m., s.143.

³² Hakem kararının hukuki niteliği konusundaki tartışmalar, sözleşme görüşü, yargısal karar görüşü ve karma görüş olarak gelişmiştir. bkz: Özbay; Temyiz, s. 60-73.

³³ Hakemlerin hâkim, gibi vakaları ve taraf iradelerini inceleyerek hüküm vermeleri, tahkim yargısının bağımsız bir organca gerçekleştirilmesi gibi hususlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz; Alangoya, a. g. e., s.59-60

Hakem kararlarının icrası konusunda iç tahkim niteliği gösteren ve HMK' ya tabi olan hakem kararlarının, HMK m. 439 düzenlemesi³⁴ uyarınca doğrudan icra edileceği ve yabancılık unsuru taşıyan ve MTK' na tabi olan hakem kararları da mahkemeden alınacak icra edilebilirlik belgesi ile icra edileceği yönündeki yasal düzenlemeler³⁵ ile tartışma büyük ölçüde çözüme kavuşturulmuştur. Anılan düzenlemelerle milli hakem kararlarının ilam hükmünde olduğunu öngören düzenleme ve bunun sonucu olarak mahkeme kararı gibi doğrudan icra edilmesi karşısında kanun koyucu bu tartışmaya yönelik kendi kabul ettiği görüşü de ortaya koymuş bulunmaktadır.

Tahkim anlaşmasının maddi karakterinin bir sonucu da, tahkim şartı veya anlaşmasını akıbetinin esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı olmasıdır³⁶. Bununla birlikte HMK m. 412 f. 4'de yer alan "*Tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz*" düzenlemesi ile esas sözleşmenin geçerliliği hakkında karar verme yetkisinin de hakemlere tanınmış olduğu söylenebilecektir³⁷.

Yukarıda anılan tahkim sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmesi olduğu görüşünün değişik görünümleri³⁸ olan hukuki nitelendirmelerin ortak yanı, doğumu bakımından maddi hukuk alanında doğmakla beraber usul hukuku açısından da etkileri olan bu sözleşmeye medeni hukuk kurallarının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmasıdır.

2-Usûl Hukuku Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Tahkim sözleşmesinin yöneldiği amaç olan taraflar arasında doğan veya doğabilecek bir uyuşmazlığın çözümü kapsamında yapılacak işlemler ve ardından ortaya bir hükmün

³⁴ Anılan maddenin gerekçesi şu şekildedir : "*tahkim kurumunu teşvik amacıyla getirilen önemli yeniliklerden birisi de hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hâle getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde tahkimin, süratli bir şekilde gerçekleştirilmesi imkânı yaratılmış olmaktadır. Yetkili mahkemenin, itiraz eden tarafın iptale ilişkin iddiasını ciddi görürse, talep üzerine, hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat göstermek şartı ile kararın icrasını durdurabileceği dördüncü fıkrada düzenlenmiştir.*"

³⁵ Hakem kararlarının icrası ve iptalinin düzenlendiği yukarıda anılan HMK ve MTK hükümlerine ilişkin detaylı bilgi ve eleştiriler için bkz. Süral, Ceyda; Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1377-1411, 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez' e Armağan

³⁶ Alangoya, a. g. e. s.43.

³⁷ Tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda geniş bilgi için bkz: İlhan, Hüseyin Afşın; Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği, Adalet Yayınları, 2016, Ankara.

³⁸ Alman Hukuku'nda tahkim anlaşmasının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için detaylı bilgi için bkz. Alangoya, a. g. e. s.45 vd.

çıkması özellikle, usûli karakterini açıkça göstermektedir. Tahkim sürecinde, hakem heyetinin kurulması, davacının davasını artık bu heyette açması, delillerin ikamesi, kararın mahkemeye verilerek icra kabiliyeti kazanması, tarafların temyiz hakkını kullanması gibi hususlar usûl hukuku alanına ilişkin kurumlardır³⁹.

Bir sözleşmenin hangi hukuk alanında doğduğu, o sözleşmenin hukuki karakterini ortaya koymak hususunda yetersizdir. Haliyle, tahkim sözleşmesinin, kurulması ve geçerliliğine ilişkin uygulanacak kurallar itibariyle borçlar Hukuku alanında doğmuş olması sebebiyle, maddi hukuk sözleşmesi olduğunu söyleyemeyecektir⁴⁰.

Maddi hukuk sözleşmesi görüşünün hukuki gerekçelerinden olan irade özerkliği ve sözleşmesel karakter ölçütlerinin, safi medeni hukuka ait müesseseler olmadığını, bunların hukukun genel unsurları sayılabileceği ve hukukun muhtelif dallarında da geçerlik bulan kurumlardır.

Tahkim anlaşması ile benzer olarak tahkim kurumunun hukuki niteliği de öğretilerde tartışılmıştır. Tahkim yargılaması usûl kanunlarında, adli mahkemelerin yargılama alanına giren bir takım ihtilafların çözümlenmesi için bir alternatif yargılama olarak düzenlenmiştir.

Bu tartışmada esas ayrım; tahkimin, devlet tekelinde bulunan yargı yetkisinin kısmen devri sonucunu doğuran, kamu hukukunu ilgilendiren bir yargılama faaliyeti mi, yoksa tarafların serbest iradesine dayanan bir özel yargı kurumu olarak mı değerlendirmek gereğidir.

Tahkim sözleşmesinin hukuki niteliği açıklanırken bir usul hukuku sözleşmesi olduğu görüşünden hareketle tahkimin de yargısal (kazai) niteliğine dikkat çekilmiştir. Bu görüşe göre tahkim sözleşmesinin taraf iradeleriyle ortaya çıkan bir medeni hukuk sözleşmesi olması usuli karakterini etkilememekte ve tahkim sonucunda ortaya bir hüküm çıkmaktadır. Yargısal nitelikteki bu karar ise taraf iradeleriyle ortadan kaldırılamayacaktır⁴¹.

Bu değerlendirme, hakem kararlarının tenfizi aşamasında önem kazanmıştır. Yabancı bir hakem kararının yabancı bir mahkeme kararı gibi mi, yoksa sözleşme gibi mi

³⁹ Yavuz, 2.Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve tabi olduğu hükümler, s.143.

⁴⁰ Taşkın, a. g. e., s.17

⁴¹ Özbay, Temyiz, s. 66. Karşı görüşte Tekinalp Ünal, Hakem Sözleşmesinin Mahiyeti Konusunda Düşünceler, Tahkim, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası,, Bildiriler- Tartışmalar, s.39.

tanınip icra veya tenfiz edileceği hususunda önem kazanmıştır⁴². Bugün tahkimin bir alternatif yargı faaliyeti olduğu, hem hakem kararlarının icrası mevzuunda, hem hakemlerin yetkileri hususundaki HMK düzenlemeleriyle netliğe kavuşmuştur.

3-Karma Nitelikte Bir Sözleşme Olduğu Görüşü

Tahkim sözleşmesinin, borçlar hukuku alanında doğduğu ve sözleşmenin geçerliliği ve ehliyet gibi hususlarda da borçlar hukuku düzenlemelerine tabii olduğu hem usûl hukuku karakteri hem de maddi karakteri savunucuları tarafından hemen hemen mutabakata varılmış bir husustur. Bunun yanında diğer açık gerçek tahkim sözleşmelerinin, usûl hukuku alanındaki etkileridir. Sözleşmenin doğumu ve etkileri hususunda ki farklılık öğretilerde savunulmuş, üçüncü bir görüşün temel hareket noktasını oluşturmuştur.

Tahkim sözleşmesinin zikredilen her iki hukuk alanıyla ilişkisi, saf bir maddi hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilmesine mani olurken, saf bir usûl hukuku sözleşmesi görüşünü de kabule mani olmaktadır.

Hakem kararlarının mahkeme kararları gibi icra edilmesi kamu hukukuna ait bir özelliğidir⁴³. Bununla birlikte tahkim sözleşmesinin irade özerkliği prensibinin bir sonucu olarak tarafların serbest iradelerinin uyuşması ve bunun sonucunda sözleşmenin kurulması da mahkeme yetkilerinin tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğurmayacaktır.

Tahkim sözleşmesinin, karma nitelikte bir sözleşme olduğu görüşüne göre, tahkim sözleşmesinin varlığı akdi yönüne, tahkim usûlüne bir ulusal hukukun uygulanması ise yargısal niteliğine işarettir.

4. Diğer Görüşler

Tahkim anlaşmasının niteliğini açıklayan görüşlerden, bağımsız (otonom) görüşe göre, diğer teorilerde temel alınmış esaslardan farklı olarak tahkimin hukuki niteliğini,

⁴² Yeşilova, Bilgehan, Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler, TBB Dergisi, sayı 76, 2008, s.91.

⁴³ Taşkın; a. g. e, s.20.

kullanım ve amacına bakılarak belirlenmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁴. Tahkim sözleşmesinin sui generis,(nevi şahsına münhasır) bir sözleşme olduğu, etkileri sebebiyle usûl hukuku alanında, kurucu unsuru bakımından da maddi hukuk alanında sayılabileceği şeklinde karma niteliğine işaret eden görüşlerde öğretilde savunulmuştur.

III. DEĞERLENDİRME

Milletlerarası tahkim kanunu, yerel mahkemenin tahkim kurumuna etkisini mahkeme veya hakem mahkemesine bir takım destek mahiyetindeki kararlar ve hakem kararlarına karşı iptal davasıyla sınırlandırmıştır. Bu düzenlemelerin tahkim anlaşmasının sözleşmesel niteliğinden çok yargısal yönünü ön plana çıkardığı açıktır. Diğer taraftan 6100 sayılı HMK’ da hakem kararlarının doğrudan icra edilebilirliğini düzenlenmesi de tahkimin yargısal bir faaliyet olduğunu desteklemektedir.

Diğer bir husus, Kıta Avrupası ve Amerikan Hukuk sistemlerinde tahkim sözleşmesinin veya şartının asıl maddi hukuk sözleşmesinden bağımsızlığı (seperability, autonomy) niteliği kabul görmüştür. Buna uygun olarak Türk hukukunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, tahkim sözleşme veya şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı esası düzenlenmiştir. Anılan kanunun 4. maddesinin son fıkrasındaki, tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamaz hükmü karşısında, artık asıl sözleşmenin geçersizliğinden bahisle tahkim sözleşmesinin de geçersiz olması yönünde bir iddia kabul görmeyecektir. Nitekim: aksi bir görüşte, mahkemenin asıl sözleşmeyi geçerlilik yönünden incelemesi gerekecektir ki bu durum pratikte tahkim kurumundan beklenen menfaati zedeleyecek ve tahkim kurumunun dolaşılmasına imkân veren uygulamalara zemin hazırlayacaktır.

Uncitral Model Kanun örnek alınarak çıkartılmış olarak yerel mahkemelerde dava açılması ve tahkim itirazında bulunulması durumunda mahkemenin tahkim anlaşmasının geçerliliğini incelemesi gerekecektir. Böyle bir ihtimalde mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi tahkim sözleşmesinin 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 4. maddesi, uyarınca tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka uygun olmasına veya hukuk seçimi yok ise Türk hukukuna göre maddi geçerlilik şartlarını haiz olmasına bağlı olacaktır.

⁴⁴ Yavuz; a. g. m., s. 144

Sonuç olarak; anılan hükümle asıl sözleşmenin geçersizliği iddiaları mahkemece dikkate alınmayacak, ancak tahkim sözleşmesine ilişkin bu neviden itirazlar değerlendirilecektir. Bunun neticesinde, her iki durumda da mahkemeler tahkim kurumunun ruhuna uygun olarak asıl sözleşmeyi inceleme imkânına sahip bulunmayacaklardır. Hatta asıl sözleşmenin geçersiz olması gerektiği halde hakem kurulunun asıl sözleşmeye göre vereceği bir karar iptal de edilemeyecektir.

Tahkim anlaşmasının sui generis karakterini gösterir diğer bir nokta şudur. Maddi hukuk alanında bir haktan tamamen veya kısmen vazgeçilmesi sonucunu doğuran sözleşmeler yapıldığı takdirde taraflar bu sözleşmelere dayanarak diğer tarafın mahkemeye başvuru imkânını ortadan kaldıramazlar. Bu durumda mahkeme dosyayı esastan reddederek, esasa dair bir hüküm vermiş olacaktır. Tahkim sözleşmesi ise, taraflardan birinin mahkemeye başvurması halinde ilk itiraz olarak ileri sürülebilecektir(HMK, m. 116), bu takdirde mahkeme davayı esasa girmeden usûlden reddedecektir. Bu da yine tahkim sözleşmesinin maddi hukuk sözleşmelerinden ayıran bir husustur⁴⁵.

Bu noktada da doğumu ve etkileri değerlendirildiğinde tahkim anlaşmasının hukuki niteliğinin tespiti ve de kısaca değindiğimiz, akdi nitelikte mi yoksa yargısal nitelikte mi olduğu şeklindeki hukuki niteliğinin tespiti hususlarında üzerinde görüş birliğine varılamaması bu değerlendirmede farklı ölçütlerin kullanılmasının doğal bir sonucu olduğu kadar, tahkim anlaşmasının kendine özgü yapısı ve farklı hukuk dallarıyla ilişkili içeriği ve tahkimin tarihsel gelişimi süresince ortaya çıktığı ve geliştiği ve arzu edilen sonuca yönelik amacına uygun yorum yapma ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

Bu konuda değerlendirme yapılırken değinilmesinde fayda olan bir diğer husus, tahkimin tarihsel gelişim seyri içinde kabul edilen temel prensiplerden, tahkim anlaşmasının bağımsızlığı ilkesi ve bu prensibe paralel bir hüküm getiren 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 4 son fıkrada düzenlenen “*Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış olan bir uyumsuzluğa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz*” düzenlemesi karşısında, çalışmamız da tahkim anlaşmasının bir maddi hukuk sözleşmesi olduğunu savunan

⁴⁵ Alangoya, a. g. e., s.48.

görüşü izah ederken değinilen sözleşmenin maddi karakterinin kabulü halinde tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin esas sözleşmeye bağlı olması olduğu veya olmadığı yönündeki teorik tartışmaların uygulama açısından önemi kalmamıştır.

Yine HMK m.414 f. 1 deki “*Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin talebi üzerine, bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebilir*” düzenlemesi karşısında maddi hukuk görüşünün aksine bir sonuç doğmaktadır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu ve 6100 sayılı HMK⁴⁶ anılan hükümlerinin düzenlemelerinin esas aldığı ilkeler ışığında, HMK m. 414 de düzenlenmiş olan hakemlerin ihtiyati tedbir alacağı, HMK m.413 hakem kararının başka bir işleme gerek kalmaksızın icra edilebileceği şeklindeki düzenlemeler, tahkim anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsızlığı ilkesinin düzenlemelerdeki görünümüdür. Tahkim anlaşmasının ve tahkimin hukuki niteliği konusundaki tartışmalara, kanun koyucunun anılan düzenlemelerle bir nokta koyduğu söylenebilecektir.

⁴⁶ 6100 sayılı HMK’ da, Tahkim başlıklı, 11. bölüm md. 407-444 arasında, tahkime ilişkin detaylı düzenlemelere yer verilmiştir.

Kaynakça

- AKINCI, Z. (2016). *Milletlerarası Tahkim*, Ankara.
- ALANGOYA, Y.(1973). *Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul.
- EKŞİ, N.(2013). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- EREN, F. (2015). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul.
- KAPLAN, Y. (2002). *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul,.
- KURU, B. (2015). *Medeni Usul Hukuku 8 Ders Kitabı*, Legal Yayınevi, Ankara.
- OĞUZMAN, K. ÖZ, (2015). *T. Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1.*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÖZBAY, İ. (2015). *6100 Sayılı HMK Neler Getirdi*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul.
- ÖZBAY, İ. (2004): *Hakem Kararlarının Temyizi*, Yetkin Yayınlar.
- ÖZEL, S. (2008). *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- SÜRAL, C. (2014). *Hakem Kararlarının İcrası ve İptal Davası*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1377-1411, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez' e Armağan.
- TAŞKIN, A.(2001). *Hakem Sözleşmesi*, Ankara.
- ÜSTÜNDAĞ, S. (2000). *Medeni Yargılama Hukuku'nun Esasları*, Cilt II, Nesil Matbaacılık, 7. Baskı, İstanbul.
- OZAN, C.(2012). *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı olarak Tacir*, Batıder, C. 28, S. 3.
- TEKİNALP, Ü. , *Hakem Sözleşmelerinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler*, TAHKİM, IV Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Bildiriler Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965.
- YEŞİLOVA, (2008). B. *Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler*, TBB Dergisi, sayı 76.
- YAVUZ, C. (2009). *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler*, 2.Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul.